

**MANUAL DE DERECHO PROCESAL
ADMINISTRATIVO Y CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

TOMO I - VOLUMEN I

IVÁN MAURICIO FERNÁNDEZ ARBELÁEZ

Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia.

Fernández, Iván Mauricio

Manual de Derecho Procesal / Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia.

Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, Dirección de Investigaciones.
Departamento de Comunicaciones, Mercadeo y Publicaciones – Universidad La
Gran Colombia – Editorial Universitaria, 2015.

p. 682

Incluye referencias bibliográficas

ISBN Obra Completa: 978-958-95353-5-6

ISBN Volumen 1: 978-958-8510-56-9

1. Derecho. 2. Derecho Procesal. 3. Derecho Contencioso. 4. Derecho
Administrativo.

5. Contencioso Administrativo.

CDU. 342066

F 362



Reservados todos los derechos

© **Universidad La Gran Colombia
seccional Armenia**

Segunda Edición: Armenia, Q.

ISBN: 978-958-8510-56-9

Número de ejemplares: 300

Editor: Universidad La Gran Colombia

Dirección de Investigaciones

Coordinador: Federico Duque del Río

**Universidad La Gran Colombia Seccional
Armenia.**

Dirección de Investigaciones

produccionbibliografica@ugca.edu.co

Carrera 14 # 7 – 46. Teléfono: 7462646 ext.
216

<http://www.ugca.edu.co>

Armenia, Quindío.

El contenido de esta obra no compromete el pensamiento
institucional de la Universidad La Gran Colombia
seccional Armenia, corresponde al derecho de expresión
de los autores. Todos los derechos reservados. Puede
reproducirse libremente para fines no comerciales.

Directivos Bogotá

Dr. José Galat Noumer

Presidente

Dr. Eric De Wasseige

Rector

Dra. Blanca Hilda Prieto De Pinilla

Vicerrectora Académica

Dra. María Del Pilar Galat

Vicerrectora Administrativa y Financiera (E)

Dr. Carlos Alberto Pulido Barrantes

Secretario General

Directivos Seccional Armenia

Dr. Jaime Bejarano Alzate

Rector Delegatario

Dra. Bibiana Vélez Medina

Vicerrectora Académica

Dr. Jorge Alberto Quintero Pinilla

Vicerrector Administrativo y Financiero

Dra. Ana Milena Londoño Palacio

Secretaria General

CONTENIDO

ABREVIATURAS Y SIGLAS	11
EL AUTOR	12
ADVERTENCIA A LA SEGUNDA EDICIÓN	13
PRIMERA PARTE. DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO	19
CAPÍTULO I. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO	21
Introducción	21
I. La persona jurídica como institución de origen “Ius Privatista”	22
A. Características	26
B. Elementos indispensables para la existencia de una persona jurídica	27
C. El doctor Jaime Orlando Santofimio nos enseña los medios posibles para el reconocimiento de la personería jurídica:	27
II. La Personalidad Jurídica aplicada al Estado	29
A. Origen y actuaciones estatales que respalda	31
B. La Personalidad Jurídica del Estado en Derecho Colombiano	36
CAPÍTULO II. PRINCIPIOS DEL COMPORTAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	41
Introducción	41
I. El principio de legalidad	43
A. El concepto del principio de legalidad	47
B. Clases de legalidades	54
C. Implicaciones prácticas del principio de legalidad	55
1. La presunción de legalidad	55
2. La jerarquía normativa	56
3. La potestad discrecional y la potestad reglada	59
II. El principio del debido proceso.	69
A. Concepto	70
B. Naturaleza jurídica	70
C. Objetivo	70
D. Contenido matizado	71
E. Implicaciones prácticas	75
F. El debido proceso en el proceso administrativo	76
G. El debido proceso en contratación Estatal	77
III. Principios derivados del debido proceso.	81
A. El principio de economía	81
B. Principio de la celeridad	82
C. Principio de imparcialidad	83
D. Principio de eficacia	84
E. Principio de la publicidad	84

F. Principio de la contradicción	85
G. Principio de la moralidad	86
H. Principio de presunción de buena fe o de la confianza legítima	92
I. Principio de igualdad	96
J. Principio de participación	97
K. Principio de proporcionalidad	98
L. Principio de precaución	99
M. Principio de responsabilidad	99
N. Principio de transparencia	100
O. Principio de coordinación	100
P. Principio de objetividad	100
Q. Principio de planeación	100
R. Principio de racionalidad	101
S. Principio de razonabilidad	101
T. Principio de inclusión tecnológica	101
IV. El principio de autotutela de la administración pública	102
Introducción	102
A. Concepto y naturaleza jurídica del principio de autotutela administrativa.	103
B. Las prerrogativas públicas.	105
El privilegio de la decisión previa	105
El privilegio de la ejecución de oficio	106
C. Clases de autotutela.	106
D. Presencia del principio de autotutela administrativa en nuestro ordenamiento jurídico	107
E. Excepciones al principio de autotutela administrativa	109
F. Conclusión a la primera parte	110
G. El principio de autotutela administrativa desde la óptica del administrado.	111
1. La acción de tutela	112
2. La acción de cumplimiento	118
3. La acción popular	126
H. Conclusiones a la segunda parte	147

CAPÍTULO III. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS MEDIANTE LOS CUALES EXTERIORIZA SU COMPORTAMIENTO LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	149
Introducción	149
I. Los hechos administrativos	150
II. Las operaciones administrativas	151
A. Antecedentes normativos	152
A. Definición	152
B. Clases de operaciones administrativas	156

C. Vicisitudes terminológicas de la figura	160
D. Control jurisdiccional de la operación administrativa	163
E. Conclusión	170
III. El contrato estatal.	170
A. Los contratos administrativos y de derecho privado de la administración.	171
B. El nuevo concepto: el contrato estatal.	172
IV. El acto administrativo	181
A. Elementos de acto administrativo	182
B. Caracteres del acto administrativo	187
C. Clasificación de los actos de la administración pública	193
D. Requisitos para la validez del acto administrativo.	201
1. Los requisitos externos del acto administrativo.	201
2. Los requisitos internos del acto administrativo.	209
E. Casos específicos de control gubernativo y jurisdiccional del concepto de acto administrativo.	213
1. La impugnación y demanda de los actos de trámite, preparatorios y de ejecución	214
2. Las circulares de servicio	216
3. Los actos de certificación y registro	218
4. El reglamento y el acto administrativo mixto	219
5. Las órdenes administrativas	225
F. El mérito del acto administrativo.	226
G. Validez, existencia y eficacia del acto administrativo.	237
CAPÍTULO IV. EL PROCESO ADMINISTRATIVO.	239
Introducción.	239
I. Alcance del concepto de proceso administrativo	239
A. Diferencias entre proceso administrativo y procedimiento administrativo	240
B. Justificación político-legislativa de la existencia de un proceso	241
C. La Naturaleza Jurídica del Proceso Administrativo	242
D. Diferencias entre el proceso administrativo y el contencioso administrativo	242
E. Finalidad del procedimiento administrativo	243
II. El procedimiento administrativo en el Código de Procedimiento Administrativo.	245
A. Excepciones a la aplicación del Procedimiento Administrativo contemplado en la primera parte del nuevo Código	245
1. Imposibilidad de procedimiento	245
2. Los procedimientos especiales	247
B. Tipos de procedimientos administrativos	262
C. Características del Procedimiento Administrativo	263

D.Etapas del Procedimiento Administrativo Ordinario	264
III. La Actuación Administrativa	264
A.Sujetos intervinientes en la actuación administrativa	265
B.Formas de iniciar una actuación administrativa	268
1.El derecho de petición	268
2.En cumplimiento de un deber legal	269
3.De oficio.	269
4.En cumplimiento de orden judicial	269
C. Trámite de la actuación administrativa.	325
1.El expediente en el proceso administrativo	325
2. Trámite del derecho de petición en interés general y particular	328
D. Aspectos comunes aplicables a las actuaciones administrativas.	335
E. Procedimiento administrativo sancionatorio.	365
F. Utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo	375
G. Finalización de la Actuación Administrativa.	383
1.Terminación anormal de la actuación administrativa	383
2.Acto administrativo escrito y acto administrativo verbal	384
3.El Silencio Administrativo	394
IV. La publicitación de los actos administrativos	414
A.La finalidad específica de la publicitación de los actos administrativos, es triple	414
B.El principio de conservación de los actos administrativos	417
C.Mecanismos de publicitación de los actos administrativos	419
1.La publicación	419
2.La notificación:	430
3.La comunicación	456
4.La ejecución	457
V.La vía gubernativa	459
A.Concepto y clases	460
B.Actos Administrativos objeto de la vía gubernativa	461
C.Imposibilidad de existencia de una cadena interminable de recursos	463
D.Clases de recursos	464
1. Recurso de reposición	464
2. Recurso de apelación	468
3. Recurso de queja	469
E. Requisitos para interponer los recursos en vía gubernativa	471
F. Periodo Probatorio. (Art. 57 y 58, CCA y art. 79, CPA).	484
G. Terminación anormal de la vía gubernativa	485
H. Decisiones en vía gubernativa.	487
1. Acto administrativo expreso	487
2. Acto Administrativo Presunto	488
I.- Pérdida de competencia para resolver los recursos	488

J. El agotamiento de la vía gubernativa	491
VI.La Revocatoria directa.	502
A. Formas de iniciar la revocatoria directa	504
B. Efectos de la revocatoria directa	505
C.Improcedencia	509
D.La revocatoria directa como recurso extraordinario	515
1. Legitimación	516
2. Oportunidad	517
3. La cadena interminable de recursos es improcedente	519
4. Causales de revocación directa	520
5. Vacíos	523
E.Revocación como mecanismo de la administración	523
1. El principio de inmutabilidad de los actos administrativos	523
2. Excepciones al principio de inmutabilidad de los actos administrativos	526
3. Aspectos procesales	539
4.Particularidades	542

CAPÍTULO V. LA FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

	549
Introducción	549
I. Estados jurídicos del acto administrativo	549
A.Diferentes estados que adquiere el acto administrativo	549
1. La existencia del acto administrativo	549
2. La validez del acto administrativo	550
3. La Eficacia del Acto Administrativo	551
4. La firmeza del acto administrativo	551
5. La ejecutividad del acto administrativo (art. 64, CCA).	554
6. La ejecutoriedad del acto administrativo	555
B.Pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos: (art. 66, CCA y art. 91, CPA).	556
1. Diferencia entre la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos y la pérdida de existencia de los mismos	556
2. Eventos que implican la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos.	557
3.Pérdida de fuerza ejecutoria por inconstitucionalidad.	570
4.Mecanismos a través de los cuales se controla la pérdida de fuerza ejecutoria	579
II. Otras situaciones jurídicas en torno a los estados jurídicos que adquiere el acto administrativo	582
A.La inexistencia del acto administrativo	582
B. Convalidación de los Actos Administrativos	588
C. Responsabilidad de los funcionarios públicos frente al	

CAPÍTULO VI. LOS VICIOS INVALIDANTES DEL ACTO ADMINISTRATIVO	601
Introducción	601
I. La teoría de los vicios invalidantes del acto administrativo	602
A. Mecanismos a través de los cuales se hace efectiva la teoría de los vicios invalidantes	602
B. Fundamento de la teoría de los vicios invalidantes	602
II. Tipificación de los vicios invalidantes de los actos administrativos	604
A. Las causales de nulidad de los actos administrativos (art. 84, CCA).	461
1. Cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse	604
2. Nulidad del acto administrativo cuando haya sido expedido por funcionario u organismo incompetente	613
3. La falsa motivación	631
4. La desviación de poder	641
5. Expedición irregular	655
a. Irregularidades que tipifican la causal	656
b. Modalidades de los requisitos de forma	656
6. Desconocimiento de derecho de audiencias y defensa.	663
GLOSARIO	667
Primera parte	667
BIBLIOGRAFÍA	675

ABREVIATURAS Y SIGLAS

CPA.	Código de procedimiento administrativo.
CCA.	Código contencioso administrativo.
CP.	Constitución Política.
art.	Artículo.
Arts.	Artículos.
MP.	Magistrado Ponente.
Dra.	Doctora.
Dr.	Doctor.
ss.	Siguientes.
Confis.	Concejo de Política Económica y Fiscal.
Num.	Numeral.
Párr.	Párrafo.
Mod.	Modificado.
Exp.	Expediente.
SMLMV.	Salario mínimo legal vigente.
p.	Página.

EL AUTOR

Iván Mauricio Fernández Arbeláez, egresado y catedrático de la Universidad La Gran Colombia seccional Armenia, especialista en derecho contencioso administrativo y en responsabilidad y daño resarcible de la Universidad Externado de Colombia.

Se desempeñó en la Gobernación del Quindío como abogado litigante en lo Contencioso Administrativo, jefe de la Oficina de Asuntos Disciplinarios y Director de Control Interno de Gestión; fue auxiliar de magistrado del Tribunal Administrativo del Quindío, actualmente ejerce el cargo de juez administrativo oral del Circuito de Armenia y como catedrático de Procesal administrativo y Contencioso administrativo en la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia en pregrado desde el año 2002, docente en Derecho administrativo general y Colombiano de la misma Universidad en pregrado, docente en la Especialización en Derecho Administrativo. Facilitador de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” en el módulo de Interpretación constitucional. Así mismo docente en materia de líneas jurisprudenciales en las especializaciones de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia.

Autor de la obra *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso* en dos tomos y de diversos ensayos en la revista jurídica Inciso, de la Facultad de Derecho de la Universidad La Gran Colombia, seccional Armenia. Los siguientes son algunos de sus artículos: La operación administrativa, simples copias en el proceso ejecutivo contencioso administrativo; El principio de autotutela administrativa, el principio de legalidad; La socialización del riesgo en la reparación de las víctimas en sede administrativa; Daño a la salud: modalidad de perjuicio inmaterial o inútil e inconveniente para reparar integralmente el daño. También es autor del ensayo denominado: Derecho administrativo en el régimen anglosajón, publicado en la *Revista del Colegio de Jueces y Fiscales capítulo Quindío*.

ADVERTENCIA A LA SEGUNDA EDICIÓN

Mucha agua ha pasado por debajo del puente luego de la publicación del primer *Manual de derecho procesal administrativo y contencioso* en dos tomos. Para mí es grato poner a consideración de la comunidad jurídica el segundo manual, el cual ha sido corregido y aumentado en atención al gran número de leyes y providencias judiciales que surgieron a partir de entonces. Igualmente la experiencia del autor y su incursión en la filosofía política han sido de mucha ayuda para aumentar el rigor científico de la obra y su utilidad práctica.

Lo primero a mencionar sobre la nueva edición es su introducción en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de enero 18 de 2011). Sin embargo, en atención a que el antiguo Código de lo Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984) continuará aplicándose durante un buen tiempo respecto a los negocios que se venían tramitando durante su vigencia, las referencias al mismo en la nueva publicación se mantienen intactas, entre otras cosas, porque muchas de sus normas continúan incólumes en la nueva codificación y en otros casos, porque es menester referirse a la antigua codificación para dimensionar su evolución en la nueva (artículo 308 del *Código de Procedimiento Administrativo*, en adelante CPA.).

Por otro lado, el estudio del nuevo código en la presente obra se aborda a la par con el antiguo, por ende la comparación entre la antigua codificación y la nueva es permanente. Asimismo, vemos como el nuevo código ratifica muchas de las posiciones jurisprudenciales que el Consejo de Estado venía vertiendo a lo largo de estos años, como consecuencia, muchas de las líneas jurisprudenciales descritas en la edición anterior de nuestra obra ahora las vemos positivizadas por el legislador.

Es necesario precisar que esta segunda edición aborda el tema a través de análisis profundos sobre cada uno de los tópicos. En otras palabras, no se trata de comentarios puntuales sobre los artículos, sino de verdaderos ensayos jurídicos que abordan la materia en asocio con la jurisprudencia, la doctrina y la experiencia del autor.

Es importante destacar que el nuevo *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* introduce dos componentes fundamentales: la dignidad humana¹ y la tecnología. En cuanto al primer componente, se busca un

¹ Sobre la naturaleza jurídica de la dignidad humana y su contenido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos: “Este enunciado normativo posee un significado inmenso en el ordenamiento

trato incluyente de todos los actores que participan en este tipo de procedimientos y se resalta la protección a las personas que poseen debilidad manifiesta como los menores de edad, las mujeres cabeza de familia, las personas de la tercera edad o los discapacitados. Todo lo anterior resulta una manifestación de la constitucionalización del derecho administrativo que se traduce en la supremacía de la Constitución, su fuerza normativa y sus efectos vinculantes en el proceso administrativo y contencioso.

Como consecuencia de la constitucionalización mencionada en el párrafo anterior, el legislador buscó adecuar el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a la Constitución de 1991, haciendo énfasis en la reivindicación de los derechos fundamentales en armonía con el interés general, la fuerza normativa de la Constitución y la dignidad humana como ya se comentó líneas atrás. El nuevo código quiere resaltar que la persona es el centro de la actuación administrativa y, por tanto, la administración debe buscar hacer efectivos los derechos consagrados en la Constitución (art. 2º).

Así mismo se observa, con base en la Ley 527 de 1999, la materialización de figuras como la notificación electrónica, la firma digital o el valor probatorio de los mensajes de datos, en los procedimientos regulados por la nueva codificación. Se destaca en el ámbito contencioso administrativo que el juez y el secretario deben protocolizar su firma digital dado que el auto admisorio de la demanda y la sentencia se notifican por correo electrónico y deben venir firmados digitalmente. En fin, a medida que el lector entre en materia, va a poder detectar cómo tales componentes irrigan de una manera detallada todos y cada uno de los asuntos que ventilan el derecho procesal administrativo y de lo contencioso administrativo.

Siguiendo con este orden de ideas, también cabe transmitir la permanente manifestación de los consejeros de Estado en torno a la materia en los diferentes seminarios que se han ventilado sobre el particular, donde se ha resaltado el hecho de que con la novísima codificación se busca que el ciudadano no tenga que acudir a la administración de justicia y, de esta manera, empiece a confiar y a legitimar las instituciones administrativas. Por tal razón, las entidades y órganos que componen la administración pública deberán establecer una nueva organización interna,

constitucional colombiano como principio fundante, como principio constitucional y como derecho fundamental autónomo. En él se reconoce, a la par con su valor axiológico como pilar ético o presupuesto esencial de la consagración y efectividad de todo el sistema de derechos y garantías de la Constitución, su carácter de derecho por el que se protegen los poderes de decisión de los titulares de derechos fundamentales. En este sentido, garantiza (i) la autonomía o posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como se quiere), (ii) ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien), (iii) la intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).” Sentencia T-629 de 2010, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez. Providencia publicada en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de noviembre de 2010, páginas 1969 a 2057.

incorporar tecnologías contemporáneas al proceso administrativo y diseñar un moderno marco funcional acorde a las exigencias de la reciente normatividad. Además, deberán obedecer a una filosofía que actualmente aplican en sentido contrario: es más económico reconocer los derechos en sede administrativa que negarlos.

Es por lo anterior que se persigue que en sede administrativa, se extiendan los efectos de la jurisprudencia, pero bajo un argumento discutible a la luz de lo expuesto por algunos expositores del Consejo de Estado², en el sentido de que no se modifican las fuentes del derecho, pero, simplemente se pide un trato igual a través de la aplicación uniforme de la sentencia unificada. Posición que, reiteramos, nos parece discutible, pues exigir la aplicación obligatoria del precedente judicial, ¿no es hacer de las reglas creadas por los jueces en sus providencias verdadera normatividad con fuerza vinculante?

Siguiendo con el análisis de la primera parte del nuevo *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, es importante precisar que la nueva codificación trae a colación procedimientos administrativos de diferente naturaleza tendientes a adoptar decisiones también de connotación diversa. Como corolario incorpora el procedimiento ordinario que le permite al interesado participar antes de la adopción de la decisión, el procedimiento sancionatorio, el procedimiento general para normas generales, el procedimiento de extensión de la jurisprudencia y el procedimiento de cobro coactivo que se constituye en una operación administrativa. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable el capítulo del nuevo *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* que regula el derecho de petición, sin embargo, difirió los efectos de la sentencia hasta el 2014, de tal suerte que el Congreso de la República tenga un tiempo suficiente para reglamentar la materia a través de una ley estatutaria, dado que el derecho de petición es un derecho fundamental (Sentencia C-818 de noviembre 1º de 2011, magistrado Ponente Jorge Pretelt). Esta decisión, en todo caso, no afecta el contenido de la presente obra por dos razones básicamente: en primer lugar, la normativa sobre el derecho de petición estará vigente durante el segundo semestre del 2012 y a través de todo el 2013 y, en segundo término, la perspectiva de que la nueva ley estatutaria modifique aspectos sustanciales del derecho de petición no es muy alta y se puede prever una ley que repetiría en un 90% por ciento el articulado del nuevo código.

² Presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ibagué, 4 y 5 de agosto de 2011, evento realizado por el Consejo de Estado, la Escuela Superior de Administración Pública y el Tribunal Administrativo del Tolima. Posición asumida en este evento por el Dr. William Zambrano Cetina.

También es necesario acotar que el nuevo *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* implanta un sistema de procesos contenciosos mixtos (escritos y orales), lo que implica que no necesariamente dichos trámites serán absolutamente orales, por ende, habrán audiencias y también se elaborará un expediente que contenga las piezas procesales del caso.

A continuación es menester señalar que, a la luz de opinión del ilustre tratadista y consejero de estado Jaime Orlando Santofimio Gamboa, vertida en conferencia que se dictó sobre la nueva codificación³, el nuevo articulado establece una *justicia cautelar*, donde se regula un nuevo régimen de medias cautelares que amplía los poderes del juez e implica un efectivo acceso a la administración de justicia. Así las cosas, cuando se den los presupuestos, el juez, mucho antes de que el proceso termine, puede adoptar decisiones que finalmente serán reconocidas en la sentencia, en cuyo caso el ciudadano podrá resultar favorecido anticipadamente.

Continuando con este curso expositivo, también se destaca de la nueva codificación³ el fortalecimiento de la función consultiva del Consejo de Estado, dado que establece una disposición donde se advierte que el Consejo de Estado –Sala de Consulta y Servicio Civil-, debe ser escuchado antes de que la administración pública adopte ciertas decisiones de conformidad con la ley.

Finalmente, es pertinente advertir al lector que por facilidad en la lectura y por cuestiones netamente pedagógicas, cuando en la presente obra se haga referencia a la nueva codificación, las siglas que se utilizarán serán las de CPA y en relación con la antigua codificación las siglas serán las de CCA. También se precisa que en este manual seguiremos refiriéndonos a los medios de control judicial como acciones, pues, tal como lo anotaremos en su oportunidad, el cambio de acción a pretensión que trae la nueva codificación es más formal que sustancial, aunado a que el nuevo código no sustrae totalmente la expresión *acción* de su tenor literal y en muchos de sus artículos se refiere a la misma, como al plazo propio de ella para ejercitarla, esto es, la *caducidad*. No sobra advertir que el legislador, desde nuestro modo de ver, precisó de manera técnica la denominación del nuevo Código, pues en realidad está dividido en dos partes, la primera referida al proceso administrativo y la segunda al contencioso administrativo.

En segundo lugar, se resalta que no solo el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se nos antoja como la novedad más importante en materia legislativa en estos últimos años. La

³ Presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ibagué, 4 y 5 de agosto de 2011, evento realizado por el Consejo de Estado, la Escuela Superior de Administración Pública y el Tribunal Administrativo del Tolima.

Ley 1395 de 2010 por la cual se adoptaron medidas en materia de descongestión judicial, también resultó una normatividad muy importante para nuestra materia y, aunque con la llegada de la nueva codificación será derogada, es importante tener en cuenta que continuará vigente para aquellos procesos judiciales que se hubieren iniciado antes de la novísima codificación. Obviamente sobre esta ley también se realizan importantes comentarios en la presente obra.

Otra normatividad determinante que surgió en el año 2009 fue la Ley 1285 de 2009 que, entre otras cosas, le dio vigencia a la obligatoriedad de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad en las acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y contractual, frente a la cual se realizan los comentarios pertinentes en el capítulo correspondiente.

No sobra destacar la reciente Ley 1450 de 2011 que a pesar de no estar vigente el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo atinente a la competencia por razón de la cuantía, adelantó las reglas consagradas en el artículo 157 de la Ley 1437 de 2011 (artículo 198 de la Ley 1450 de 2011).

También es pertinente señalar el advenimiento del Decreto Ley 0019 de 2012, por el cual se dictaron normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública. Esta normativa se funda en el principio constitucional de la buena fe, lo que implica una presunción de veracidad frente a todo lo que afirme el administrado en los procedimientos administrativos y, como consecuencia, a quien le corresponde desvirtuar dichas afirmaciones es precisamente a la autoridad competente de adelantar el trámite respectivo. Por ejemplo: se prohíbe exigir como requisito para el trámite de una actuación administrativa declaraciones extra juicio ante autoridad administrativa o de cualquier otra índole. Para surtirla bastará la afirmación que haga el particular ante la autoridad, la cual se entenderá hecha bajo la gravedad de juramento (artículo 10 del Decreto 2150 de 1995, modificado por el artículo 7° del Decreto Ley 0019 de 2012).

Por último, es necesario comentar que esta nueva edición amplió su dimensión de una manera ostensible dada la gran magnitud de normas recientes, aunado al cúmulo de providencias judiciales pertinentes que se expidieron y a la mayor experiencia y conocimiento que el autor ha adquirido durante este tiempo. Así mismo se decantaron normas que ya se habían analizado en la edición anterior como el artículo 5° de la Ley 1066 de 2006, la Ley 1107 de 2006 y la Ley 1150 de 2007 que reformó la Ley 80 de 1993.

Antes de terminar esta advertencia a la segunda edición, no sobra reiterar mis agradecimientos a mi familia por el apoyo constante e incondicional que he recibido de la misma. Especialmente a mi madre Aura Sofía Arbeláez Giraldo, mi inspiración constante, mi esposa Beatriz Elena Carrasquilla Bohórquez, la otra parte de mi ser y sin la cual nada de lo que he logrado sería realidad, a mis dos pequeños hijos Sofía y Samuel, las luces al finalizar el día y que iluminan el trasegar de mi existir. A Alicia, Inés, Amalia y Juan Pablo (q.e.p.d.), a quién llevaré siempre en mi corazón y espero encontrarme con él en otro tiempo. A mi hermano Sebastián y a los demás miembros de mi familia por comprender mi decisión por alcanzar la sabiduría a través de la virtud.

Así mismo, agradezco a las directivas de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, especialmente a su rector delegatario Jaime Bejarano Alzate, a su vicerrectora académica Bibiana Vélez Medina, al decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Dr. Federico Duque Del Río, y a los demás funcionarios de la Facultad de Derecho y Coordinación Académica de Derecho, por su apoyo y confianza depositada en este trabajo académico.

PRIMERA PARTE

**DERECHO PROCESAL
ADMINISTRATIVO**

CAPÍTULO I. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL ESTADO

Introducción

Con el estudio de este primer aspecto se busca analizar en qué eventos la personalidad jurídica del Estado legitima y le da razón de ser al actuar estatal y en qué ocasiones, su actividad simplemente se justifica como un ejercicio del poder.⁴

Ahora bien; es pertinente manifestar que, la única dimensión del Estado a su interior y no en el plano internacional, tal como se advertirá más adelante, que puede adquirir personalidad jurídica, es la administración pública, toda vez que en otras dimensiones, como son la legislativa, la judicial y la constituyente, propias del poder público, como igualmente veremos. En este sentido compartimos la tesis del tratadista García de Enterría⁵

La utilidad práctica de esta institución jurídica incorporada en la administración pública es: entender al Estado como un sujeto titular de derechos y comprometido con obligaciones.

Para abordar este tema se precisa en primer lugar, advertir su naturaleza “*Ius Privatista*” y por ende, su concepto, las clases, naturaleza e importancia, los elementos que la integran y los medios posibles para su reconocimiento. En segundo término, la aplicación de la teoría de la personalidad jurídica con respecto al Estado. Su naturaleza, las actividades estatales habilitantes por la misma y su tratamiento en el derecho Colombiano.

⁴ El tratadista Jaime Orlando Santofimio, manifiesta: “A través de este principio se ha tratado de revivir para el derecho público la llamada teoría de la personalidad jurídica del Estado, a través de la cual se intenta dar respuesta y justificar la presencia del Estado, sus órganos y algunas entidades públicas en diferentes sectores de la actividad jurídica. Según sus defensores resulta imposible inmiscuirse en la problemática de las decisiones del Estado sin antes indagar las razones por las cuales ese ente las adopta y las impone. ¿Cuál es su capacidad y de donde proviene?, ¿Por qué su deber de responsabilidad o su facultad obligacional? E incluso: ¿Por qué adquiere, a la luz del derecho, prerrogativas similares a las de los seres humanos tratándose de las relaciones internacionales?, ¿o en las propias de su dialéctica interna, en asuntos como los referentes al reconocimiento de derechos fundamentales, antes solo predicables de las personas naturales?”. (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, tercera edición, p. 42).

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA. “El concepto de personalidad jurídica”, Porrúa, Madrid, páginas 825 y ss.

I. La persona jurídica como institución de origen “Ius Privatista”

En este punto, es menester advertir que la institución de la personalidad jurídica, no tiene su origen en el derecho público, sino que se aviene al campo privado.⁶ Por persona jurídica podríamos entender aquel ente colectivo, por regla general, real y con capacidad de querer y obrar, susceptible de disponer de derechos y contraer obligaciones, a través de la gestión de su representante legal en el tráfico jurídico.

A. Características

a. Es un ente colectivo: en contraposición a una persona física, una persona jurídica está compuesta por varios individuos, salvo lo referente a las sociedades unipersonales⁷. En el derecho moderno la diferenciación entre seres humanos y personas jurídicas no radica en que los primeros se perciban a los sentidos y las segundas no. Su diferenciación primordial radica en el substrato material⁸, ya que, las personas jurídicas se identifican dentro de un menor campo de acción. Por ejemplo: no se les puede exigir obligaciones en el núcleo familiar

⁶ El artículo 73 del Código Civil, consagra: Las personas son naturales o jurídicas, luego, el artículo 74 precisa el concepto de persona natural, señalando: “Son todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición”, y el artículo 633 de dicho Código, nos define la persona jurídica, así: “Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente”. La división entre personas naturales y personas jurídicas tiene su génesis en la filosofía política, tal como se evidencia del pensamiento de Thomas HOBBS, quien planteó lo siguiente: “Una persona es aquel cuyas palabras o acciones son consideradas o como suyas propias, o como representado las palabras o acciones de otro hombre, o de alguna otra cosa a la cual son atribuidas, ya sea con verdad o por ficción. Cuando son consideradas como suyas propias, entonces se denomina persona natural; cuando se consideran como representación de las palabras y acciones de otro, entonces es una persona imaginaria o artificial.” LEVIATÁN o la materia, forma y poder de una República Eclesiástica y Civil, Traducción y Prefacio, Manuel Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, Séptima reimpresión, 1996, p. 132.

⁷ En concepto 220-057529 del 3 de diciembre de 2007, la Superintendencia de Sociedades señaló que las sociedades unipersonales conservan su vigencia en el ordenamiento jurídico colombiano. En este concepto precisó que la Corte Constitucional, al pronunciarse sobre la exequibilidad del artículo 22 de la Ley 1014 del 2006, en la sentencia C-392 del 2007, no revisó el parágrafo de dicha disposición, parágrafo que consagró la posibilidad de constituir sociedades unipersonales. Por tanto, el Decreto 4463 del 2006, que reguló dichas sociedades, se encuentra vigente, empero, solo por 6 meses más contados a partir del día siguiente de la entrada en vigencia de la Ley 1258 del 5 de diciembre de 2008 que reguló la institución de las Sociedades por Acciones Simplificadas, a la luz de lo contemplado en el artículo 46 de dicha codificación. Ahora bien, luego del término de los 6 meses no se podrán constituir sociedades unipersonales, sin embargo, las sociedades por acciones simplificadas pueden estar constituidas por una sola persona. Esta obligación de que las sociedades unipersonales se transformen en sociedades por acciones simplificadas (SAS) fue declarada constitucional a través de la sentencia C-597 de julio 27 de 2010, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla.

⁸ VALENCIA ZEA, Arturo, argumenta: “Lo distinto es el substrato material al cual se aplica tal concepto, ya que existe notoria diferencia entre la realidad antropológica de un ser humano y la organización estatal o la que forma un banco u otra sociedad anónima. Desde luego que la personalidad atribuida a los seres humanos se llena con un mayor número de funciones, y con un número inferior, la atribuida a los entes colectivos.” (Derecho Civil I, Personas, Décimo Tercera Edición, Temis, p 495).

y aunque son titulares de derechos fundamentales, tal titularidad está sujeta a un menor ámbito⁹.

b. Es un ente real: la personalidad se le atribuye solo a seres identificables en el mundo jurídico. Así, los seres humanos y los entes colectivos, se consideran personas porque son miembros de un orden jurídico y están gobernados por sus normas jurídicas.¹⁰ Esta característica de las personas jurídicas sale al paso a la vieja teoría que consideraba a las mismas como una ficción legal, habida cuenta que es indudable su existencia palmaria e inobjetable en el tráfico jurídico, tal como lo explica el profesor Arthur Kaufmann en los siguientes términos:

[...] correcta podría ser la concepción que no ve en la persona jurídica ni una persona en el mismo sentido y de la misma estructura real del hombre, ni, tampoco, solo una ficción que carece de toda realidad, sino una configuración real (de acuerdo con la teoría de la finalidad patrimonial una personalidad con finalidad) la cual, en comparación con los hombres, se puede caracterizar como persona en sentido analógico. Si se tiene en cuenta esto, entonces no se puede objetar nada en contra de la caracterización de la persona jurídica como una unidad estructural, reconocida por el orden jurídico como portadora independiente de derechos.¹¹

Aún más, el profesor Fernando Garrido Falla es enfático al señalar que la personalidad es solo una vestidura que tienen los seres humanos y los entes colectivos, la cual les es otorgada por el ordenamiento jurídico para que puedan ser titulares de derechos y sujetos de obligaciones. Por tanto, los seres humanos como los entes colectivos poseen existencia real propia e independiente, sin que sea permitido hablar de analogía entre ellos. La explicación del connotado tratadista es del siguiente tenor:

Para el Derecho moderno el concepto de persona jurídica no debería ofrecer ningún problema, puesto que con tal término se alude a la posibilidad reconocida por el Derecho para ser titular de derechos

⁹ José Gregorio Hernández Galindo, explica que las personas jurídicas pueden ejercer la acción de tutela, pero, dentro de un marco restringido frente a las naturales, así: “Ahora bien, la Corte ha dejado en claro que no solamente las personas naturales sino las jurídicas son titulares de la acción de tutela, claro está, guardadas las proporciones necesarias y teniendo en cuenta su naturaleza y el tipo de derechos que les son aplicables. Así, a nadie se oculta que una compañía comercial puede reclamar por la vía de la tutela el derecho al debido proceso o hacer valer por su conducto el derecho a la igualdad”. Poder y Constitución, Editorial Legis, p. 370.

¹⁰ VALENCIA ZEA, Arturo, afirma: “El ser humano es persona en cuanto es miembro de un orden jurídico y esta gobernado por sus normas jurídicas; el hombre totalmente aislado de la sociedad es apenas un ser humano, pero no es persona”. (Derecho Civil I, Personas, Décimo Tercera Edición, Temis, página 493).

¹¹ Filosofía del Derecho, Editorial: Universidad Externado de Colombia, p. 216 y 217.

y obligaciones. Ahora bien, del hecho de que la filosofía cristiana y la totalidad del pensamiento jurídico moderno haya planteado la exigencia de que el Derecho reconozca necesariamente tal posibilidad a la persona humana, y del hecho paralelo de que las legislaciones positivas la hayan reconocido a agrupaciones y colectividades distintas de la persona individual, se ha deducido un planteamiento equívoco de la cuestión, originario de cuantas confusiones se descubren en esta materia. En efecto, supuesta la exigencia antes aludida, una parte de la doctrina intentó explicar la personalidad jurídica de ciertas entidades y colectividades sobre la base de las semejanzas que estas ofrecían con la propia persona individual, por lo que a la vista de tal realidad el Derecho no tendría más remedio que reconocer –como en el caso de la persona individual- la personalidad jurídica.

No hay duda, como ha puesto de manifiesto FERRARA, que en estas posturas realistas ha influido la equivocidad de la palabra “persona”. Persona tiene un significado filosófico-social y un significado jurídico y técnico. Según este último, persona es igual a sujeto de derechos, mas como casi siempre éste era el hombre, llegaron ambos términos a identificarse, y así toda la tarea que se había de proponer la teoría de la personalidad jurídica –como distinta de la individual-, era demostrar la semejanza con el hombre de los nuevos sujetos que se contemplaban.

Precisamente por esto, la crítica que a las anteriores posturas ha hecho la escuela formalista parte de concebir el substratum de la persona jurídica –hombre o asociación- como algo completamente distinto de la persona jurídica misma. Esta es la vestidura -por tanto, y a su vez, auténtica realidad, no ficción- con que los establecimientos y grupos de hombres se presentan a la vida del Derecho. Naturalmente que esta vestidura no puede ser más que una consecuencia de la fuerza normativa del Estado.¹²

El profesor Eduardo García Máynez en su ya clásica obra de *Introducción al Estudio del Derecho*, trae a colación las críticas que Ferrara expusiera contra la doctrina de Savigny, principal defensor del concepto de personalidad jurídica como ficción, las cuales nos permitimos precisar de la siguiente manera¹³:

¹² GARRIDO FALLA Fernando, con la colaboración de PALOMAR OLMEDO Alberto, LOSADA GONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, 14ª edición, Tecnos, p. 361 y 362.

¹³ GARCÍA MÁYNEZ, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 2008, p. 280, 281 y 282.

- La circunstancia de que las corporaciones no tengan voluntad propia no puede invocarse contra su existencia como sujetos jurídicos. Esto porque la facultad de querer no es determinante para predicar capacidad jurídica, muestra de ello la componen los infantes y los idiotas, quienes carecen de dicha facultad y, sin embargo, son sujetos de derecho.
- En los entes colectivos, los órganos deben ser considerados como sujetos de los derechos y obligaciones de la corporación, ya que dichos órganos son seres volantes y obran en representación de aquella, por tanto, esta tiene la facultad de proponerse fines y realizarlos.
- Las personas colectivas son poderosas individualidades sociales que realizan en la vida un papel importantísimo, por tanto, predicarlas como algo ficticio es alejarse de la experiencia y desconocer la realidad.
- Los entes colectivos poseen múltiples derechos inmateriales. Ejemplo: los honoríficos.
- ¿Cómo explicar la existencia del Estado?, ¿quién es el creador de la ficción estatal?, ¿cómo puede una ficción ser creadora de otras ficciones? Se puede decir que el Estado tiene existencia natural y necesaria, lo que implica reconocerlo como un ser real que crea seres reales (personas jurídicas) a través del bloque de legalidad.
- La destrucción de las personas jurídicas no puede estar al arbitrio del legislador con base en la ficción, pues esto representa peligros para la libertad de asociación. El profesor García Máynez explica cómo, durante la Revolución Francesa, el Estado déspota suprimió las asociaciones religiosas y les confiscó sus bienes, amparado bajo la teoría de la ficción y sin respetar los derechos fundamentales de tales personas jurídicas (propiedad, libertad, debido proceso, etc.). Es así como cita un pasaje del constituyente revolucionario Touret, citado a su vez por Ferrara, en los siguientes términos:

No hay que confundir a los individuos con las corporaciones. Los primeros existen antes de la ley y tienen sus derechos por la naturaleza, mientras que las segundas no existen más que por la ley y de esta traen sus derechos; ella puede modificarlos, destruirlos como le plazca; he aquí por qué la destrucción de una corporación no es un homicidio, y el acto por el que la Asamblea Nacional niega el pretendido derecho de propiedad que los eclesiásticos se atribuyen no es una expoliación.¹⁴

¹⁴Ibidem. p. 282.

c. Con capacidad de querer y obrar: las personas jurídicas, al igual que las naturales, poseen voluntad propia, la cual se encuentra reflejada en sus estatutos y en las decisiones que adoptan sus órganos; por ende, su representante legal es apenas un ejecutor de dicha voluntad.

d. Su representación legal: las personas jurídicas pueden ser representadas judicial y extrajudicialmente; por tanto en el tráfico jurídico podrán celebrar negocios jurídicos de toda índole o indemnizar perjuicios, en caso de producir un daño.

B. Elementos indispensables para la existencia de una persona jurídica

a. La autorización del ordenamiento positivo: puede ser presunta, como en el caso de las entidades territoriales o las sociedades; expresa, a través de autorización legal o administrativa, o automática, como en el caso de los sindicatos.¹⁵

b. La existencia de un representante legal: por regla general es una persona natural, ya que al ser la persona jurídica un ente colectivo, es a través de un individuo de la raza humana, pensante y razonable, el que exterioriza y compromete su voluntad.

c. Un patrimonio: los medios físicos a través de los cuales el ente colectivo puede llegar a desenvolverse satisfactoriamente, dentro de una economía de mercado y un sistema capitalista.

d. Capacidad para actuar: este elemento se identifica con una facultad autónoma e independiente a la de los miembros que la componen, para poder desempeñarse y obligarse de acuerdo con los fines que conforman su voluntad, es decir, su objeto social.

C. El doctor Jaime Orlando Santofimio nos enseña los medios posibles para el reconocimiento de la personería jurídica:

- El privilegio legal: es la misma ley quien determina qué entes son personas jurídicas. Por ejemplo, las entidades territoriales¹⁶.
- El privilegio administrativo: es la administración pública, por autorización de la ley, quien reconoce personería jurídica a aquellas colectividades que reúnen los requisitos requeridos. Por ejemplo, el artículo 108 de la Constitución Política consagra: “El Consejo Nacional Electoral reconocerá personería jurídica a los partidos o movimientos políticos”.

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2003, p. 46.

¹⁶ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, p. 92 y 93.

- Reconocimiento automático: es la posibilidad que tienen ciertas colectividades de que, por el solo hecho de nacer, adquieran de manera inmediata su personalidad jurídica. Por ejemplo: El artículo 39 de la Constitución, que otorga a los sindicatos este privilegio sin intervención de decisión estatal.
- Reunión previa de determinados requisitos: es cuando se cumple con las exigencias determinadas en la ley, sin que exista decisión expresa posterior que ratifique su existencia. Por ejemplo: las sociedades o la Nación.
- El jurisprudencial: Cuando del análisis sistemático realizado por los jueces, del ordenamiento jurídico que regula determinada entidad, se deduce que es una persona jurídica. Por ejemplo, el Consejo de Estado en auto proferido por la Sección Primera, del 11 de septiembre de 1995, con ponencia de la doctora Nubia González Cerón, expediente 3405 aceptó esta tesis, y es así como se concluyó, que las Contralorías tienen personalidad jurídica, veamos:

[...] de tal manera que si la Constitución ha reconocido a las Contralorías el carácter de entidades con autonomía administrativa y presupuestal y que podrán contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal (artículo 272), capacidad de contratación que la ley le extiende a la celebración de contratos en general en cumplimiento de sus funciones (Artículos 31, 53, 57 y 66 de la Ley 42 de 1993 y artículos 2 y 11 de la Ley 80 de 1993) y que llegó hasta reconocer expresamente al Contralor General la representación legal de todos los asuntos que en ejercicio de sus funciones se presenten a favor o en contra de la entidad (Artículos 31-7, de la Ley 106 de 1993), debe concluirse que las normas legales están otorgando a estas entidades el atributo de ser sujeto de derechos, es decir, la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, de lo cual se deriva necesariamente la de ser representada judicial y extrajudicialmente, que se traduce sencilla y jurídicamente en que se trata de personas jurídicas, con las consecuencias que de ello se derivan [...]

Aunque esta forma de creación ofrece el siguiente reparo planteado en forma de interrogante: ¿dejar a la jurisprudencia la posibilidad de crear personas jurídicas no es un boquete de inseguridad jurídica que atenta contra el principio de legalidad? En nuestro concepto, la respuesta al interrogante expuesto debe ser positiva, habida cuenta que los pronunciamientos jurisprudenciales no ofrecen la estabilidad y publicidad que las normas jurídicas poseen, toda vez que no se publicitan para el conglomerado en general, y son criterio auxiliar para administrar

justicia, lo que significa que pueden acogerse o no (art. 230 CP)¹⁷. Por tanto, un procedimiento judicial puede iniciarse bajo la égida de una tesis jurisprudencial y culminar con la opuesta, lo que provocaría graves consecuencia para quien demanda bajo los parámetros de la posición revaluada.

Afortunadamente el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento empieza a cambiar su posición en torno a la creación de personas jurídicas a través de decisiones judiciales y se manifiesta en el sentido expuesto en el párrafo anterior, a propósito de la imposibilidad de que las contralorías posean personalidad jurídica, las cuales pertenecerían a la persona jurídica de la administración central correspondiente (nación, departamento, distrito o municipio), lo cual evidencia un cambio jurisprudencial respecto al extracto transcrito líneas atrás, veamos:

En cuanto a las contralorías territoriales, cabe anotar, a primera vista, que aunque gozan de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, ello, por sí solo, no les confiere la personalidad jurídica, la cual debe estar determinada en forma expresa y clara en nuestro ordenamiento jurídico. Nótese que instituciones tan importantes y con atributos similares, como la Procuraduría General de la Nación y la Fiscalía General de la Nación, no son personas jurídicas, sin que por ello vengan a menos jurídicamente, dado que la personalidad radica en la Nación.

Así, no es dable que por vía de interpretación y deducción de algunos elementos, se llegue a la conclusión que un determinado órgano administrativo goza de personalidad jurídica, más cuando con ello se crea una inseguridad jurídica, pues funcionarios similares pueden llegar a conclusiones opuestas. Nuestro ordenamiento jurídico en forma expresa y clara determina cuáles de sus entidades gozan de personalidad jurídica.

En cuanto a las contralorías territoriales, no es obstáculo para que puedan ejercer la defensa de sus intereses en vía jurisdiccional; pero, de todas maneras, se habrá de vincular a la persona jurídica de la cual hacen parte, con determinación –a continuación- de la entidad donde ocurrieron los hechos, v gr. Departamento de Boyacá – Contraloría Departamental de Boyacá o la denominación que tenga, lo cual no significa que se está demandando a dos personas jurídicas, sino que

¹⁷ A pesar de lo expuesto en este párrafo, es pertinente anotar que somos partidarios porque el principio de legalidad acoja la ratio decidendi de las providencias judiciales como norma positiva, entendiendo por norma, dentro de una concepción moderna, a una institución donde confluyen tanto el artículo como la decisión judicial.

la segunda es parte de la primera y se menciona para precisar la entidad donde ocurrieron los hechos.¹⁸

II. La Personalidad Jurídica aplicada al Estado

En este punto cabe advertir que no todas las actuaciones propias del Estado pueden explicarse como persona jurídica, este es el caso de las legislativas, jurisdiccionales o constituyentes.

Ante esta realidad, la teoría de la dupla de la personalidad expuesta por D' Alessio en Italia y Otto Mayer en Alemania, nos ilustra al respecto¹⁹. Esta teoría se podría analizar a partir de los actos de poder (persona de poder) y los actos de gestión (persona de gestión). Estos últimos se refieren a aquellos eventos en que el Estado se pone al nivel de los particulares y actúa como tales. La expresión más clara en este ámbito es el contrato estatal. Cuando estamos ante los actos de poder, aquí la decisión se funda en una potestad soberana emanada del Estado, en pos de cumplir con el interés general y los fines del mismo. En este último aspecto, se originan los actos judiciales, legislativos, constituyentes y, para nuestro caso, administrativos. Sin embargo, los efectos jurídicos que estos produzcan, comprometen a la persona jurídica de derecho público que los ejecute, salvo en lo concerniente al acto administrativo, en cuyo evento desde la misma producción de la decisión la persona jurídica se ve comprometida.

Precisamente esta última anotación ha hecho que algún sector de la doctrina se aparte de la teoría de la dupla de la personalidad, por considerar que todas las actuaciones del Estado se encuentran respaldadas por la personalidad jurídica y prefieren hablar de una doble capacidad jurídica. Sin embargo, consideramos que la teoría mencionada encuentra vigencia cuando estamos en presencia de los actos judiciales, legislativos y constituyentes, pues en tales casos, lo que genera responsabilidad en cabeza de la Nación (persona de poder) no son dichos actos en sí, los cuales son claras manifestaciones de poder público, sino las operaciones administrativas que los materializan. La posición doctrinaria advertida en este párrafo es del siguiente tenor:

¹⁸ Consejo de Estado, Sala De lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Auto del 22 de septiembre de 2005. Expediente 3628-04. Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Extracto Jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de Legis de mayo de 2006, p 832 a 841.

¹⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, "Contrato del Estado y common law", estudio-prólogo a José Ignacio Monedero Gil. Doctrina del contrato del Estado, cit., p.9. "La existencia de una doble persona en el Príncipe, como la de una doble condición jurídica del Estado en cuanto sujeto de Derecho, se perpetuará a lo largo de los siglos en muy diversos sistemas jurídicos: teoría del Fisco en Alemania, doctrina de los actos de autoridad y actos de gestión en Francia, actuación del Estado como poder o como persona jurídica en España, distinción entre proprietary capacity and governmental capacity en los países del Common Law." A esta teoría también hace referencia el Profesor Santofimio Gamboa en su Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II en la página 98.

Por las razones aducidas nos mostramos decididos partidarios de la admisión de la tesis de la personalidad estatal como pieza clave para la explicación de las relaciones jurídico-administrativas y jurídico-privadas que pueden surgir entre el Estado y los particulares, pues tanto unas como otras encuentran en la existencia de dicha personalidad su solución. Se trata, pues, de una persona con doble capacidad jurídica, de Derecho público y privado sin que sea necesario recurrir, por supuesto, a hablar de una doble personalidad del Estado. Esta tesis de la doble personalidad solo es comprensible si se tiene en cuenta el desenvolvimiento histórico de la doctrina de la personalidad: primero fue la construcción del Fisco que atribuyó la personalidad a una parte del Estado, al objeto de buscar un centro de imputación para aquellos actos estatales análogos a los realizados por los particulares; más tarde se planteó el problema de personificar también el centro de imputación de los actos de poder, con lo que se abría la puerta no solo a la famosa distinción entre los “actos de poder” y los “actos de gestión”, sino también a la creación de una doble personalidad estatal que, como antes se ha dicho, carece de justificación jurídica.²⁰

Consideramos que el doctrinante en el aparte transcrito, incurre en un desacierto de apreciación al abordar la teoría de la dupla de la personalidad, pues lo que se concluye no es que exista una doble personalidad en cabeza del Estado, sino que la misma puede adquirir matices diferentes; es decir, en cierto ámbito el Estado actúa como particular y en otro como poder, pero en ambos escenarios debe responder por los daños que ocasione, como persona jurídica. Sin embargo, tal como se ha venido reiterando, cuando el Estado legisla, reforma la Constitución o administra justicia, no actúa como persona jurídica, por ende, en estos eventos no se puede hablar de responsabilidad de la persona jurídica estatal.

A. Origen y actuaciones estatales que respalda

Tal como lo afirma el maestro Libardo Rodríguez Rodríguez²¹, en toda relación de derecho administrativo estará presente, por lo menos, una persona jurídica pública²²,

²⁰ GARRIDO FALLA, Fernando, con la colaboración de PALOMAR OLMEDO Alberto, LOSADAGONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, 14ª edición, Editorial Tecnos, páginas 365.

²¹ RODRIGUEZ, Libardo, Estructura del poder Público en Colombia, Undécima edición, Editorial Temis, página 41.

²² RODRIGUEZ, Libardo, define las personas jurídicas públicas como aquellas entidades de origen estatal, cuyo capital es estatal o público, a las cuales el ordenamiento jurídico les ha reconocido el carácter de personas jurídicas y que, por regla general, se encuentran sometidas al derecho público, salvo excepciones legales. Ibid, p.42. Así mismo, en la obra y página reseñada, el profesor anotado explica que los criterios para identificar

presencia que no es necesaria en las relaciones jurídicas de derecho privado. Teniendo en cuenta lo anterior, la personalidad jurídica del Estado, sirve para respaldar las siguientes actuaciones estatales:

a) Explica el Estado, sus entidades o algunas instituciones, como sujetos demandantes o demandados.

Este tema tiene una importancia trascendental a nivel procedimental contencioso administrativo, toda vez que la falta de capacidad para ser parte (que la da solo la personalidad jurídica) genera rechazo de la demanda (aunque no hay una posición jurisprudencial pacífica en este aspecto²³). Por ejemplo: cuando demanda un Consorcio o es demandado, toda vez que carece de personalidad o personería jurídica²⁴. Por otro lado, si se demanda a la persona jurídica equivocada opera la excepción de indebida designación de la parte demandada, lo que genera sentencia inhibitoria²⁵. Por ejemplo: cuando se demanda a la Nación - Minhacienda - Dian, esta última podrá excepcionar, señalando que ella es una unidad administrativa especial con personería jurídica y, por ende, está mal direccionada la demanda porque la Nación es una persona jurídica con su individualidad propia.

Ahora bien, en este punto es importante anotar que algunos órganos del Estado que carecen de personalidad jurídica poseen representación legal propia por disposición legal, tal como acontece con las contralorías o la Fiscalía General de la Nación, por eso, en estos casos no es dable notificar la demanda al representante legal del sector central al cual pertenecen sino a su propio representante legal. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado a propósito de las contralorías territoriales, así:

cuando una persona es pública son: el fin estatal, el acto de creación, el capital público o el sometimiento al derecho público.

²³ En reciente pronunciamiento el Consejo de Estado esgrime que si del contenido de la demanda se puede identificar la entidad demandada no hay lugar a rechazar el libelo, veamos: “La demanda no indicó en forma precisa la parte demandada, pero en el capítulo de notificaciones citó como una de las personas a notificar al Alcalde del Distrito de Barranquilla. Además, es preciso anotar que por la procedencia del acto es posible al juez determinar cuál es la parte contra la cual se instaura el proceso, vinculándola al mismo, pues lo fundamental es que se le garantice el derecho de defensa; no es lógico ni acorde con el principio de acceso a la administración de justicia que la sola omisión formal de citar al demandado impida trabar la litis, cuando el texto de la demanda y los actos enjuiciados resulta evidente identificarla.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de abril 16 de 2009. Radicación interna 0733-2006. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de Legis de agosto de 2009, páginas 1262 a 1263.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 2004. Expediente 15.321. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de noviembre 12 de 1992, Expediente 4312, Consejero Ponente: Guillermo Chaín Lizcano.

Se advierte que –en algunos casos- se admitieron demandas por actuaciones de las contralorías territoriales y se notificaron a gobernadores y alcaldes cuando ya se encontraban vigentes las leyes 42 y 106 de 1993, donde la primera especialmente confirió la representación legal al Contralor General de la República en caso de controversias contencioso administrativas, que se aplica a los contralores territoriales en virtud de lo dispuesto en el artículo 272-3 de la CP. En esas condiciones, conforme a las normas precitadas forzoso es concluir que la controversia no se ha trabado con el representante legal de la parte demandada, conforme a normatividad especial, que para el caso es el contralor territorial, pues el admisorio de la demanda fue notificado al representante legal del departamento, distrito o municipio, sin que el funcionario fiscal hubiera actuado en el proceso.²⁶

Sin embargo, a pesar de la claridad del aparte jurisprudencial transcrito, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento exige que en el caso de que las demandas vayan dirigidas en contra de contralorías regionales, el auto admisorio de las mismas sea notificado a los gobernadores o alcaldes según el caso, sin que sea menester vincular al contralor. Esta posición es criticable pues, como ya se vio, la Constitución Política de 1991 (art. 272-3 de la CP), le otorga a los contralores regionales la representación del municipio, departamento o distrito en lo que atañe a las contralorías. Ahora bien, lo que sí es cierto es que en el caso del Personero Municipal o del presidente del Concejo Municipal o de la Asamblea Departamental, no es necesario realizar vinculación alguna, pues no tienen capacidad de representar legalmente en un proceso judicial a la respectiva entidad territorial, en estos últimos eventos si es necesario notificar únicamente al gobernador o alcalde respectivo. Veamos extracto de la posición jurisprudencial que se critica de manera parcial:

Por ser las contralorías, las personerías y los concejos municipales y distritales entidades del sector central del orden territorial, dada su carencia de personería jurídica, los procesos judiciales que se adelanten con ocasión de sus actuaciones se dirigen contra el municipio o distrito del que formen parte y, en ese orden, deberá vincularse mediante notificación personal del auto admisorio de la demanda al correspondiente alcalde, quien como quedó dicho en párrafos antecedentes, es el representante legal de estas entidades

²⁶ Consejo de Estado, Sala De lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Auto del 22 de septiembre de 2005. Expediente 3628–04. Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Extracto Jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de Legis de mayo de 2006, páginas 832 a 841.

territoriales y le corresponde constituir apoderado judicial para llevar a cabo la debida representación en juicio.

No era necesario, ni constituye presupuesto alguno de validez del proceso, vincular al personero, al contralor ni al presidente del Concejo Distrital, pues se repite, la representación está en cabeza del alcalde.²⁷

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo solucionó la controversia que se esbozó líneas atrás, pues en el último inciso del artículo 159 señaló de manera expresa que “En los procesos originados en la actividad de los órganos de control del nivel territorial, la representación judicial corresponderá al respectivo personero o contralor”.

Por otro lado, en este punto consideramos importante anotar que, cuando estamos en presencia de acciones constitucionales, la personalidad jurídica como un requisito para adelantar proceso válido, pasa a un segundo plano y adquiere importancia el concepto de autoridad vulneradora de un derecho fundamental, colectivo o incumplidora de un deber consagrado en una norma. Por tanto, cuando estamos ante acciones populares, de tutela o de cumplimiento, no es posible rechazar la demanda por falta de capacidad procesal, pues en este caso, toda la atención se centra en el servidor público que vulnera el derecho constitucional. En este sentido se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos:

En resumen, como primer dato para la reconstrucción dogmática que estamos intentando, tenemos ya el siguiente, a saber: la posibilidad de fiscalización jurisdiccional –siquiera sea por un Tribunal especial como es el constitucional- de actos de poder dictados por cualquiera de los tres clásicos poderes del Estado cuando con ellos se vulnera alguno de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 30 de la Constitución (se refiere a la constitución Española).

De lo cual, a su vez, se pueden desprender dos consecuencias. Es la primera, que en esta Justicia constitucional se esfuma la necesidad técnica de contar con una persona jurídica demandada; la segunda –que es la otra cara de la misma moneda- que en realidad el proceso constitucional funciona de acuerdo con el esquema del “proceso al acto”. El mismo que preside, especialmente en Francia,

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de abril 16 de 2009. Radicación interna 0733–2006. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de Legis de agosto de 2009, páginas 1262 a 1263.

la evolución jurisprudencial del recurso “excés de pouvoir”, una vez que la jurisdicción retenida en manos del ministro-juez pasa a la competencia del Consejo de Estado y que, como ya se advirtió, subyace todavía en nuestra vieja ley jurisdiccional de 1894 (se refiere al ordenamiento Español).²⁸

La laxitud en torno a las acciones constitucionales ha sido extendida por el Consejo de Estado a las otras acciones públicas bajo el argumento de que los debates de legalidad son de interés general que atañen a cualquier persona, sin importar si detrás de ella hay un órgano público carente de personería jurídica. Por este motivo concluye:

Así que, con ocasión de la participación de la Contraloría y del Concejo Distrital, impugnantes en esta litis, es pertinente reiterar que dada la acción adelantada, los presupuestos procesales no revisten la severidad propia de otras acciones y, por tanto, en aras de salvaguardar el imperio de la legalidad abstracta y objetiva, resulta insustancial el examen de la personería jurídica de los citados entes, pues se trata de una acción pública cuya titularidad, como es sabido, radica en todo ciudadano y por ello han de ser escuchadas sus argumentaciones.²⁹

b) Explica el Estado en el tráfico jurídico ordinario actuando como contratante o como contratista.

c) Permite comprender el problema de la representación a nivel procesal o extraprocesal.

d) Explica los problemas referentes a la responsabilidad del Estado.³⁰

²⁸ GARRIDO FALLA Fernando, con la colaboración de PALOMAR OLMEDO Alberto, LOSADA GONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, 14ª edición, Editorial Tecnos, páginas 373. Lo que está entre paréntesis es fuera de texto.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de abril 16 de 2009. Radicación interna 0733–2006. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de Legis de agosto de 2009, páginas 1262 a 1263.

³⁰ SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II. Op. cit., p. 58. En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina española en los siguientes términos: “Aparte la preocupación política que pueda descubrirse en la base de estas doctrinas, es lo cierto que las ventajas que su utilización proporciona, desde el estricto punto de vista técnico-jurídico, son indudables: la personalidad jurídica resuelve, en efecto, el problema de la continuidad, como tales, de Estados en los que se han producido cambios violentos de régimen y forma de gobierno, explica las relaciones entre Estado y ciudadanos e incluso, como observa GASCÓN y MARÍN, las acciones de responsabilidad contra aquél por actos realizados con motivo de la gestión de los servicios públicos, y, sobre todo, hace posible la configuración jurídica de las relaciones de

e) Explica las actuaciones administrativas como una materialización de la voluntad estatal, sin embargo, la decisión que surge en virtud de las mismas es una expresión del poder exorbitante del Estado, aunque, como ya se advirtió, los efectos jurídicos de tal decisión, comprometen a la persona jurídica de derecho público que la emitió.

B. La Personalidad Jurídica del Estado en Derecho Colombiano

Tratadistas como Orlando Santofimio o Libardo Rodríguez, afirman que el Estado debería ser el concepto que reuniera los atributos de personalidad jurídica y no la Nación, ya que este último, manifiestan, es un concepto meramente sociológico.³¹

En nuestro concepto, el error mencionado no existe, ya que nuestro ordenamiento jurídico es claro en diferenciar los conceptos de Estado y Nación, toda vez que para nuestro sistema positivo, ambos tienen connotaciones jurídicas diferentes, así:

a) Nación: corresponde a los órganos de la rama ejecutiva (en lo referente a su sector central nacional como la Presidencia de la República) legislativo, judicial o autónomos cuando actúan, obviamente como gestores públicos: el Senado, la Cámara de Representantes, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Procuraduría General de la Nación³², entre otros, y al sector central de la administración pública, como los ministerios³³, los departamentos administrativos y las superintendencias sin personalidad jurídica. El artículo 80 de la Ley 153 de 1887, reconoce a la Nación como persona jurídica. “Esto equivale a decir que la Nación es un sujeto capaz de ejercer ciertos derechos, de contraer determinadas obligaciones y de ser representado judicial y extrajudicialmente.”³⁴

poder”. GARRIDO FALLA Fernando, con la colaboración de PALOMAR OLMEDO Alberto, LOSADA GONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, 14ª edición, Editorial Tecnos, página 365.

³¹ SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II. Op. cit., p. 61. RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, p. 41.

³² Art. 275 de la C.P. y art 1ro de la ley 201 de 1995– Sin embargo, sobre este órgano autónomo de control es necesario acotar lo siguiente: La Corte Constitucional, mediante la sentencia T–06 de enero 17 de 1994, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, expresa que la procuraduría General de la Nación es sujeto procesal en materia judicial cuyo representante legal es el Procurador General de la Nación

³³ Es por esto que al elaborar demandas contra entidades del sector central de la Administración Pública a nivel nacional, como es el caso de los Ministerios, siempre deberán ir dirigidas en contra de la Nación, como persona jurídica responsable de sus actos y seguidamente se deberá identificar con toda precisión el centro administrativo de producción del comportamiento administrativo a controlar jurisdiccionalmente. Por ejemplo si se va a demandar a la Policía Nacional, la demanda deberá estar dirigida de la siguiente manera: NACIÓN– MINISTERIO DE DEFENSA–POLICÍA NACIONAL.

³⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, febrero 1ro de 1993, Radicación 490, Consejero

b) Estado: se debe considerar como un ente abstracto conformado por las tres ramas del poder público (legislativa, ejecutiva y judicial), los órganos autónomos (Banco de la República, Comisión Nacional de Televisión, las universidades del Estado y las corporaciones regionales), de control (Ministerio Público y Control Fiscal –Contraloría y Auditoría-), Organización Electoral (Consejo Nacional Electoral y Registraduría Nacional del Estado Civil), Organización Territorial (departamentos, municipios, distritos, territorios indígenas, provincias, regiones, asociaciones de municipios, áreas metropolitanas y las entidades descentralizadas locales) y los particulares cuando ejercen funciones administrativas (por ejemplo: los notarios, curadores o las cámaras de comercio por ejemplo).

Sin embargo, en el plano internacional, la persona jurídica es el Estado; es decir, tanto las tres ramas del poder público, los órganos autónomos o de control, como los particulares cuando ejercen funciones administrativas, se comprometen a nivel internacional, y el presidente de la república en su calidad de Jefe de Estado actúa como representante legal del mismo. La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, citada por el Dr. José Gregorio Hernández Galindo, explica al Estado, bajo el concepto analizado, como responsable al celebrar tratados internacionales, veamos:

[...] cuando el Tratado se celebra, por sus cláusulas queda comprometido en su buena fe el Estado colombiano, con todas las ramas que constitucionalmente integran el Poder Público”, por lo cual, “si se aceptara que una vez celebrado el Tratado, una de tales ramas, la Jurisdiccional en este caso, puede declarar inválido el Tratado, en todo o en parte, a través de una declaración de inexecutable, habría que admitir que aquel compromiso no obligaba totalmente al Estado, sino con reservas, y por lo mismo, la capacidad de negociación del país con otros Estados se vería disminuida o menguada por el riesgo de la decisión unilateral que en cualquier momento podría sobrevenir respecto de las cláusulas que con arreglo a la Carta fueron convenidas con el Presidente y aprobadas por el Congreso³⁵.

La anterior concepción también es considerada por la doctrina extranjera en los siguientes términos:

Hay que advertir que tampoco aquí nos encontramos ante un fenómeno de doble personalidad: la personalidad del Estado es

Ponente Roberto Suárez Franco

³⁵ Poder y Constitución, Editorial Temis, Página 319.

única y se refiere, desde luego, al conjunto de sus funciones. Esto es particularmente cierto desde el punto de vista del Derecho internacional, pues cuanto el Estado se obliga en este terreno, tanto puede consistir la obligación en tomar medidas legislativas como en adoptar resoluciones administrativas. Ahora bien, desde el punto de vista del Derecho interno, la doctrina de la personalidad estatal tiene su relevancia práctica normalmente en cuanto personalidad de la Administración Pública, pues es ésta la que aparece como titular de los bienes del Estado, la que dispone de los que el Estado puede heredar (art. 956 del Código civil), la que contrata con los particulares, la que responde civilmente por la gestión de los servicios públicos y la que es demandada ante los Tribunales civiles o contencioso-administrativos. En todas estas materias el Poder legislativo no tiene intervención, y el Poder judicial, cuando la tiene, lo es precisamente como órgano independiente a la relación jurídica surgida entre el Estado y el particular.³⁶

Ante el anterior panorama, y de conformidad a los decretos leyes 1222 de 1986, 1313 de 1986, las leyes 128 y 136 de 1994, y la Ley 489 de 1998, en armonía con la Constitución Política de 1991, las personas jurídicas que componen la Administración Pública en Colombia, son:

- La Nación (Ley 153 de 1887, art. 60)³⁷.
- Los departamentos (Decreto Ley 1222 de 1986, art. 3°).
- Los municipios (Decreto Ley 1333 de 1986, art. 4°).
- Los distritos (Decreto 1421 de 1993, art. 2°; Ley 768 de 2002, art. 2°, y Decreto 1333 de 1986, art. 4°).
- Las áreas metropolitanas (Ley 128 de 1994, art. 2°).
- Las asociaciones de municipios.
- Los establecimientos públicos tanto del nivel nacional como del nivel territorial. Ejemplos: el Servicio Nacional de Aprendizaje - Sena (Ley 119 de 1994) o el Instituto Seccional de Salud del Quindío (Ordenanza 012 del 19 de noviembre de 1990 expedida por la Asamblea Departamental del Quindío).
- Las empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional y de las entidades Territoriales. Un ejemplo a nivel nacional es: la Empresa Colombiana de Petróleos (Ecopetrol).

³⁶GARRIDO FALLA Fernando, con la colaboración de PALOMAR OLMEDO Alberto, LOSADA GONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, 14ª edición, Editorial Tecnos, página 366.

³⁷ El artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 49, señala la representación legal de la Nación, en procesos jurisdiccionales y contratación estatal.

- Las Superintendencias con personería jurídica son: la de Notariado y Registro, Nacional de Salud, Industria y Comercio, Subsidio Familiar, Vigilancia y Seguridad Privada, Financiera, Servicios Públicos Domiciliarios y Sociedades.
- Las empresas sociales del Estado.
- Las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios.
- Los institutos científicos o tecnológicos.
- Las sociedades públicas.
- Las sociedades de economía mixta.
- El Banco de la República.
- Los entes universitarios autónomos.
- Las corporaciones autónomas regionales.
- La Comisión Nacional de Televisión.
- Las instituciones financieras nacionalizadas.
- El fondo de garantía de instituciones financieras.
- La Comisión Nacional del Servicio Civil (artículo 2º del Acuerdo 001 del 16 de diciembre de 2004, expedido por ella misma.).
- Las unidades administrativas especiales con personería jurídica. Ejemplo: la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales Dian, por ser una unidad administrativa especial con personalidad jurídica (Decretos 1071 de 1999 y 417 de 2001).
- La Constitución Política de 1991 prevé la posibilidad de que en el futuro existan igualmente las regiones (art. 306), las provincias (art. 321) y los territorios indígenas (art. 329 y 330), también con el carácter de personas jurídicas.

Para concluir este primer capítulo, resulta importante afirmar que los actos administrativos no son una expresión del Estado como persona jurídica, sino una simple manifestación de poder, la cual se da, por ende, de manera unilateral con el objeto de cumplir con los fines del Estado que se resumen en el interés general³⁸,

³⁸ Consideramos que para efectos de evitar que bajo el argumento del interés general, el Estado atropelle intereses individuales justos, deberíamos entender tal interés como aquel que procura satisfacer los intereses individuales justos de la colectividad; entendiendo por interés individual justo, aquel que no le hace daño a los intereses individuales justos de los demás. Por tanto, la prevalencia del interés general se da sobre el interés particular injusto y no sobre el justo, el cuál hace parte de dicho interés general (Artículo 1º de la Constitución Política). La interrelación dinámica de los intereses individuales justos constituye el interés general, tal como lo explica de manera magistral el profesor Adam Smith, de la siguiente manera: “El individuo, en general, no está interesado en promover el interés general, ni se entera qué tanto lo está promoviendo. Al preferir usar su capital en una industria doméstica en lugar de una foránea, el individuo solo piensa en su propia seguridad. Y al trabajar para que la industria en que ha invertido produzca las mayores ganancias posibles, solo está motivado por su propio beneficio. Pero al hacer esto, al igual que en muchos otros casos, el individuo es llevado por una mano invisible a promover un fin que no era parte de sus intenciones. Y no es malo para la sociedad que este fin no sea parte de las intenciones del individuo. Al trabajar en pos de su propio interés, el individuo promueve el bien de la sociedad de una forma más efectiva que cuando tiene la intención de promoverlo.” (La Riqueza de las Naciones). –Las negrillas son nuestras–. Sin embargo la definición de interés

reflejado en el bienestar social.³⁹ Aunque no sobra advertir que los efectos jurídicos que estos produzcan, comprometen a la persona jurídica que los profiera.

No compartimos la tesis del doctor Jaime Orlando Santofimio, en el sentido de que los actos administrativos que expidan los órganos del sector descentralizado de la administración pública sí se fundan en su personalidad jurídica⁴⁰, ya que, tanto el sector central como el descentralizado hacen parte del Estado (Nación, departamentos, municipios, etc.). Por lo tanto, todos los órganos que componen el Estado están investidos del ejercicio del poder como camino esencial para materializar los fines estatales (artículo 2 de la Constitución Política).

general no es un tópico pacífico, empero, al no ser objeto de estudio en la presente obra, no ahondaremos en el tema. Aunque no sobra señalar que al menos en materia de derechos fundamentales, la Corte Constitucional ha acogido tangencialmente la tesis de Adam Smith, veamos: “En el texto constitucional colombiano el interés general, definido por el Legislador, se opone al interés particular, salvo cuando este último está protegido por un derecho fundamental. En este caso, como lo dijimos arriba, ha de entenderse que la dimensión objetiva de tales derechos los convierte en parte estructural del sistema jurídico y por lo tanto dejan de ser meros derechos subjetivos para integrar la parte dogmática del complejo concepto de interés general”. (Sentencia C-606 del 14 de diciembre de 1992, M.P.: Ciro Angarita Barón).

³⁹ “[...] para el análisis de determinados fenómenos, sus órganos y algunas de sus instituciones pueden ser catalogadas como personas jurídicas, esfuerzo a partir del cual podemos entender la dinámica de algunos instrumentos del Estado y de la administración, en especial los relacionados con el tráfico jurídico ordinario, pero no necesariamente la de aquellos otros instrumentos que puedan llevar a la adopción de actos administrativos Legislativos, judiciales, e incluso constitucionales los cuales, por regla general, se justifican a partir del simple ejercicio del poder” (SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II. Op. cit., p. 56 y 57).

⁴⁰ Ibid. p. 57.

CAPÍTULO II. PRINCIPIOS DEL COMPORTAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Introducción

-El Estado dentro de sus diferentes formas de actuar: actos administrativos, operaciones, hechos⁴¹ o contratos, siempre deberá sujetarse a una serie de principios filosóficos que serán el punto de referencia y el marco de acción dentro del cual se desenvolverá con el objeto de evitar la arbitrariedad.

En el caso del acto administrativo, los principios del actuar estatal resultan determinantes para la expedición de decisiones administrativas acordes a un Estado Social de Derecho y cumplidoras de los fines del Estado (artículo 2 de la Constitución Política).

Ahora bien, los principios a los que se viene haciendo referencia son (artículos 83 y 209 de la CP y 3º del CPA):

- Legalidad.
- Del debido proceso.
- Economía.
- Celeridad.
- Eficacia.
- Imparcialidad.
- Publicidad.
- De contradicción.
- Moralidad.
- De presunción de buena fe o de tutela a la confianza legítima.
- Igualdad.

⁴¹ A pesar de su nota de involuntariedad, los hechos son eventos o acaecimientos que generan efectos jurídicos vinculantes para la administración pública, los cuales redundan en la materialización de los fines estatales (art. 2º, Constitución Política), en la medida que sean el reflejo de los principios que rigen el comportamiento administrativo. Por ejemplo, el hecho de un accidente de tránsito donde un automotor oficial no lesiona a una persona debido a la sujeción del servidor público conductor a las normas de tránsito y el óptimo mantenimiento del automóvil. En nuestra opinión: entre más la administración pública se sujete a los principios del comportamiento administrativo, más serán los hechos administrativos que materialicen los fines del Estado. Como corolario, los deberes de aseguramiento en el tráfico también le son exigibles al Estado, tal como lo explica el Dr. Jorge Fernando Perdomo Torres en los siguientes términos: “A la persona facultada para administrar una esfera de organización o para disponer de un objeto se le imponen mandatos de control sobre el peligro, con el fin de proteger la vida, la salud, la propiedad, etc., de otras personas; se trata de la evitación de acontecimientos o sucesos concretos que pueden generar daños”. Posición de garante en virtud de confianza legítima especial, Editorial Universidad Externado de Colombia, páginas 190 y 191, primera edición: abril de 2008.

- Participación.
- Proporcionalidad.
- De autotutela administrativa.
- Responsabilidad.
- Transparencia.
- Coordinación.
- Planeación.
- Precaución.
- Objetividad.
- Racionalidad.
- Razonabilidad.

La razón de ser de los mencionados principios es doble. De este modo se nos presenta:

a. Son los elementos de juicio rectores que fundan la fuente de interpretación del proceso administrativo, es decir, frente a cualquier eventualidad, irregularidad, problema o vacío en el actuar Estatal, el correcto manejo hermenéutico de los mismos suministrará la solución del caso. El inciso primero del artículo 3° del nuevo Código de Procedimiento Administrativo consagra: “Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales”.

b. Ofician como limitantes al poder exorbitante del Estado, con el objeto de generar relaciones armónicas y coherentes entre los particulares y la administración pública, donde los primeros vean protegidos sus derechos fundamentales e igualmente sus obligaciones y derechos como miembros de un conglomerado social.⁴²

⁴² Sobre este tema el tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa, manifiesta: “En esencia, significa identificar cada uno de aquellos conceptos sustanciales que le dan contenido y justificación dentro del contexto del Estado Social de Derecho a las instancias seguidas por la administración en sus relaciones con los particulares y los asociados en general, y que como lo señala el artículo 2 de la Ley 58 de 1982, en concordancia con el inciso noveno del artículo 3 del Código Contencioso Administrativo, le sirven a las partes involucradas para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento administrativo. Es decir, no solamente cumplen la función didáctica de ubicar conceptualmente al intérprete, sino que le proporcionan los elementos de juicio necesarios para resolver cualquier conflicto en el desarrollo de la actuación administrativa”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II. Op. cit., p. 38).

I. El principio de legalidad

Adentrarnos en el principio de legalidad, es ingresar en el interesante concepto del Estado de derecho⁴³, el cual está conformado por los siguientes elementos⁴⁴:

- a. Las declaraciones de derechos.⁴⁵
- b. La tridivisión del poder público.⁴⁶
- c. El principio de legalidad.⁴⁷

⁴³ El Estado de derecho al interior de un Estado democrático constitucional tiene como fin primordial garantizar la libertad dentro de una concepción normativa institucional, así lo explica Jorge Fernando Perdomo Torres en los siguientes términos: “Cuando se pregunta por las condiciones bajo las cuales el ser humano puede vivir apropiadamente de acuerdo con su naturaleza, obtenemos por respuesta solo las condiciones jurídicas y éstas son garantizadas en los ordenamientos jurídicos de los Estados democráticos constitucionales porque en ellos todo está y debe estar enfocado hacia la libertad, exactamente, en ellos deben estar dadas las condiciones institucionales para su realización; ellos están en principio legitimados desde el punto de vista ético-jurídico; el totalitarismo es su contrario”. Posición de garante en virtud de confianza legítima especial, Editorial Universidad Externado de Colombia, páginas 186 y 187, primera edición: abril de 2008.

⁴⁴ Estos elementos son desde la óptica jurídica, toda vez que, desde la óptica económica la perspectiva es diferente, tal como lo explica el profesor Andrés Mejía Vergnaud en los siguientes términos: “El economista F.A. Hayek (Premio Nobel 1974) nos brinda, en su obra *La constitución de la libertad*, una caracterización del Estado de derecho con base en tres elementos. El primero es la limitación del poder, limitación que debe responder a ciertos principios que se expresan en los derechos individuales. Afirma Hayek que algunas personas conciben el Estado de derecho como la mera adecuación a la ley de los actos del poder público, pero esta condición no es suficiente: si la ley diera al poder público poderes ilimitados, todas sus acciones serían legales, pero no habría Estado de derecho, y por tanto no habría seguridad ni estabilidad para los derechos y los bienes de las personas. En segundo lugar, debe haber certeza jurídica: las leyes deben ser conocidas y estables. De hecho como decíamos en la primera entrega de esta serie (*Ámbito Jurídico*, edición 211), Hayek incluso considera que este factor puede explicar la prosperidad de occidente, en comparación con otras sociedades. Y en verdad, nadie, ni un individuo, ni una empresa, puede concebir negocios o hacer planes a largo plazo, cuando las leyes están cambiando constantemente. Finalmente, la ley debe aplicarse de manera igual a todos, de modo que no existan privilegios y las condiciones normativas para actuar en la vida social y económica sean iguales para todos.” Ensayo titulado *Estado de derecho en acción*, la clave de la competitividad, publicado en la publicación *ámbito jurídico* del 6 al 19 de noviembre de 2006, página 20.

⁴⁵ “El Estado de Derecho es una construcción jurídica posible una vez que se consagran los principios políticos inspiradores de la Revolución francesa. Estos principios son, en primer lugar, los típicos del constitucionalismo: la declaración de los derechos del ciudadano, que se conciben incluso como anteriores al Estado y, en cualquier caso, limitaciones ineludibles a su actividad, y la división de poderes, como principio de estructuración orgánica de la comunidad política. En todo caso, la idea que preside esta construcción es la del aseguramiento de la libertad de los administrados”. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Parte General, Decimocuarta edición, con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, Editorial Tecnos, página 79.

⁴⁶ La doctrina colombiana ha dimensionado la tridivisión del poder público dentro de una evolución bajo los siguientes lineamientos: el poder público es uno solo pero dividido en tres ramas, tales ramas deben operar de manera armónica y coordinada y entre ellas debe existir una colaboración en ocasiones simple (coadyuvan entre sí para el cumplimiento de sus funciones separadas) y en otras completa (una rama del poder público asume la función de otra rama de dicho poder), teniendo en cuenta que la rama ejecutiva ya no solo se circunscribe a la ejecución de la ley sino que su ámbito funcional es mayor y advirtiendo que la rama ejecutiva es un concepto diferente al de administración pública, siendo este último una figura que abarca más dimensiones del Estado. Ver: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Estructura del Poder Público*, Undécima Edición, Editorial Temis, páginas 1 a 10.

⁴⁷ La Corte Constitucional Colombiana en sentencia No. C-027 de 05 de enero de 2003 define el Estado de derecho de tal manera que concreta el principio de legalidad. Veamos el aparte pertinente de dicha

- d. El principio de tutela judicial.⁴⁸
- e. El principio de garantía patrimonial.⁴⁹

De acuerdo con lo anterior, no se puede confundir el concepto de Estado de derecho, con el principio de legalidad, ya que el primero, además del imperio de la ley, requiere de otros elementos para que pueda operar.

Ahora bien, cabría preguntarnos, ¿cuál es la utilidad práctica de estudiar este principio dentro del actuar de la administración? La respuesta es muy sencilla: el estudio de este principio nos permite determinar y tener certeza que la Administración Pública, y en general todas las autoridades que componen el Estado, deberán operar dentro de los linderos del bloque de legalidad, es decir, deberán actuar bajo parámetros reglados o discrecionales previamente establecidos en el ordenamiento positivo, pero nunca frente estipulaciones arbitrarias o libertinas ajenas a la ley en sentido material, es decir, bajo la anarquía

providencia: “El Estado de Derecho no es otra cosa que la pretensión de racionalizar el ejercicio del poder político sometiéndolo a una previa planificación y previsión normativas, en busca del orden, la estabilidad y la seguridad jurídica. Se transforma de este modo el poder político, que es fáctico e incondicionado, en una facultad normada y, por lo tanto, limitada y, en consecuencia también, controlada y corregible en sus desbordamientos”.

⁴⁸ “El desarrollo legal del concepto de proceso, reconducido bajo la idea fuerza de garantía, en consecuencia de búsqueda permanente del debido proceso y la consolidación del derecho sustancial, constituye sin lugar a dudas el propósito fundamental del proceso bajo el contexto del Estado de derecho, en el entendido de que la base sustancial de esta relación se edifica no en la tutela formal o de simple acceso a las autoridades en procura de la protección de los derechos e intereses de los asociados, sino, por el contrario, de manera directa, en la tutela efectiva de los mismos que se traduce en la más completa, sustancial y efectiva protección tutelar de los derechos e intereses de los individuos, cuando sean desconocidos o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades. Así las cosas, no se agota con el simple acceso a los órganos judiciales, sino que va más allá, asegurando un mínimo de justicia material”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Op. cit., p. 407.

⁴⁹ Sierra Porto, Humberto A. Concepto y tipos de ley en la Constitución Colombiana, Universidad Externado de Colombia, Página 154. Sobre el principio de garantía patrimonial, el Dr. Andrés Mejía Vergnaud al hacer un comentario a la obra de Hayek, explica: “El Estado de derecho supone que cada individuo es libre de perseguir sus fines particulares y no se somete a aquellos de otras personas o poderes públicos. Para que esto pueda ser una realidad, cada ciudadano debe disponer del control libre de sus recursos. Como lo aclara F.A. Hayek: Raramente nos hallamos en condiciones de llevar a cabo un plan de acción coherente, a menos que poseamos la seguridad del control exclusivo de algunos objetos materiales, y donde no los controlemos, es necesario que sepamos quién lo hace, si hemos de colaborar con los demás. Por lo tanto, si no existe propiedad privada, la personas no son libres de actuar según sus propios planes, estando en cambio atados a las disposiciones de otros, con lo cual desaparecería el Estado de derecho”. Ensayo titulado Estado de derecho en acción, la clave de la competitividad, publicado en la publicación ámbito jurídico del 6 al 19 de noviembre de 2006, página 20. Sin embargo, es menester aclarar que la garantía patrimonial no solo se refiere a la defensa de los bienes materiales, sino también a la protección de los derechos que puedo y debo ejercer como persona y ciudadano. Así lo aclaró James Madison, padre de la revolución norteamericana, según comentario de Charles Van Doren sobre los sentidos de la propiedad privada, en los siguientes términos: “En el primer sentido, un hombre es propietario de su tierra, su dinero y sus bienes. En el segundo sentido, es propietario de sus convicciones, especialmente de sus creencias religiosas, en la seguridad y libertad de su persona, en el libre uso de sus facultades y en la libre elección de los objetos sobre los que emplearlas. En breve, concluyó Madison, igual que se dice que un hombre tiene derecho a su propiedad, se puede decir igualmente que tiene la propiedad de sus derechos”. Breve historia del saber, Editorial Planeta, Traducción de Claudia Casanova, 2006, página 366.

o el caos extralegal. El profesor Fernando Garrido Falla nos define este principio de la siguiente manera:

El principio de la legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de derecho y, al mismo tiempo, la más importante de las columnas sobre que se asienta el total edificio del Derecho administrativo. No solamente supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del poder legislativo, lo cual viene de suyo postulado por la misma mecánica de la división de poderes y por el mayor valor formal que a los actos de poder legislativo se concede, sino asimismo el respeto absoluto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes, y finalmente, la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad, o incluso, por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia.⁵⁰

El anterior argumento es la razón para advertir que en derecho administrativo la costumbre no genera reglas de conducta, a diferencia de lo que sucede en el derecho privado⁵¹ (civil o comercial⁵²), habida cuenta de la imperativa sujeción de las autoridades públicas a los marcos legales para satisfacer el interés general⁵³ y la imposibilidad de que acojan usos o comportamientos no normados, incorporados por el devenir cotidiano de sectores o segmentos de la colectividad para su propio beneficio. Sin embargo, de manera restringida y solo en el evento que se traigan al derecho administrativo normas consuetudinarias por remisión legislativa, serán aplicables, pero, de manera restringida y excepcional. En este sentido se pronunció el Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa al señalar que los

⁵⁰ GARRIDO FALLA Fernando, con la colaboración de PALOMAR OLMEDO Alberto, LOSADA GONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, 14ª edición, Editorial Tecnos, página 198.

⁵¹ El doctrinante Héctor Fernando Castro Alarcón es de nuestra misma opinión, así: “En cuanto a la costumbre, en otras disciplinas jurídicas, diferentes al Derecho Constitucional, Administrativo, Penal o Procesales en Colombia, puede ser fuente de derecho, como sucede en el Derecho Internacional Público, el Derecho Comercial o en Civil”. (Revista Jurídica Derechos y Valores, de la Universidad Militar Nueva Granada, Volumen VII, No 13, julio de 2004, página 77).

⁵² En materia mercantil la costumbre crea derecho, siempre que “los hechos constitutivos de la costumbre sean públicos, uniformes y reiterados en el lugar donde hayan de cumplirse las prestaciones o hayan surgido las relaciones que deban regularse por ella”. José Ignacio Narváez García, Derecho Mercantil Colombiano, Tomo V, Legis, Página 25.

⁵³ “Todos los servidores públicos tienen señaladas sus funciones en el ordenamiento jurídico, la Constitución, la ley o los reglamentos, y no se deben salir de ese marco, pues incurrirían en un vicio que genera la nulidad del acto, como es la incompetencia o abuso de autoridad”. (Héctor Fernando Castro Alarcón, Revista Jurídica “Derechos y Valores”, de la Universidad Militar Nueva Granada, Volumen VII, No 13, julio de 2004, página 72).

argumentos tendientes a posibilitar la incursión de la costumbre como generadora de derecho administrativo “podrían ser fuente de arbitrariedad y posiblemente corrupción en detrimento del interés general si se le otorga el carácter de fuente principal de nuestro derecho y no secundaria, restringida exclusivamente a los casos en que esté autorizada expresamente por el legislador, como en las hipótesis en que el derecho comercial deba aplicarse a la administración pública, en la medida en que en este ordenamiento es admitida la costumbre para precisos efectos probatorios”.⁵⁴

La Administración Pública debe estar sometida a la ley en sentido material para poderla regular y controlar, de tal manera que no se salga de su propensión por la materialización de los fines estatales. Es así como el profesor Soto Kloss, citado por Penagos, concluye: “[...] administrar es de suyo una actividad subordinada, vinculada y siendo así quién administra está positivamente sujeto, vinculado, subordinado a las directivas de aquél que dispone de la cosa, y en nuestro caso del administrar público, el administrador está vinculado al Derecho que es quién regula su actividad misma e incluso su propia existencia”⁵⁵.

Por último, es importante hacer referencia a una figura jurídica que ha venido aceptándose en el derecho administrativo: el principio de confianza legítima como fuente de derecho administrativo, en aquellos eventos donde la administración con su actuar autoriza comportamientos ilegales de los ciudadanos. Por otro lado, este principio es fundamento del denominado precedente administrativo, el cual exige que la administración pública resuelva todos los casos que lleguen a su conocimiento bajo el mismo criterio, salvo justificación razonable y proporcional, so pena de vulnerar principios como la buena fe, la seguridad jurídica y la igualdad. El precedente administrativo lo encontramos en la primera parte del artículo 10 del CPA, y en la doctrina probable consagrada en el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009, para las competencias administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio, esto es, los actos administrativos relativos a las materias de prácticas comerciales restrictivas, integraciones empresariales y aquellas prácticas de competencia desleal en donde la Superintendencia ejerce vigilancia administrativa. Sobre este principio no diremos más en este momento, pues es abordado con mayor detenimiento cuando analizamos la buena fe como principio rector de la actividad administrativa.

⁵⁴ “[...] las fuentes no escritas van a quedar relegadas en el Derecho administrativo a la categoría de fuentes subsidiarias. Esto es, desde luego, rigurosamente cierto si se pone en contraste la ley formal (constitucional u ordinaria) con la costumbre: pues aun dando por supuesta la solución positiva al problema de su existencia en Derecho administrativo, únicamente será posible acudir a ella en defecto de regulación expresa legal, sin que por lo demás, pueda admitirse una costumbre contra legem”. GARRIDO FALLA Fernando, con la colaboración de PALOMAR OLMEDO Alberto, LOSADA GONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, 14ª edición, Editorial Tecnos, página 194 y 195.

⁵⁵ El Acto Administrativo, Tomo I, Séptima Edición, Ediciones Librería del Profesional, Página 484

Para iniciar el estudio de este principio se hace necesario precisar el concepto del mismo, en cuyo caso, partiremos de las dos concepciones que se han manejado al interior de la doctrina nacional acerca de la legalidad, y así, concluiremos cuál se aplica dentro de nuestro Estado Social de Derecho, para terminar entonces con la definición apropiada del principio frente al actuar estatal.

A. El concepto del principio de legalidad

En la actualidad existen dos corrientes bien definidas: la de la legalidad como apego al estricto concepto de legalidad formal y la de la legalidad identificada con el bloque de legalidad. Es decir, no solo las normas constitucionales y las legales que expide el congreso lo constituyen, sino que, se deben tener en cuenta también los actos administrativos y los principios y valores que conforman al ordenamiento jurídico⁵⁶, veamos:

Como estricto acatamiento a la ley en sentido formal: El tratadista Humberto Sierra Porto, nos ilustra: “El principio de legalidad es entendido aquí en su sentido obvio; se acoge el contenido mínimo universalmente aceptado, esto es a la sujeción de los poderes públicos a la ley, entendiendo como tal a la norma jurídica producida por el Congreso de la República con el nombre de “ley”, una vez desarrolladas todas las etapas del procedimiento legislativo previstas en la Constitución y en la ley orgánica que contiene el reglamento del Congreso y que es sancionada, promulgada y publicada por el Presidente de la República”⁵⁷.

Como bloque de legalidad: El doctrinante Jaime Orlando Santofimio, nos enseña sobre el particular:

Desde esta perspectiva, no resulta difícil en derecho Colombiano sostener la existencia de un gran bloque de legalidad, que contiene de manera jerárquica normas de naturaleza constitucional, legal y administrativa, acompañadas de principios y valores⁵⁸, todos ellos

⁵⁶ [...] son dos las posturas fundamentales que se han mantenido: 1ª la Administración no tiene por misión aplicar la ley, pues lo único que exige el Estado de Derecho es que la respete, es decir, que actúe dentro de ella; 2ª las atribuciones y facultades administrativas tienen su apoyo inmediato en la ley, siendo imposible todo tipo de actuación que no haya sido previamente encomendado a la Administración pública por el Legislador”. GARRIDO FALLA Fernando, con la colaboración de PALOMAR OLMEDO Alberto, LOSADA GONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, 14ª edición, Editorial Tecnos, página 200.

⁵⁷ Concepto y tipos de ley en la Constitución Política, Universidad Externado de Colombia, Página 162

⁵⁸ Es pertinente recordar la diferencia entre principios y valores de la mano de la Corte Constitucional, así: “La diferencia entre principios y valores no es de naturaleza normativa sino de grado y por lo tanto de eficacia. Los principios, por el hecho de tener una mayor especificidad que los valores tiene una mayor eficacia y, por lo tanto, una mayor capacidad para ser aplicados de manera directa o indirecta, esto es, mediante una subsunción silogística. Los valores en cambio, tienen una eficacia indirecta, es decir, solo son aplicables a partir de una concretización casuística y adecuada a los principios constitucionales”. Sentencia T-406 del 5 de junio de

de obligatorio acatamiento y cumplimiento por las autoridades de todos los órdenes, lo que permite reafirmar la existencia de un gran sistema de derecho que desborda la simple y llana legalidad, lo que da origen a un juego permanente entre poder y valores⁵⁹ superiores dentro del ordenamiento jurídico⁶⁰.

Teniendo en cuenta los dos conceptos anteriores, no cabe duda que el de legalidad, identificada con el bloque de legalidad, el acogido por nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad a las siguientes razones:

a) Si acogiéramos el primer concepto, meteríamos a las autoridades estatales y, en particular a la administración pública en una camisa de fuerza para poder actuar. Es decir, si cada autoridad pública no pudiera hacer sino lo que le ordenase la Ley en sentido formal (la expedida directamente por el Congreso), la administración se volvería lenta, paquidérmica, y por ende, no cumpliría su función primordial que es la de hacer que se materialicen en el mundo jurídico los fines del Estado.

Si todo lo regulara la Ley o hubiera que esperar a que la misma le diera facultades reglamentarias a la administración pública, los fenómenos sociales y políticos desbordarían al Estado y este se tornaría en un ente obsoleto para poder satisfacer el interés general y el bienestar social. Por tanto, la administración pública debe tener la iniciativa de actuar a motu proprio, a pesar del vacío legal, con el objeto de satisfacer el bien común.

El profesor Fernando Garrido Falla comparte nuestra posición y es crítico al apego del actuar de la administración a la ley, fenómeno que denomina vinculación positiva a la ley, posición que lo ha enfrentado contra otro insigne maestro de la doctrina española, el tratadista García de Enterría. El primero de ellos anota lo siguiente:

En la doctrina española, GARCÍA DE ENTERRÍA (“observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos”, en *Rev. Adm., Púb.*, No 27, 1958) insiste en la tesis de la necesidad de la ley como presupuesto habilitante para la actuación administrativa a la ley es hoy dogmática y ya virtualmente indiscutible” (loc. Cit., p. 78). Una crítica detenida de esta postura

1992, Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

⁵⁹ El artículo 2º del CCA, consagra expresamente los valores que buscan concretizar los procedimientos administrativos, así: “Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley”.

⁶⁰ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, página 73

la hacemos en el capítulo II, del título V, de este Tratado, vol. II, nota 36, por lo que allí nos remitimos. Bástenos afirmar aquí que la configuración de la Administración en la vigente Constitución española no parece responder tampoco a la postura que se critica. En primer lugar, porque la concepción del Estado social de Derecho que obliga a los Poderes Públicos (por tanto, al Gobierno y a la Administración) a “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos que se integran sean reales y efectivas” (art. 9.2), no parece compatible con una Administración que no puede hacer nada –ni siquiera eso que la Constitución ordena– para lo que previamente no haya sido habilitada por la ley (cosa distinta a que no pueda hacer lo que esté prohibido o, simplemente, reservado a la ley; pero, claro está, la teoría de la reserva de ley sitúa la cuestión en otro plano). En segundo lugar, porque el artículo 97 atribuye directamente (es decir, sin necesidad de previa delegación legislativa) al Gobierno la potestad reglamentaria; y el reglamento autónomo es obstáculo insuperable para la positive *Bandung* o “vinculación positiva” a la ley. En fin, porque el artículo 103.1 otorga a la Administración el papel positivo de servir a los intereses generales y actuar de acuerdo con el principio de eficacia “con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”, expresiones absolutamente significativas que no exonera de mayores esfuerzos a favor de la postura que aquí se mantiene.⁶¹

b) El Dr. Manuel Urueta Ayola explica que el papel de la Administración Pública ha sufrido una metamorfosis ostensible, desde que el Estado dejó de ser un Estado protector de la libertad individual y pasó a convertirse en un Estado de bienestar dentro de la concepción de Estado social de derecho. Esto lo presenta el jurisconsulto del siguiente modo:

La complejidad de la vida económica y social en la época moderna ha tenido consecuencias en el orden institucional, las cuales se han traducido en el desplazamiento de competencias de los parlamentos hacia el ejecutivo, con un reforzamiento evidente de este último y como contrapartida con el fortalecimiento de las funciones de control político de aquel. El ejecutivo, mejor dotado que el Parlamento en el campo técnico y jurídico, vio así acrecentado sensiblemente el número de sus cometidos en los distintos campos de la vida económica y social y naturalmente en la producción de actos jurídicos⁶².

⁶¹ GARRIDO FALLA Fernando, con la colaboración de PALOMAR OLMEDO Alberto, LOSADA GONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, 14ª edición, Editorial Tecnos, página 203.

⁶² El Poder Discrecional, Publicación: Historia y Perspectivas de la Jurisdicción Administrativa en Francia y en

El aparte doctrinal transcrito nos permite inferir que la Administración Pública actúa no solo bajo la potestad de la ley proveniente del Congreso, sino que juegan papel preponderante las normas constitucionales, los tratados internacionales, los principios generales del derecho⁶³, los reglamentos, los valores e incluso, las decisiones judiciales, ya que todo este bloque de legalidad se constituye en un marco dinámico y moderno frente a todas las responsabilidades que se le han endilgado en el mundo contemporáneo.

Ahora, ofrece comentario aparte el tema de las decisiones judiciales, pues solamente tiene poder vinculante para la administración la *ratio decidendi*, es decir, la subregla de derecho que sirvió para resolver el caso concreto y que se convierte en una norma creada por el juez dentro de la providencia judicial. Por tanto, la *obiter dictum*, o sea los dichos al pasar, solo es un criterio auxiliar equiparable a la doctrina, por ende, no tiene fuerza vinculante⁶⁴. Aún más, la doctrina moderna explica que la norma es el artículo más la decisión del juez, dado que el artículo solo adquiere dimensión normativa cuando se aplica a un caso concreto⁶⁵. Por otro lado, para operativizar esta nueva perspectiva al interior de las fuentes del derecho, sería conveniente que las corporaciones judiciales de cierre determinaran con toda precisión la subregla con fuerza vinculante y que disminuyeran al máximo los dichos al pasar, pues estos últimos hacen que las providencias judiciales se vuelvan engorrosas y tediosas y que se ocupen de asuntos que en la doctrina tendrían su mejor escenario.

América Latina, Memorias del Coloquio del bicentenario del Consejo de Estado Francés, Bogotá, Edit. Temis, 1999, págs. 233 y ss.

⁶³ “El control por los principios generales del derecho tiene como fundamento la plena vinculación de toda actividad administrativa a la ley y al derecho, incluyendo dentro de este, como no podía ser de otra manera, la “condensación de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el substratum del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica” en que los principios se traducen. De este modo, el ejercicio de la discrecionalidad debe respetar como límites infranqueables principios como los de objetividad, imparcialidad, protección de la confianza legítima e igualdad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y respeto a los derechos fundamentales”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Expediente 13074. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de junio de 2007, páginas 920 a 958.

⁶⁴ La Corte Constitucional se ha pronunciado en este sentido en los siguientes términos: “En conclusión, si bien no todas las partes de una sentencia ni mucho menos toda la jurisprudencia constituyen fuente formal de derecho, la *ratio decidendi* de los fallos, por lo menos, tiene fuerza vinculante. Posteriormente se verá que dicha fuerza no es igual a la del derecho Legislado pero ello no significa que el precedente judicial carezca de valor normativo como fuente formal de derecho”. Aclaración de voto a la sentencia C-836 de 2001 de los Magistrados Manuel José Depeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁶⁵ “El contenido, dicho más concretamente, la información que muestran las normas en el proceso de comunicación solo puede ser concretado en la medida en que las decisiones judiciales consideren en detalle las particularidades del supuesto de hecho individual y determinen los criterios para su correcta interpretación y entendimiento en la comunicación jurídica”. PERDOMO TORRES, Fernando. Posición de Garante en virtud de confianza legítima especial, Universidad Externado de Colombia, primera edición: abril de 2008, página 106.

Aunque es menester advertir en este punto que en la práctica, en el devenir jurídico colombiano aún no se ha aceptado a las decisiones judiciales como integrantes del bloque de legalidad, lo que ha ocasionado situaciones desafortunadas, como es el caso de las reliquidaciones en materia de pensión gracia, donde la jurisprudencia ha sido reiterativa en los factores que se deben tener en cuenta para liquidarlas y, sin embargo, la Caja Nacional de Previsión Social sigue negando su reajuste de manera sistemática, haciendo caso omiso a la línea jurisprudencial citada. Como corolario, parece que el legislador se debe pronunciar en el sentido de incluir a las sentencias como actos integrantes del bloque de legalidad a que se debe someter la administración pública⁶⁶. Pedimento que afortunadamente tuvo eco en recientes codificaciones. Específicamente en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 y en el artículo 10º del nuevo Código de Procedimiento

Administrativo: en el primero se ordena a las entidades públicas que tengan en cuenta los precedentes jurisprudenciales en determinadas materias, cuando se hubieren proferido cinco o más pronunciamientos con hechos y pretensiones análogas. En el segundo se ordena que las autoridades públicas atiendan las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen normas que deban aplicar.

En las disposiciones comentadas en el párrafo anterior se dispone que los precedentes de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado son obligatorios para las autoridades administrativas, no obstante, se omite incluir las providencias de la Corte Constitucional. Como corolario, dicha Corte, al estudiar la exequibilidad del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, condicionó su aplicación a que también se tuvieran en cuenta los pronunciamientos de la máxima corporación de la jurisdicción constitucional. Como consecuencia, consideramos que la interpretación que se haga al artículo 10 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, debe incluir las decisiones de unificación de las otras corporaciones de cierre.⁶⁷

No solo Colombia ha acogido la tesis del Bloque de legalidad como marco jurídico al interior dentro del cual debe actuar la administración pública. Otros países latinoamericanos la han adoptado, llegando incluso a normarla o positivizarla, tal como acontece en Costa Rica o el Perú ⁶⁸.

⁶⁶ Aunque conforme a la Sentencia C-335 del 2008, proferida por la Corte Constitucional, el desconocimiento del precedente de una manera injustificada y con dolo es causal de prevaricato, conducta punible que también cobija a los operadores administrativos.

⁶⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-539 de julio 6 de 2011, Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas.

⁶⁸ El doctrinante Allan R Brewer Carías, sobre el particular, hace una acotación sobre la normatividad peruana y la consagración del principio de legalidad como Bloque de Legalidad en su ordenamiento positivo, donde se señala de manera concreta las fuentes del derecho administrativo involucrando desde las disposiciones

La doctrina y la jurisprudencia nos brindan ejemplos donde la administración debe dejar de cumplir con las ritualidades legales, con el único objeto de hacer efectivos los fines del Estado, así:

La doctora Martha Inés Palacio Jaramillo, argumenta: “Las acciones de tutela han demostrado que esto no siempre es cierto (la premisa de que el servidor público debe apegarse a la letra de las normas y solo hacer, como dice la constitución, lo que está permitido), y que cuando los derechos fundamentales se encuentran en riesgo, las formalidades establecidas para ciertos servidores públicos pierden importancia y deben subsumirse a los objetivos del Estado en relación con los ciudadanos.

Por ejemplo, la contratación esta, en nuestro país, rodeada de requisitos formales y de solemnidades, pero un juez en una sentencia de tutela puede ordenar una contratación millonaria en el término de 48 horas para prevenir un riesgo de vida o de salud de un ciudadano o de una comunidad”⁶⁹.

Otro ejemplo claro en este sentido es la ampliación del poder reglamentario a partir de leyes marco que expide el Congreso de la República donde le traza unos parámetros mínimos al ejecutivo para regular entre otras materias, la economía: Organizar el crédito público, regular el comercio exterior, modificar, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes el régimen de aduanas, etc. (Numeral 19 del artículo 150 de la *Constitución Política*). Todo esto debido a que en un mundo globalizado y de economía de mercado, las respuestas del Estado deben estar conformes al ritmo de los negocios y por ende, la vida práctica requiere de elementos de juicio técnicos y de respuestas normativas ágiles y coherentes que escapen del Congreso de la República y se radican en cabeza del ejecutivo, quién incluso posee la iniciativa privativa o exclusiva de presentación de los proyectos ley relacionados con el tema en comento (artículo 154, *Constitución Política*). El profesor José Gregorio Hernández Galindo justifica esta potestad de manejo de la economía en cabeza del ejecutivo colombiano, en los siguientes términos:

constitucionales hasta los principios generales del derecho administrativo, así: “La Ley del Perú, puede decirse que ha culminado este proceso de positivización de las fuentes del derecho administrativo, como fuentes del procedimiento administrativo. Por una parte, indica que el ordenamiento jurídico-administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del derecho (art. V, Título Preliminar), consagrando así la autonomía del derecho administrativo para lo cual precisa el mismo artículo V, 1 que el ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del derecho. Por otra parte enumera las siguientes fuentes del derecho administrativo: [...]”. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 7.

⁶⁹ El debido Proceso Disciplinario, Ediciones Librería del Profesional, Página 72

Se trata de permitir al Ejecutivo –que tiene la responsabilidad fundamental en el manejo y conducción de la economía- trazar, previo estudio técnico y ubicación de los proyectos dentro de una política global, las indicaciones principales acerca de cómo concibe y piensa que debe ser la estructura económica del Estado, para que en últimos tan delicados temas como el presupuesto, el plan de desarrollo e inversiones y la estructura de la administración o los aportes que efectúe para la constitución de empresas, no se les escapen de control; no queden librados a la simple formulación de iniciativas, en forma desordenada y descoordinada, por los miembros de las cámaras. Esta figura, que podría parecer extraña dentro de un sistema periódico que confía al Congreso por excelencia la función legislativa, no lo es tanto si se recuerda el modelo de tipo presidencial que está plasmado en nuestra Constitución.⁷⁰

B. Clases de legalidades

Equiparando el concepto de legalidad con el bloque de legalidad tenemos dos tipos de conformidad como no lo enseña el tratadista Santofimio Gamboa⁷¹:

La legalidad formal: Se caracteriza por la simple confrontación entre la norma y el actuar del servidor público. Este tipo de legalidad se encuentra regulada en los artículos 4, 6, 121 y 122 de la Constitución Política. Un ejemplo de esta legalidad se podría presentar en los siguientes términos: el servidor público debe *resolver* los derechos de petición de documentos dentro de los diez días siguientes a la fecha de su recibo o en su defecto dentro de los tres días siguientes en virtud del silencio administrativo positivo, esto significa que, inclusive, podrá entregar los documentos contentivos de la información requerida el décimo tercer día en horas laborales (artículo 22 CCA).

La legalidad teleológica: “Se edifica sobre la base de la permanente búsqueda y cumplimiento de las finalidades estatales”⁷². Como manifestación de esta legalidad tenemos los artículos 123, inciso segundo, 209 y 2 de la Constitución Política. Continuando con el ejemplo descrito en el literal anterior, si el peticionario es un hombre que está muy mal económicamente y requiere de manera urgente de su pensión para garantizar su mínimo vital y móvil, para lo cual necesita de documentos que le debe aportar la administración pública para tramitarla, y en procura de obtener dichos documentos ejercita el derecho de petición de documentos, el servidor público deberá obviar el plazo anteriormente mencionado y le entregará los documentos lo más rápido posible, si es posible, el mismo día en que se ejerció la petición.

⁷⁰ Poder y Constitución, Editorial Legis, página 269.

⁷¹ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Página 71

⁷² Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Página 71

Como corolario de lo anterior, bajo la égida del principio de legalidad teleológica es válida la siguiente premisa: el hombre no puede girar en torno a la ley, sino la ley girar en torno al hombre y estar a su servicio.

C. Implicaciones prácticas del principio de legalidad

1. La presunción de legalidad

Tal como lo hemos venido exponiendo, los servidores públicos deben actuar conforme al bloque de legalidad, por tanto, las decisiones que ellos adoptan están sujetas al mismo, lo cual se presume en virtud de dicha sujeción⁷³.

De conformidad al inciso segundo del artículo 123 de la Constitución Política, la jerarquía normativa de nuestro ordenamiento jurídico parte de la Constitución, luego sigue la Ley y después el reglamento. Esto quiere decir, que el reglamento (entendido en un sentido genérico), es decir, el acto administrativo, se presume legal, ya que al pertenecer a la normativa imperativa del Estado, su sola expedición lo hace acorde al ordenamiento jurídico y de efectos vinculantes para el conglomerado o para el particular, según el caso, debido a que estamos ante todo un complejo normativo sistemático donde las normas de menor jerarquía son compatibles con las de mayor, salvo si se demuestra lo contrario mediante los mecanismos de control respectivos⁷⁴.

Por tanto, mientras una norma administrativa exista se presume legal, con el objeto de que el gran sistema positivo camine de manera coherente y no se desquicie, ofreciendo seguridad jurídica a los asociados del conglomerado social respecto a los derechos y obligaciones que les atañen.

En este orden de ideas, podría pensarse en el hipotético caso de tener que esperar a que una autoridad de diferente naturaleza (judicial, legislativa o constituyente), autorice a la Administración Pública para ejecutar sus innumerables actos, lo

⁷³ Aunado a que de conformidad al artículo 83 de la Constitución Política, las autoridades públicas deben ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe, lo que implica un fundamento más de la presunción de legalidad de los actos administrativos, toda vez que se presume que tales decisiones implican un ejercicio correcto y acorde con los fines del Estado (Artículo 2º)

⁷⁴ El profesor Bobbio explica: “No solo la exigencia de la unidad del ordenamiento sino también la exigencia de fundar la validez del ordenamiento nos lleva a exigir la norma fundamental, la cual es, asimismo, el fundamento de validez y el principio unificador de las normas de un ordenamiento. Y como un ordenamiento presupone la existencia de un criterio para establecer la pertenencia de las partes al todo y un principio que las unifique, no podrá existir ordenamiento sin norma fundamental.” [...] “Se dice que un ordenamiento jurídico es un sistema porque en él no pueden coexistir normas incompatibles”. Citado en la publicación: “Faceta Jurisprudencial” de la editorial Leyer, No 3 de octubre de 2004, al interior del ensayo: “La duda como constante del operador jurídico” del Dr. Luis Alonso Rico Puerta.

cual tornaría en insoportable, paquidérmico e insulso y con graves consecuencias de toda índole (económicas, jurídicas, políticas, sociales, etc.), el impacto de su comportamiento en el conglomerado social. Considere esta situación, por ejemplo, en la actividad contractual estatal, con las inevitables parálisis ante un absurdo control judicial de los actos de adjudicación, solo ejecutables tras el aval de la providencia respectiva: la contratación sería inútil para ofrecerle una respuesta a la sociedad.

En conclusión: el acto administrativo se presume legal y, por ende, produce efectos jurídicos, así en sus entrañas tenga vicios invalidantes que lo hagan nocivo para la sociedad ya que, en caso contrario, el orden jurídico se vería en graves problemas y la administración pública se paralizaría o se vería impedida para cumplir con los fines del Estado. Solo su declaratoria de nulidad en sede jurisdiccional o revocatoria en sede administrativa, lo harían desaparecer de la vida jurídica.

2. La jerarquía normativa

Es necesario advertir en este punto que las disposiciones positivas del ordenamiento jurídico están sometidas a mecanismos que las pueden extirpar del mundo jurídico: la Constitución es norma de normas (artículo 4 de la Constitución Política) y solo puede ser modificada por actos legislativos expedidos por el Congreso, una Asamblea Nacional Constituyente o un Referendo. La ley solo puede ser derogada por otra ley o ser declarada inexecutable. Y el acto administrativo se puede anular en sede jurisdiccional o revocarse en sede administrativa. En cuanto al acto administrativo, tal desaparición obedece, por regla general, porque se desvirtúa la presunción de legalidad al tipificarse alguna de las causales invalidantes contempladas en el artículo 84 del CCA, donde una de ellas es el reflejo del principio de jerarquía normativa a que se ha venido haciendo referencia, esto es cuando la decisión administrativa infringe las normas en que debería fundarse.

Ahora bien, la doctrina ha elaborado criterios para resolver los conflictos de jerarquía de los actos administrativos, toda vez que los mismos aunque están sometidos a la Constitución y la Ley, en su orden dentro de nuestro sistema jerárquico, en el nivel del reglamento (entendido como el segmento de las decisiones administrativas en general y no como norma reglamentaria) se presentan situaciones que en un momento pueden resultar confusas para identificar las normas fundantes de cada acto administrativo y poder tipificar la causal invalidante referida en el párrafo anterior. Tales criterios son:

Orgánico: al interior de cada ente estatal existe una estructura orgánica, por ende, las decisiones de las autoridades que ocupen cargos más altos en la misma, prevalecerán sobre las que ocupen posiciones de menor grado. Ejemplo: las decisiones que adopta el alcalde de un municipio en materia de contratación, deben ser acatadas por el Secretario de Hacienda. Este criterio también puede operar entre diferentes personas jurídicas, pero de manera excepcional en virtud de la descentralización administrativa, tal como ocurre en el ámbito del orden público, donde el Presidente de la República es superior jerárquico del Gobernador y este a su vez del Alcalde.

Material: entiende que los actos administrativos de carácter general prevalecen sobre los de carácter particular al interior de un mismo objeto jurídico, sin importar que el acto de carácter individual sea emitido por una autoridad de igual o superior jerarquía a la que emitió el general. Sobre el particular el Consejo de Estado ha dicho: “En efecto, la aplicación del principio de legalidad basado en la jerarquía normativa implica que cuando una autoridad dicta un acto general y ella misma es la encargada de sus aplicaciones individuales, aunque aparentemente esos actos tienen la misma jerarquía por su origen, debe entenderse que los actos de aplicación individual están sometidos al acto general en el cual se fundamentan, sin perjuicio de que la misma autoridad pueda modificar en cualquier momento el acto general. Pero, mientras este se encuentre vigente, deberá cumplirlo en los casos de aplicación individual”⁷⁵.

La doctrina ha denominado este criterio de jerarquía normativa de las decisiones administrativas, como el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos. En efecto, el profesor Allan R. Brewer Carías, explica:

El segundo principio derivado del principio de jerarquía es el que en España se ha llamado principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos, es decir, la obligación que tiene la Administración de respetar los actos normativos cada vez que se dicte un acto individual o de efectos particulares. No solo se trata de que el órgano inferior respete el acto normativo dictado por el órgano superior, sino de que el mismo órgano que dictó un acto normativo lo respete al dictar un acto de efectos particulares e, incluso, que el órgano superior respete el acto normativo del inferior al dictar un acto administrativo de efectos particulares.⁷⁶

⁷⁵ Sentencia 0396 de 14 de mayo de 1990, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez. Expediente 154. Actor: Norwich Colombiana S.A.

⁷⁶ Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, Página 24.

Por ejemplo si el alcalde profiere un acto administrativo de carácter general en el cual delega para todos los eventos de adjudicación de contratos estatales en su secretario de Hacienda, mientras tal decisión esté vigente, el no podrá adjudicar contratos directamente. Ahora, es de resaltar del aparte doctrinal transcrito que en el evento en que el acto administrativo de carácter general sea emitido por una autoridad de inferior jerarquía que la que profiere el acto particular que pretende contradecirlo, se preferirá el general, lo cual permite inferir que el criterio material prevalece sobre el orgánico.

El grado de sometimiento conforme a la norma constitucional o legal que le dio origen: obviamente si el grado del acto administrativo es determinado directamente por una norma Constitucional, prevalecerá sobre los demás dentro del mismo objeto jurídico y, de igual manera, si es determinado por una ley estatutaria u orgánica, prevalecerá sobre los que se refieran a la misma materia. El Dr. Gustavo Penagos nos ilustra con los siguientes ejemplos: “[...] la expedición de actos administrativos, bien sea con base en la Constitución, ejemplo artículo 296, que contempla los casos en que los actos del presidente prevalecen sobre los de gobernadores o alcaldes; también sirve de ejemplo los actos que tienen como fuente una ley orgánica, la cual prima sobre una ley ordinaria (Corte Constitucional, Sentencia C-600 A de 1995)”.⁷⁷ Otro evento es el artículo 305, numeral primero de la Carta Magna, el cual señala que los gobernadores deberán cumplir las ordenanzas, por tanto, sus decisiones están sometidas a ellas.

Funcional: la especialización del órgano que produce el acto administrativo, esto es, se supone que la entidad encargada de regular determinada materia, profiere actos administrativos de mayor envergadura o que prevalecen sobre las demás decisiones que se refieran a la misma. Por ejemplo: los actos administrativos que profieran las comisiones de regulación en materia de servicios públicos domiciliarios, deben ser acatadas por las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Los anteriores criterios no se deben tomar de manera aislada, sino que se deben conjugar al momento de analizar la legalidad de un acto administrativo respecto a la armonía que debe presentar frente a las normas en que debía fundarse. El profesor Fernando Garrido Falla propone cuatro reglas para dilucidar los problemas de jerarquía normativa dentro del contexto del principio de legalidad, veamos:

- 1ª Las disposiciones y resoluciones administrativas no podrán infringir lo dispuesto en la Constitución y en leyes elaboradas por las Cortes u otras normas con rango de ley.

⁷⁷ El Acto Administrativo, Tomo I, Séptima Edición, Página 21.

- 2ª Las disposiciones y resoluciones administrativas no podrán vulnerar los preceptos contenidos en disposiciones dictadas por autoridad de superior grado.
- 3ª Las autoridades administrativas no podrán dictar disposiciones de carácter concreto que desconozcan lo que la misma autoridad haya dispuesto por vía general: principio de inderogabilidad de los reglamentos por vía singular.
- 4ª Las disposiciones administrativas concretas no pueden vulnerar lo establecido en disposiciones de carácter general dictadas por autoridades inferiores, dentro del límite de su competencia. Se trata del principio de la inderogabilidad por vía singular llevado a sus últimas consecuencias.⁷⁸

3. La potestad discrecional y la potestad reglada

El marco de acción de los servidores públicos, en virtud del bloque de legalidad, puede ser reglado o discrecional. Lo reglado debe ser la regla general y lo discrecional la excepción⁷⁹, habida cuenta que se busca otorgarle base y seguridad jurídica a los aspectos más importantes de la esfera de acción de la administración pública, los cuales son la mayoría, a través de regulaciones precisas y específicas, lo que facilita el control sobre la misma en procura de satisfacer el interés general⁸⁰.

Potestad reglada: es cuando se está frente a competencias claras y específicas determinadas en la ley que no le permiten a la administración más que moverse dentro de unos marcos precisos previamente regulados, es decir, estaríamos prácticamente encuadrando la actuación de la administración dentro de la tipicidad de las normas que habilitan su actuar en el mundo del tráfico jurídico.

⁷⁸ GARRIDO FALLA Fernando, con la colaboración de PALOMAR OLMEDO Alberto, LOSADA GONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, 14ª edición, Editorial Tecnos, página 200.

⁷⁹ “Para el Estado institucionalizado el sentido lógico de la discrecionalidad debe fundarse en el postulado según el cual el ejercicio de cualquier potestad solo es posible si existe previamente un precepto normativo superior que habilite a la administración”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., p. 123.

⁸⁰ El tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa señala esta regla general y hace énfasis en el elemento subjetivo de lo discrecional, lo que a nuestro entender dificulta en un mayor grado el control de dicha potestad: “La potestad reglada constituye la regla general del principio de legalidad en el Estado de Derecho. Lo discrecional es la excepción. A diferencia de las potestades regladas, en las llamadas potestades discrecionales la administración interviene mediante un proceso de valoración subjetivo con el fin de adecuar el mundo de la realidad de los hechos a las consideraciones amplias y genéricas de la norma. Precisamente esta circunstancia habilita al respectivo órgano o funcionario para que agregue el ingrediente de la iniciativa, en la búsqueda de los fines públicos estatales”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo IV. Op. cit., p. 121. Sin embargo, algunos doctrinantes, en una posición que consideramos equivocada, continúan afirmando que lo discrecional es la regla general y lo reglado la excepción, así: “En el quehacer de los órganos estatales, la competencia discrecional es norma general, en tanto que la competencia reglada constituye excepción”. Lamprea Pedro Antonio, Anulación de los actos de la administración pública, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., página 41.

Sin embargo, lo mencionado en el párrafo anterior no puede ser tomado en extremo, ya que el servidor público que aplique la ley siempre tendrá, así sea en un pequeño margen, discrecionalidad al momento de adoptar la decisión, toda vez que el subjetivismo es necesario para adecuar la ley al caso concreto⁸¹. Ejemplos de esta potestad se dan cuando la administración reconoce una pensión de jubilación (se requiere de unos requisitos previos para su procedencia), sanciona disciplinariamente a un servidor público⁸² (Se debe aplicar la Ley 734 de 2002) o adjudica un contrato⁸³ (Se debe agotar un proceso de selección objetiva, de conformidad a los lineamientos de la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y decretos reglamentarios).

Potestad discrecional: se da en aquellos eventos en que la Ley le permite a la administración pública tener un margen de libertad en la adopción de una decisión o en la regulación de determinada materia, con el objeto de poder cumplir con mayor eficacia y precisión los fines estatales. Ejemplos clásicos de esta potestad son la facultad de libre nombramiento y remoción (artículo 26 del Decreto Ley 2400 de 1968), los reglamentos constitucionales (como el caso del inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política), las materias económicas (como el caso del numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política) y el orden público (Numeral 4 del artículo 189 del Constitución Política).

La administración pública al hacer uso de la facultad discrecional deberá tener en cuenta los dos principios que la gobiernan:

El principio de mensurabilidad: es aquel que de manera tajante dispone que no existen potestades ilimitadas o absolutas y, por ende, no hay potestad discrecional

⁸¹ “Tal tipo de reglamentación es de una rigidez impracticable, ya que es imposible que la norma lo prevea todo y predetermine y calcule todas las formas de relaciones y consecuencias jurídicas de las mismas”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de octubre 22 de 1975, Consejero Ponente Luis Carlos Sáchica—

⁸² El profesor Pedro Antonio Lamprea señala sobre el procedimiento disciplinario como una potestad reglada, lo siguiente: “En un proceso disciplinario, por ejemplo, el funcionario investigador se limitará a lo indispensable sin servirse de los términos de suspensión del cargo, sea el caso, con impetu sancionador. Mientras la responsabilidad disciplinaria no se establezca, en forma incontrovertible, el servidor investigado está amparado por presunción de inocencia. La supuesta conducta indebida que se investiga no puede ser objeto de presunción, inferencia o deducción de culpa. Entonces la discrecionalidad cederá el paso a la competencia reglada; porque el régimen sancionador es de carácter excepcional y rígidamente regulado”. Anulación de los Actos de la Administración Pública, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., Colombia, página 41.

⁸³ Así lo explica el Consejo de Estado el cual hace énfasis en que la potestad reglada en los procesos de selección no es absoluta, así: “La administración al hacer la adjudicación ejerce una competencia reglada. Por lo tanto, la administración no puede hacer la selección del futuro contratista en forma amañada, caprichosa o arbitraria, sino ceñida a los criterios que la ley le señala. Pero la aplicación de esos criterios, dada la amplitud y hasta cierto punto la vaguedad de los mismos, no permite una aplicación matemática o rígida, sino que le facilita a la administración, sin salirse de ellos, definir quién representa la mejor propuesta, la más conveniente[...]” Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de octubre de 1991, exp. 6262, C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

sin regulación previa y bajo ciertos lineamientos, emanada del bloque de legalidad, es decir, solo existe facultad discrecional si el ordenamiento jurídico expresamente y bajo ciertos parámetros lo permite, en caso contrario, la potestad siempre será reglada. La Corte Constitucional explica este principio de la siguiente manera:

La potestad administrativa, y en especial la discrecional, se encuentra sometida al principio de mensurabilidad, el cual consiste en que en ningún caso la potestad puede constituirse en un poder indefinido o ilimitado. En efecto, en primer término, la actuación del Estado a través de la potestad administrativa está sujeta a los lineamientos constitucionales, pues en el Estado social de derecho las competencias son regladas y el margen de discrecionalidad de los agentes públicos debe ejercitarse dentro de la filosofía de los valores y principios materiales de la nueva Constitución. En segundo lugar, la potestad citada se encuentra condicionada a la definición de su ámbito de acción, determinándose los fines a cumplir y la forma en la cual se debe desplegar la conducta mencionada. Esto significa que la potestad siempre se debe entender limitada a la realización de los fines específicos que le han sido encomendados por el ordenamiento jurídico. Es así como la potestad administrativa solo contiene una actuación legítima en tanto y en cuanto se ejecute en función de las circunstancias teleológicas como materiales, establecidas en la norma que la concede [...]⁸⁴

Sin perder de vista lo expuesto en el párrafo anterior, es importante tener en cuenta que el operador administrativo en estos eventos debe adoptar una decisión que sea acorde a la finalidad que considera la norma habilitante, teniendo en cuenta los supuestos de hecho que obligan a adoptarla (criterios objetivos). Por ende, el administrador público no puede optar por cualquier decisión, solo podrá escoger aquella que materialice el fin perseguido por la disposición que contempla la potestad discrecional respectiva. Esto quiere decir que el fin que persigue una norma que otorga una potestad discrecional es reglado y no arbitrario, lo que significa que si se adopta una decisión que no materializa el fin perseguido por la disposición normativa, el acto administrativo estará viciado de nulidad. Así lo ha expresado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Es esta, igualmente, a juicio de la Sala, la concepción de la discrecionalidad administrativa que subyace a la redacción de la norma que, en el Código Contencioso Administrativo colombiano, se ocupa de la figura en cuestión. No de otra forma habría de

⁸⁴ Sentencia C-318 del 19 de julio de 1995, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

entenderse la exigencia formulada por el artículo 36 de dicho estatuto en el sentido de que el contenido discrecional de una decisión administrativa debe adecuarse a los fines de la norma que lo autoriza, así como ser proporcional a los hechos que le sirven de causa. Solo un criterio objetivo y razonable que justifique la elección entre la pluralidad de alternativas de las que dispone la administración en el caso concreto, permitirá constatar si la opción por la que se decanta respeta los límites establecidos por el referido artículo 36 del Código Contencioso Administrativo⁸⁵.

Lo anterior no quiere decir que el administrador de justicia pueda evaluar el procedimiento que antecedió a la decisión final; es decir, el juez debe controlar la decisión final, comparándola con el fin regulado por la norma que confiere la potestad discrecional, sin emitir juicio alguno en torno al comportamiento administrativo que se verificó antes de la expedición del acto administrativo. En otras palabras, el administrador de justicia aplica un test de ponderación donde analiza si el fin que persigue la decisión corresponde al contemplado por la disposición normativa, desde la óptica de un balanceo de intereses y un método razonable. Como corolario, el juez no está habilitado para emitir en sus providencias una conclusión como la siguiente: “la decisión que adoptó la administración pública es ilegal a pesar de que materializa el fin perseguido por la norma, pues debió emitir otra decisión que resultaba más efectiva para realizarlo.” Si así lo hiciera estaría coadministrando, lo que sería una flagrante vulneración al principio de la tridivisión del poder público. Por tanto, la inferencia correcta sería la que sigue, así: “la decisión adoptada por la administración resulta ilegal, pues no materializa el fin perseguido por la norma”. En este sentido se ha pronunciado la doctrina extranjera, en los siguientes términos:

Evidentemente, la idea de fin significa un límite para la discrecionalidad administrativa; pero se trata de un límite que no destruye, ni mucho

⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Expediente 13074. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de junio de 2007, páginas 920 a 958. En esta providencia la máxima corporación de lo contencioso administrativo limitó el control jurisdiccional, a la evaluación de la decisión adoptada conforme al fin que perseguía la norma habilitante, veamos: “Así las cosas, es a la luz de esta concepción de la discrecionalidad que se valorará el proceder del Ministro del Transporte al expedir las resoluciones 7358 de 26 de octubre de 1995, 452 del 29 de enero de 1996 y 611 del 6 de febrero de 1996. Es decir, el Consejo de Estado analizará si el aludido ministro desplegó las actuaciones que era esperable adelantara, con el fin de hacer acopio de los suficientes elementos de juicio, tanto fácticos (técnicos, económicos, de conveniencia, oportunidad, etc.) como jurídicos, que le permitieran llegar a un criterio objetivo y razonable, con base en el cual adoptar la decisión de reajustar las tarifas y reubicar las casetas de recaudo de los peajes sobre los que versan los actos administrativos demandados, completando, de esta manera y para el caso concreto, los supuestos de hecho –deliberadamente– inacabados o incompletos de los artículos 21 de la Ley 105 de 1993 y numeral 8º del artículo 11 del Decreto 2171 de 1992, que le conferían las correspondientes facultades, configurándolas de manera discrecional”.

menos, la existencia de esta actividad. La única conclusión lícita que debe desprenderse de lo anterior es que el elemento fin del acto administrativo es siempre reglado; pero la discrecionalidad puede jugar, y de hecho jugará, en relación con el contenido u objeto de los actos administrativos. Tan falso es decir que hay una actividad administrativa discrecional por su naturaleza, como negar en absoluto la existencia de la discrecionalidad, entre otras obvias razones, porque con frecuencia es cabalmente la ley la que pone en manos de la Administración la facultad de elegir entre varias soluciones posibles.⁸⁶

Un ejemplo práctico sobre este punto en particular es cuando la administración pública adjudica un contrato con el objeto de realizar una red de alcantarillado. Si el contrato que se adjudica se funda en unos pliegos de condiciones que resultan aplicando una fórmula financiera más costosa para el erario público que otra que pudo ser escogida, no hay ilegalidad en tal decisión, sin perjuicio de las sanciones penales, disciplinarias y de responsabilidad fiscal a que hubiere lugar. Por otro lado, si la adjudicación a que se hace referencia se funda en unos pliegos de condiciones que técnicamente son inviables para llevar agua potable en forma efectiva a los barrios beneficiados con la red de alcantarillado por construir, allí sí habrá ilegalidad, pues se expidió un acto administrativo que no materializa el fin que le exige la norma habilitante.

El principio de razonabilidad: emana de lo dispuesto en el artículo 36 del CCA e implica que la administración pública por regla general, deberá motivar los actos administrativos que se derivan de la potestad discrecional, de tal suerte que la decisión de manera objetiva identifique la norma que le sirve de sustento y sea un reflejo de la misma, lo cual facilita su control gubernativo como jurisdiccional. El doctrinante Santofimio Gamboa se expresa en el sentido que anotamos a propósito de la actividad administrativa contractual, sin embargo, tal anotación es aplicable a toda la actividad administrativa en general por ser el artículo 36 referido a una norma general para todos los procedimientos administrativos, de este modo: el artículo 36 del CCA, de aplicación a las normas discrecionales contractuales por vía del artículo 77 de la Ley 80 de 1993, exige de la administración, al expedir un acto administrativo, la plena identificación de la decisión con la norma que le sirve de sustento; principio este que la doctrina conoce como el de la razonabilidad, que implica expresar los motivos que llevan a la administración a proporcionar su decisión, partiendo del contenido de la norma discrecional y llegando a la realidad fáctica.⁸⁷

⁸⁶ GARRIDO FALLA Fernando, con la colaboración de PALOMAR OLMEDO Alberto, LOSADA GONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, 14ª edición, Editorial Tecnos, página 208 y 209.

⁸⁷ Tratado de Derecho Administrativo Tomo IV, Universidad Externado de Colombia, páginas 125 y 126.

El artículo 36 del Código Contencioso Administrativo nos presenta un claro panorama de los límites dentro de los cuales se debe mover una potestad discrecional cuando señala: “en la medida que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”⁸⁸.

Del aparte legal transcrito se colige que la administración podrá tener ciertos márgenes de libertad o discrecionalidad para tomar decisiones o regular ciertos ámbitos de la realidad jurídica y social, pero sin entrar en los linderos del absolutismo y la arbitrariedad, ya que la mencionada potestad siempre dependerá de norma legal o constitucional que la autorice⁸⁹ cuyos términos o límites son controlables judicialmente. Por esta razón podemos afirmar que no existen facultades puramente discrecionales, tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos: “No hay en el Estado de derecho facultades puramente discrecionales, porque ello eliminaría la justiciabilidad en que se desarrollan y acabaría con la consiguiente responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. En el ejercicio de la facultad reglada hay mera aplicación obligada de la norma; en el de la relativa discrecionalidad, la decisión viene a ser completada por el juicio y la voluntad del órgano que añaden una dimensión no prevista en la disposición que se está aplicando”⁹⁰.

Los criterios de orientación⁹¹ de las decisiones emanadas de la potestad discrecional, se pueden resumir en los siguientes cuatro contenidos:

- Facultad para decidir según la oportunidad: Cuando el operador jurídico considera que los supuestos que exige la ley se configuran y adopta la decisión. Este es el caso de la urgencia manifiesta, la cual posibilita la contratación estatal sin formalidad alguna por cuestiones de fuerza mayor o calamidad pública, entre otras (artículo 42 de la Ley 80 de 1993). Sin embargo, como veremos más adelante, este criterio ha terminado identificándose con los conceptos jurídicos indeterminados que operan como una pseudo-discrecionalidad, habida cuenta que obedecen a razones técnicas que restringen la maniobrabilidad a una sola opción.

⁸⁸ El artículo 44 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reitera esta premisa.

⁸⁹ “De esa manera, puede afirmarse que hay facultad o competencia discrecional cuando la autoridad administrativa en presencia de circunstancias de hecho determinadas, es libre –dentro de los límites que fije la ley– de adoptar una u otra decisión; es decir, cuando su conducta no está previamente determinada por la ley”. Corte Constitucional, Sentencia C-031, febrero 2 de 1995, Magistrado Ponente Hernando Herrera Vergara.

⁹⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta. Concepto, octubre 22 de 1975.

⁹¹ LAMPREA Pedro Antonio, Anulación de los Actos de la Administración Pública, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., segunda edición, página 48.

- Libertad de opción: Se da en el evento en que la autoridad administrativa tiene varias alternativas de elección, todas legítimas. Por ejemplo: la revisión eventual de sentencias originadas al interior de procesos judiciales de tutela, por parte de la Corte Constitucional (artículo 86 de la Constitución Política).
- Circunstancias sobrevinientes que ocasionan la decisión: Son eventos que la ley no prevé y sin embargo acontecen, lo que ocasiona la adopción de la decisión. Por ejemplo: la facultad de libre nombramiento y remoción, donde se declara insubsistente al nombrado por razones del buen servicio.
- Cuando la actividad administrativa no se subsume en norma especial: En este evento la administración pública actúa bajo la égida de la cláusula general de competencia tendiente a materializar los fines generales del Estado (art. 2° CP). Por ejemplo: La autoridad de policía que ordena a sus subalternos procurar la protección de la sociedad civil ante una acometida guerrillera mediante una táctica de defensa específica.

El profesor Gustavo Penagos trae una clasificación meramente enunciativa de los ámbitos al interior de los cuales se puede mover discrecionalmente la administración pública de conformidad con el bloque de legalidad, la cual pasaremos a transcribir, habida cuenta que la encontramos útil como un marco conceptual para identificar en que eventos, de manera excepcional como ya se advirtió, las autoridades públicas están en ejercicio de potestades discrecionales. La clasificación es la siguiente:

- 1. Reglamentaria:** La facultad reglamentaria está determinada por la valoración de circunstancias económicas, sociales y políticas. No es necesario expedir reglamentos de la ley, si las circunstancias no lo ameritan, y esta es la interpretación que fluye al aplicar el artículo 189, numeral 11 de la Constitución.
- 2. Planificación:** Los planes y programas del Gobierno y de la Administración no obedecen a criterios arbitrarios, sino a los propósitos generales de la Constitución y la ley (arts. 339 y s.s. de la Carta Política), con la finalidad de lograr los objetivos de la política económica, social y ambiental del Gobierno.
- 3. Iniciativa:** La administración moderna considera más técnico transferir la iniciativa al gobierno en determinadas materias, por tener mejores elementos para valorar la oportunidad y necesidad del servicio a su cargo, por ejemplo la iniciativa para crear una entidad descentralizada departamental o municipal está atribuida al Gobernador y al Alcalde respectivamente (arts. 300, nums. 7 y 11; 313 núm. 6 de la Constitución).

4. **Política estricto-sensu:** Se ha admitido por la doctrina y jurisprudencia colombiana, la existencia de los llamados actos políticos o de gobierno, para referirse a aquellas decisiones que trascienden la vida misma de la administración, por ejemplo dirigir las relaciones internacionales, firmar un tratado de paz; declarar la emergencia económica, etc.
5. **Técnica:** La discrecionalidad técnica es común en la administración pública moderna, en donde las funciones se han especializado y tecnificado, para lograr los objetivos y metas del Estado Social.
6. **Táctica:** La discrecionalidad táctica es aquel margen de libertad que requiere la administración, para adoptar una decisión rápida y eficaz, ante situaciones de hecho que lo requieran.
7. **De gestión:** La administración descentralizada por servicios, requiere de esta modalidad discrecional, para gestionar los servicios a cargo de las entidades descentralizadas.⁹²

Por último, no se puede confundir la potestad discrecional con los conceptos jurídicos indeterminados, como son la utilidad pública o el precio justo, la urgencia manifiesta o el buen padre de familia. En la primera, tal como lo anotamos, la administración pública se encuentra ante una habilitación legal para adoptar diferentes tipos de decisiones, pero, ajustadas a derecho. Al paso que los segundos son conceptos que no permiten opciones de ninguna índole y la administración está obligada a delimitarlos para cada caso concreto. Es por esto que la denominada discrecionalidad técnica a que hace referencia el doctrinante Penagos, en la clasificación anteriormente transcrita, ofrece serios reparos, habida cuenta que es una pseudo-discrecionalidad o discrecionalidad falsa.

El profesor Allan R. Brewer Carias precisa sobre el particular lo siguiente:

El esfuerzo de la doctrina y de la jurisprudencia de las últimas décadas ha consistido, entonces, en deslastrar a los funcionarios de ciertas áreas de actuación que antes se consideraban como parte del poder discrecional y que, progresivamente, se han ido eliminando de dicho ámbito, como es el caso de la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la atribución de competencias. El tema deriva de la doctrina alemana y se ha desarrollado por la doctrina española, permitiendo sacar del ámbito de la discrecionalidad actuaciones que no lo son, porque son más bien parte de la legalidad, del sometimiento

⁹² El Acto Administrativo, Tomo II, Parte Especial, Séptima Edición, Ediciones Librería Del Profesional, páginas 465 y 466.

estricto a la ley. Los conceptos jurídicos indeterminados, en realidad, no le dejan a la Administración la libertad de optar entre varias posibilidades en su actuación, sino que al tener la Administración una sola posibilidad justa de actuar, ya no hay poder discrecional. Es lo que en Italia se ha denominado la discrecionalidad técnica, así llamada precisamente para indicar que no es discrecionalidad porque el juicio depende de elementos técnicos, y al depender de ellos, solo es viable una solución y no múltiples⁹³.

Ahora bien, la administración pública no se puede amparar en la discrecionalidad técnica para evitar el control judicial, así lo ha explicado el Consejo de Estado señalando las siguientes reglas⁹⁴:

- El derecho público colombiano no es ajeno a la discrecionalidad técnica.
- La naturaleza técnica de las decisiones administrativas de ninguna manera se traduce en la consagración de ámbitos de actividad de la administración inaccesibles al control por parte del juez de lo contencioso administrativo.
- El Juez no está obligado a inclinarse por la valoración previamente efectuada por la administración, dado que la actividad probatoria busca convencerlo a favor de cada una de las partes, con el objeto de obtener un pronunciamiento favorable para sus pretensiones.
- El control judicial puede tener una intensidad diversa: cuando se presenta un error manifiesto de apreciación frente a varios tipos de solución (control negativo), en este caso el juez se limita a analizar si se superaron los límites de la razonabilidad desde una óptica teleológica; o cuando solo es posible escoger una única respuesta correcta (control positivo), en cuyo evento el juez puede sustituir la valoración técnica previamente efectuada en sede administrativa cuando esta no coincida con la única jurídicamente admisible. Obviamente, en virtud del principio de carga probatoria consagrado en el artículo 177 del CPC, es a la parte demandante a la que le corresponde probar que la administración pública incurrió en un error manifiesto de apreciación o no escogió la única respuesta correcta, en caso contrario se despacharían desfavorablemente las pretensiones, tal como ocurrió en la jurisprudencia que se comenta, donde se demandó una reestructuración administrativa pero no se probaron las supuestas irregularidades del estudio técnico.

⁹³ Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, páginas 26 y 27.

⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2007. Expediente 13503. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de abril de 2008, páginas 600 a 612.

Conclusión: En definitiva, en virtud del principio de legalidad, una vez el administrador público adopta la decisión administrativa derivada del ejercicio de una potestad discrecional, la misma se convierte en un acto administrativo sometido al ordenamiento superior y como tal, controlable administrativa o judicialmente. Como corolario, lo incontrolable judicialmente es la potestad discrecional no la decisión administrativa que emerge de la misma⁹⁵.

II. El principio del debido proceso.

El origen de este principio es eminentemente constitucional y encuentra sus raíces en el derecho anglosajón.⁹⁶

En nuestro ordenamiento jurídico encontramos su fundamento constitucional en los artículos 29 y 93, en concordancia con el Código de Procedimiento Administrativo en el artículo 3⁹⁷

Antes de entrar en materia, hay que advertir que el debido proceso es un derecho fundamental de las personas naturales o jurídicas y por ende, puede hacerse respetar a través de la acción de tutela, lo cual en relación con el proceso administrativo tiene plena viabilidad, siempre y cuando el afectado no posea otro medio de defensa efectivo para la protección de su derecho y tal medio no se haya perdido por su negligencia, o se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (art. 86 Constitución Política)⁹⁸.

⁹⁵ “La discrecionalidad se manifiesta frente al juez de tal modo que no se pretenda la sustitución del punto de vista del organismo administrativo por el juzgador, a quien atañe tan solo el dominio de la técnica jurídica por lo que no puede subrogarse en la apreciación de los criterios tenidos en cuenta por la administración.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 16 de marzo de 2005. Expediente 27.921. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Revista de Jurisprudencia y Doctrina de septiembre de 2005. Legis, páginas 1277 a 1283.

⁹⁶ “No se trata de una institución típica del derecho continental europeo, ni mucho menos del derecho codificado. Sus fuentes indudablemente se han formado a partir del devenir de las instituciones del derecho natural, la justicia, la equidad y el “*Common Law*” (SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 82). Por su parte, el profesor Allan R. Brewer Carías, refiriéndose a su temprana construcción judicial en el derecho anglosajón, explica: “Su formulación jurisprudencial histórica se la sitúa en el famoso caso *Dr. Bentley’s*, decidido en 1723 por una Corte inglesa [...] En dicha decisión se resolvió que el Chancellor de la Universidad de Cambridge, Dr. Bentley, no podía haber sido desprovisto de sus títulos o grados académicos, sin haberse informado previamente de los cargos formulados en su contra y sin haberse dado la oportunidad de responderlos. De ahí surgió la formulación judicial del principio del derecho a la defensa en el derecho inglés, como uno de los principios de natural justice, tan viejo como el mundo”. (Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, páginas 263 y 264).

⁹⁷ El antiguo Código Contencioso Administrativo no traía contemplado de manera expresa el principio del debido proceso, empero, de los artículos 2, 3, 14, 15, 29, 34, 35 y 36 de dicha codificación, se deducía su contenido.

⁹⁸ “Es en este contexto donde demandados y demandantes pueden desplegar una amplia y exhaustiva controversia argumentativa y probatoria, teniendo a su disposición los diversos recursos que la normatividad contempla. El recurso de amparo solo será procedente, en consecuencia, cuando la vulneración de las etapas y garantías que informan los procedimientos administrativos haya sido de tal magnitud, que los derechos fundamentales de los asociados no cuenten con otro medio de defensa efectivo. El recurso de amparo, como sucede en la hipótesis de protección de todos los derechos fundamentales, es subsidiario y residual, lo cual implica que,

A. Concepto

El concepto del debido proceso aplicado al derecho administrativo se podría entender en el siguiente sentido: Toda decisión administrativa que involucre a un administrado o grupo de administrados debidamente individualizados, debe obedecer a una previa intervención de los mismos, con plenitud de garantías sustanciales y procesales en el proceso administrativo, que dé como resultado el acto administrativo correspondiente.

Esto quiere decir, que el administrado o administrados deberán haber tenido la oportunidad de expresar su opinión e invocar el respeto de sus derechos fundamentales frente a la administración pública y de aportar o pedir los elementos de juicio necesarios que respalden la mencionada opinión.

B. Naturaleza jurídica

Busca proteger los derechos fundamentales y la prevalencia del derecho sustancial de las personas que intervengan en los procedimientos administrativos. Es decir, que el administrado adquiera la conciencia de que se encuentra rodeado de una serie de garantías que le van a asegurar un proceso justo y una decisión aplicada al ordenamiento jurídico y a los fines del Estado.

C. Objetivo

Hacer que los procesos administrativos respeten en todo momento los derechos fundamentales de las personas, o sea, que no los violenten y por ende, que las decisiones de la administración adquieran una legitimidad inobjetable; lo que conlleva a que su poder vinculante sea cierto y no deje al afectado con algún tipo de duda frente a tal decisión. Sobre el particular, el Consejo de Estado manifiesta:

En este sentido debe destacarse –como lo señala Juli Poncé Solé– que el debido proceso, aplicado a la administración, garantiza dos cosas. De un lado, la administración queda mejor equipada para adoptar decisiones administrativas, pues [...] facilita a priori la investigación y toma en consideración los datos de interés relativos a un caso concreto [...] a fin de proceder a la ponderación para la adopción de las futuras decisiones adecuadas en su servicio de interés general

si la persona cuenta con un medio de defensa efectivo a su alcance o, habiendo contado con el mismo, de manera negligente lo ha dejado vencer, la tutela será improcedente”. Corte Constitucional, Sentencia T-965, de octubre 8 de 2004, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto. Extracto Jurisprudencial publicado en el Código Contencioso Administrativo de Legis, Hojas Sustituibles, página 6.

[...]. De otro lado, contribuye a la legitimación de la administración pública, pues en el modelo de Estado actual ya no basta el qué o el cuánto de las cosas, sino el cómo de ellas, lo cual se garantiza con el procedimiento administrativo debido, es decir [...] con un reforzamiento de la racionalidad procedimental: el procedimiento administrativo permite el análisis de los intereses envueltos en el caso concreto y la elaboración de razones que fundamentan la decisión final [...] ⁹⁹

D. Contenido matizado

De conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso se encuentra compuesto por una serie de principios o premisas que deben ser el derrotero a seguir al interior del proceso administrativo, teniendo en cuenta que la aplicación de algunos de ellos es de manera plena conforme al proceso judicial y específicamente a la causa penal y de otros es matizada¹⁰⁰. Por ejemplo: las reglas del régimen sancionatorio vigente en materia penal no pueden equipararse con las que rigen el proceso disciplinario, por las siguientes razones: en este ámbito son admisibles las faltas que consagran conceptos jurídicos indeterminados, lo cual es opuesto a los tipos cerrados del sistema penal. En segundo lugar, el investigador disciplinario cuenta con un amplio margen para determinar si la conducta se adecúa a los supuestos de hecho consagrados en los correspondientes diferentes tipos legales, por tanto, la imputación no se circunscribe a lo denunciado. Y, finalmente, el principio de presunción de inocencia no opera, en estos casos, con el mismo rigor aplicable en materia penal, dado que el fundamento de la responsabilidad disciplinaria es el cumplimiento de deberes funcionales que deben ser de pleno conocimiento del servidor público¹⁰¹. Sin embargo, en ningún momento es una enumeración taxativa sino meramente enunciativa, pues lo que se debe tener en cuenta es que al administrado se le respeten sus derechos fundamentales. Veamos cual es el contenido al que se ha venido haciendo referencia:

⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de noviembre de 2005. Expediente 14157. Consejero Ponente: Dr. Alier E Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista jurisprudencia y doctrina de Legis de marzo de 2006, páginas 475 a 479.

¹⁰⁰ “[...] es forzoso aceptar que i) muchos de esos principios rigen en materia administrativa en forma plena y absoluta, ii) mientras que en otros lo hacen en forma matizada, es decir, que no es posible hacer una transferencia de ellos de la materia judicial a la administrativa, sin que sufran cambios y se transforme su estructura original”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de noviembre de 2005. Expediente 14157. Consejero Ponente: Dr. Alier E Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista jurisprudencia y doctrina de Legis de marzo de 2006, páginas 475 a 479.

¹⁰¹ Corte Constitucional, sentencia T-763 de septiembre 21 de 2010, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao.

1. Legalidad y preexistencia de los procedimientos y normas sustanciales aplicables: nadie podrá ser afectado por una decisión administrativa, sin que esta sea el resultado de un procedimiento previamente establecido por la Ley. El cual le garantice su derecho de defensa.¹⁰² En consonancia con este punto, el inciso 1° del numeral 1° del artículo 3° del Código de Procedimiento Administrativo consagra: En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

2. Juez o funcionario natural: obedece básicamente al fenómeno de las jurisdicciones, o a la calidad del procesado; es decir, dependiendo de la naturaleza, jerarquía, cargo o función que se desempeñe dentro de la sociedad por parte de una persona, el juez que lo juzgue, estará ubicado en una determinada jurisdicción, así: Si es un militar, será la justicia penal militar¹⁰³, si se cumplen los requisitos; si es un servidor público, la justicia disciplinaria, si se trata de una falta disciplinaria; si es un menor de edad, el Código del Menor, etc.

3. Juez y funcionarios competentes: se trata de los factores de competencia, es decir: El objetivo, el subjetivo, la cuantía, el territorial, el funcional o la conexidad (artículo 20 C de P C).

4. Legalidad del juicio o de la actuación administrativa: que en realidad, el proceso administrativo acate todas las normas que lo regulen, sin desconocerlas, sin pretermitir etapas del proceso o vulnerar el derecho de defensa del administrado.

5. Reconocimiento y aceptación, en derecho sancionador, de la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior: es necesario advertir que el *Ius Puniendi* (derecho a sancionar), se encuentra en cabeza del Estado. Además, el derecho sancionador se manifiesta en tres ámbitos: en el penal, el disciplinario y el administrativo sancionador. En estos eventos deberán estar presentes todos los componentes del

¹⁰² “Así entonces, las situaciones de controversia que surjan de cualquier tipo de proceso, requieren de una regulación jurídica previa que limite los poderes del Estado y establezcan el respeto de los derechos y obligaciones de los sujetos procesales, de manera que ninguna actuación de las autoridades dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la Ley o los reglamentos (Corte Constitucional, sentencia T-477, de octubre 18 de 1995, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa).

¹⁰³ Sobre el tema de la justicia penal militar, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en el caso Las Palmeras (Colombia), Sentencia del 6 de diciembre de 2001, párr. 51 a 59., se ha pronunciado en los siguientes términos: “A su vez, esta Corte estima pertinente recordar, que la jurisdicción militar se establece por diversas Legislaciones con el fin de mantener el orden y la disciplina dentro de las fuerzas armadas. Inclusive, esta jurisdicción funcional reserva su aplicación a los militares que hayan incurrido en delito o falta dentro del ejercicio de sus funciones y bajo ciertas circunstancias, por lo que cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori, el debido proceso, el cual, a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”.

debido proceso: La favorabilidad, el in dubio pro reo, el derecho de defensa, la no reformatio in pejus en los casos de apelante único¹⁰⁴, el non bis in idem, la tipicidad legal de las conductas sancionables por regla general¹⁰⁵, entre otros. A propósito de lo expuesto en este numeral, el inciso segundo del numeral 1 del artículo 3 del CPA consagra lo que siguiente: En materia administrativa sancionatorias e observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

6. Derecho de defensa sustancial y técnica durante todas las instancias procesales: o sea, que al administrado se le permita esgrimir sus razones y que sea oído en la exposición de las mismas, que le comuniquen las decisiones que lo afecten¹⁰⁶ y que pueda interponer recursos y aportar pruebas si es del caso (defensa sustancial). Por otro lado, que no se le coarte la posibilidad de ser asistido por un abogado en todas las etapas procesales¹⁰⁷ (defensa técnica).

¹⁰⁴ El Profesor Allan R. Brewer Carias señala que en principio “la reformatio in pejus” se aplica en materia de derecho administrativo sancionador, sin embargo, advierte que en los casos de nulidad absoluta de la decisión, es inaplicable, así: “Sin embargo, derivado del principio de la confianza legítima, en la doctrina europea comienza a imponerse el criterio de que, por ejemplo, si la administración impuso una sanción, con motivo del ejercicio de un recurso no es correcto que pueda agravarse la situación del particular. Por ello, la previsión de la Ley General de Costa Rica que reduce la reformatio in pejus a los casos de nulidad absoluta (351), lo que está en la lógica de tal nulidad, ya que si el acto es absolutamente nulo hay que eliminarlo del ámbito jurídico, aún cuando esto agrave la situación del particular” (Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 281). Esta posición se nos antoja ambigua al interior de nuestro derecho, por dos razones, en primer lugar, los actos administrativos son nulos o no son nulos, lo absoluto y lo relativo no existe en nuestro caso y, en segundo lugar, el derecho administrativo sancionador mutatis mutandi, goza de todas las premisas del debido proceso (art. 29 CP), salvo que la ley diga otra cosa.

¹⁰⁵ “[...] la ley no siempre es quien define las faltas y las sanciones, sino que se acepta que los reglamentos pueden contribuir en la definición de estos aspectos. En otras palabras, la reserva de ley de estas materias se relaja, y admite una alta colaboración del reglamento en su configuración”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de noviembre de 2005. Expediente 14157. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista *Jurisprudencia y doctrina de Legis* de marzo de 2006, páginas 475 a 479. Sin embargo, en esta misma providencia se advierte que la facultad reguladora en lo que tiene que ver con faltas y sanciones, solo está reservada a la ley en sentido formal en materias como la disciplinaria o de responsabilidad fiscal, entre otras más que no precisa. A estas dos últimas materias podríamos agregar otra que tiene reserva legal: la posibilidad de imponer multas a usuarios y suscriptores por parte de las empresas de servicios públicos domiciliarios, situación que actualmente no opera por no estar consagrada legalmente, tal como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia SU-1010 de octubre 16 de 2008, Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰⁶ Consideramos que todos los actos de trámite que de alguna u otra manera le interesen al administrado o administrados, deben ser comunicados efectivamente, por ejemplo: el inicio de una actuación administrativa, decisiones para dar audiencia, la apertura y evacuación de pruebas, etc. [...] En este sentido el doctrinante Brewer Carias se concretiza, veamos: “Por tanto, el tema de la notificación no solo es regulado como exigencia del comienzo de la eficacia de los actos administrativos, sino como garantía de que toda actuación que en el curso del procedimiento pueda causar un gravamen irreparable o que pueda afectar en alguna forma a los interesados, debe informárseles”. (Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, página 267).

¹⁰⁷ “En cuanto al derecho a la asistencia de abogado durante el procedimiento, esta garantía no se ha trasladado al común de los procedimientos administrativos, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional –por ejemplo, en la sentencia C-071 de 1995–, quien asegura que este derecho no es predicable, como regla general, en los procedimientos administrativos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo,

7. Derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas: esto es, que se cumplan las etapas procesales con rigor y se le dé impulso al proceso, por parte de los operadores administrativos, con el objeto de que se tome una decisión en el plazo justo, de conformidad a la Ley y al caso concreto.

8. Derecho a pedir y a que se practiquen las pruebas solicitadas: esto es, el administrado podrá aportar todos los medios de convicción que considere pertinentes, de conformidad a su defensa e igualmente, podrá pedir todos aquellos que considere convenientes, además podrá intervenir durante la práctica de dichos elementos probatorios: Testimonios¹⁰⁸, inspecciones oculares, reconstrucción de los hechos, etc. Aunque esto no es óbice para que el operador jurídico pueda calificar las pruebas solicitadas, al interior de su pertinencia (relación con el objeto de la prueba), conducencia (legalidad de la prueba) y utilidad (probar lo que realmente no está probado) y si es del caso, las deniegue a través del respectivo acto administrativo preparatorio.

9. Derecho de controversia como garantía sustancial dentro de cualquier proceso administrativo: aquí se hace referencia a la contradicción directa o indirecta de las pruebas que se practiquen en el proceso, sea durante la práctica de las mismas o en las instancias procesales, de conformidad al procedimiento que se siga.

10. Derecho a impugnar las decisiones administrativas: esto se relaciona con la vía gubernativa, para el caso que nos ocupa, es decir, los recursos (reposición, apelación, queja, revocatoria directa, etc.).

11. Derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho: en este evento, la cosa decidida administrativa cobra gran importancia, especialmente en lo relacionado con el procedimiento administrativo sancionador o el proceso disciplinario. En efecto, no se podrá iniciar un nuevo proceso en contra del mismo administrado, en virtud de los mismos hechos y por la misma causa, atendiendo al mismo objeto¹⁰⁹.

Sección Tercera, Sentencia de 10 de noviembre de 2005. Expediente 14157. Consejero Ponente: Dr. Alier E Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista Jurisprudencia y doctrina de Legis de marzo de 2006, páginas 475 a 479. Haciendo eco a este precedente jurisprudencial, el Decreto-Ley 0019 de 2012 (Ley antitrámites), en el artículo 68, establece que las actuaciones ante la administración tributaria pueden cumplirse directamente por las personas naturales o jurídicas, éstas últimas a través de su representante legal, sin necesidad de apoderado. Salvo para la interposición de recursos, en cualquier otro trámite, actuación o procedimiento ante las administraciones tributarias, no se requerirá que el apoderado sea abogado.

¹⁰⁸ D.L. 2150/95. Art 10. Modificado por la Ley 962/2005, art. 25. : [...] Cuando se requieran testigos para acreditar hechos ante una autoridad administrativa bastará la declaración que rindan los mismos bajo la gravedad de juramento, ante la misma autoridad, bien sea en declaración verbal o por escrito en documento aparte, sin perjuicio de que el afectado con la decisión de la administración pueda ejercer el derecho de contradicción sobre el testimonio.

¹⁰⁹ El profesor Brewer Carías, sobre el particular, explica: “El principio, entonces, de aplicación también en las actuaciones administrativas, impide la aplicación de dos sanciones que afecten la situación del particular con

Ahora bien, si de lo que se trata es de la sanción, la administración podrá revisar su decisión y si es del caso revocarla, toda vez que frente a cargas o sanciones administrativas, el principio de irrevocabilidad de los actos administrativos de carácter particular y concreto no opera.

12. Derecho a la declaración como nulas de pleno derecho de todas aquellas pruebas que se obtengan con violación al debido proceso.¹¹⁰

13. Aplicación del *in dubio pro* operario: en los procesos laborales administrativos.¹¹¹

E. Implicaciones prácticas

a. Ser oído antes de la decisión, es decir, antes de la expedición del acto administrativo, se debe dar oportunidad a la persona que va a resultar afectada con el mismo, para exponer sus puntos de vista (artículo 28 del antiguo Código Contencioso Administrativo e inciso segundo del artículo 35 del CPA).

b. Participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación, o sea, quien va a resultar afectado con la decisión, deberá estar presente en todos los análisis y determinaciones previas que realice la administración para poder adoptar la decisión (asambleas, reuniones, estudios, etc.).

c. Ofrecer y producir pruebas de conformidad a la libertad probatoria. Podrá pedir o solicitar todo tipo de pruebas (documentales, testimoniales, etc.).

d. Obtener decisiones fundadas o motivadas. Esto implica, que el acto administrativo debe contener un sustento argumentativo que sirva como base para legitimar los efectos jurídicos que produzca.¹¹²

e. Notificaciones oportunas y conforme a la Ley, artículo 43 y siguientes del antiguo Código Contencioso Administrativo y 65 y siguientes del CPA.

base en los mismos hechos” Principio del Procedimiento Administrativo en América Latina. Páginas 282.

¹¹⁰ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 87.

¹¹¹ “Se deduce entonces, que la Caja Nacional de Previsión Social, tanto en la resolución inicial como en las que resolvieron los recursos interpuestos, ha violado el debido proceso administrativo, al no aplicar el principio de favorabilidad de las normas laborales[...].” Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Rad.20019900 01/265T.jul.5/2001, Magistrado Ponente: Guillermo Bueno Miranda. Revista Tutela, Legis, octubre de 2001, págs. 1972 a 1982.

¹¹² “Cuando la Ley exige que el acto debe ser motivado la expresión de las razones justificativas se convierte en un elemento formal cuya omisión lo hace anulable por expedición en forma irregular” (Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia de agosto 30 de 1977).

- f.** Acceso a la información y documentación sobre la actuación, salvo cuando se trate información reservada, artículo 17 y siguientes del antiguo Código Contencioso Administrativo y 24 y siguientes del CPA
- g.** Controvertir los elementos probatorios antes de la decisión, es decir, conocer de los mismos, y si es del caso, objetarlos o contraprobarlos.
- h.** Obtener asesoría legal, defensa técnica.
- i.** Posibilidad de utilizar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas: vía gubernativa, artículo 49 y siguientes del antiguo Código Contencioso Administrativo y 74 y siguientes del nuevo CPA.¹¹³
- j.** Que se les comuniquen de manera efectiva, al interesado o interesados, todos los actos de trámite que de una u otra forma lo puedan o los puedan afectar.
- k.** Que la administración pública no aplique actos administrativos que hayan perdido fuerza ejecutoria¹¹⁴.

F. El debido proceso en el proceso administrativo

El tratadista Santofimio Gamboa nos explica que los procesos administrativos están compuestos por tres etapas para efectos de hacer viable el debido proceso. Esta conclusión la extrae del análisis que realiza de sentencia de la Corte Constitucional, proferida por la Sala Plena e identificada como Sentencia SU-620 de noviembre 13 de 1996, cuyo Magistrado Ponente es Antonio Barrera Carbonell. Estas etapas son:

- 1.** Actividad unilateral de la administración en las actuaciones administrativas: se reconoce un momento del proceso administrativo donde actúa a motu proprio; este instante se verifica en el lapso en que no se identifique a ningún individuo o grupo de individuos como posibles afectados con la decisión a tomar. Es el caso de la indagación preliminar, en algunos eventos, en el derecho disciplinario o de las reestructuraciones de las entidades estatales cuando no se ha identificado cuáles serán los servidores públicos afectados con la supresión de sus cargos.
- 2.** Ruptura de la actividad unilateral de la administración con la consecuente iniciación plena de las premisas que componen el debido proceso a través de su comunicación al afectado: esto se da en el momento en que se individualiza a la

¹¹³ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op.cit., p. 85.

¹¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-702, de julio 5 de 2005, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas H.

persona que será afectada con la decisión, lo que le origina a la administración el deber de comunicarle a dicha persona que se está realizando un proceso administrativo, el cual culminará con una decisión que producirá efectos jurídicos afectos a su patrimonio. Las actuaciones subterráneas u oscuras están proscritas en nuestro derecho.

3. El derecho de defensa en los procesos administrativos: además del deber de comunicar al individuo que resultará afectado con la decisión, se le debe hacer saber y además, permitirle, que durante el proceso y antes de adoptar la misma, podrá expresar sus opiniones frente a los hechos que dieron lugar a la actuación y podrá solicitar, aportar e intervenir en la práctica de las pruebas.¹¹⁵ No obstante, es necesario advertir que la decisión que se adopte es totalmente unilateral, es decir, proviene solo de la voluntad de la Administración Pública, sin que tenga injerencia alguna la voluntad del particular afectado.

G. El debido proceso en contratación Estatal

Tal como se ha venido explicando, el principio del debido proceso se aplica a todas los procesos administrativos, dentro de los cuales, obviamente se encuentra la contratación estatal en su fase precontractual, aunado a que en sus fases contractual y poscontractual también debe producir efectos, aunque técnicamente la fase contractual es una operación administrativa que se deriva de la ejecución y liquidación del contrato adjudicado. Ahora bien, se reitera que los principios derivados del debido proceso se aplican de manera matizada en los procedimientos administrativos, es decir, mientras que en el derecho penal tales garantías operan de manera absoluta, en sede administrativa se debe analizar la naturaleza de cada procedimiento para concluir que principios se aplican de manera absoluta y cuáles de manera flexible. En reciente pronunciamiento¹¹⁶ el Consejo de Estado señaló que en los procesos de responsabilidad fiscal, disciplinaria y sancionatorios en general, los principios deben aplicarse de manera absoluta,¹¹⁷ al paso que en los procesos tributarios no sancionatorios, los principios se aplican de manera

¹¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 95. Sin embargo, algún sector de la doctrina aboga por que la participación de los interesados solo se haga luego de adelantada la instrucción, posición que encontramos vulneratoria del debido proceso, habida cuenta que solo intervendrían cuando las pruebas ya han sido incorporadas al expediente, sin oportunidad de controvertirlas en el momento de su práctica. El Profesor Brewer Carías es un defensor de esta reprochable posición, así: “En realidad, la audiencia de los interesados para que tenga sentido el ejercicio de su derecho a ser oído, debe producirse una vez que la instrucción del asunto ha terminado y todos los documentos relativos al mismo están en el expediente”. (Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, Páginas 269 y 270).

¹¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16367 de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

¹¹⁷ Sin embargo esta no es una premisa inamovible, pues cuando nos referimos al contenido matizado del debido proceso, observamos como en el derecho disciplinario, el contenido del debido proceso judicial penal sufre cierta mutación.

flexible. Así mismo aclaró que en un punto intermedio está la regulación sobre los servicios públicos domiciliarios en lo no sancionatorio. Por otro lado, y según lo dispuesto en la providencia referida, en la contratación estatal se da una mixtura, aunque, se reitera, con la salvedad de que si de lo que se trata es de imponer una multa u otro tipo de sanción contractual, todos los principios se deben aplicar de manera absoluta, salvo en lo atinente a la legalidad, donde se permite que algunas sanciones se impongan en virtud de lo dispuesto en un contrato sin que sea necesario consagración legal en sentido formal. Veamos en qué consiste la referida mixtura:

Principios de aplicación absoluta:

- Favorabilidad.¹¹⁸
- Presunción de inocencia.¹¹⁹
- Defensa y contradicción.¹²⁰
- Proceso público y sin dilaciones.¹²¹

¹¹⁸ “[...] si una cláusula establece una sanción y un acuerdo posterior reduce la pena o la extingue debe darse aplicación al principio de favorabilidad. En estos casos, pese a que existe un principio de la Ley 153 de 1887, que señala que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, debe tenerse como excepcionada esa disposición –según indica la misma norma– cuando se trata de sanciones, pues en tal caso si la nueva ley es más favorable se debe aplicar de preferencia a la restrictiva o desfavorable”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16367 de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y doctrina de Legis de agosto de 2010, páginas 1370 a 1414.

¹¹⁹ “Su espacio de aplicación se expresa en el deber que asume la administración de demostrar que el contratista ha incumplido alguna de sus obligaciones o deberes, si pretende sancionarlo por ello, comoquiera que la presunción de que no es responsable lo proteja”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16367 de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista Jurisprudencia y doctrina de Legis de agosto de 2010, páginas 1370 a 1414.

¹²⁰ “[...] el derecho de defensa no tiene más limitaciones en materia contractual, y por eso se admite cualquier manifestación suya. Es decir, que se ejerce mediante la presentación de pruebas, la controversia de las existentes, ser oído y que se practiquen pruebas y se controviertan, es decir, en síntesis, que se respete el derecho de audiencia y defensa, que permita fijar la posición de la parte y, en general, toda forma de participación en el procedimiento, que contribuya a defender una posición o postura jurídica”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16367 de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista Jurisprudencia y doctrina de Legis de agosto de 2010, páginas 1370 a 1414.

¹²¹ “En realidad se trata de dos garantías. Una consiste en que la publicidad de todos los actos y las actuaciones constituye la regla general del procedimiento. En este sentido, la publicidad garantiza al implicado –contratista, aseguradora, oferente, etc.– el acceso a la información lo que es obvio–; pero, además, ampara a cualquier persona que desee acceder a ella, aún durante el trámite del procedimiento. El derecho a que la actuación se adelante y decida en un tiempo prudente es la otra garantía que tiene protección en la contratación estatal, y exige de la administración la adopción de decisiones no solo correctas sino también oportunas”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16367 de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista Jurisprudencia y doctrina de Legis de agosto de 2010, páginas 1370 a 1414.

- Proceso adelantado con plenitud de las formas legales.¹²²
- Impugnación.¹²³
- No ser juzgado dos veces por el mismo hecho.¹²⁴
- No reformatio in pejus.

¹²² En lo atinente a este principio, el Consejo de Estado explica: “El artículo 17 de la Ley 1150 exaltó aún más esta garantía, al disponer sobre la imposición de las sanciones que “esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista”. Sobra insistir en que este derecho no solo es predicable de las sanciones de multa o cláusula penal, sino de cualquiera otra, por aplicación analógica de esta disposición –analogía in bonam partem– y por aplicación directa del artículo 29 de la Constitución Política. En otras palabras, para la Sala no cabe duda que también cuando se ejercen los poderes exorbitantes, como la terminación, modificación o interpretación unilateral, caducidad, reversión, así como cuando se declara un siniestro, y en general cuando se adopta cualquier otra decisión unilateral de naturaleza contractual, es necesario que la administración observe el debido proceso a lo largo del procedimiento correspondiente.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16367 de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista *Jurisprudencia y doctrina de Legis* de agosto de 2010, páginas 1370 a 1414.

¹²³ “En estos términos, como los representantes de las entidades descentralizadas son quienes tienen la competencia para contratar, por disposición del CCA también se entendería que solo procede el recurso de reposición contra lo que decidan; y lo mismo aplica para otros funcionarios que tienen superior jerárquico, pero que por disposición del código sus decisiones no admiten apelación –tal es el caso de los ministros–. No obstante, queda otro grupo de funcionarios que tienen capacidad para celebrar los contratos estatales, pese a que no son representantes legales ni están excluidos por el CCA del recurso de apelación –aunque tienen superior jerárquico–, en cuyo caso sus decisiones solo admiten el recurso de reposición por mandato estricto del artículo 77 de la Ley 80”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16367 de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista *Jurisprudencia y doctrina de Legis* de agosto de 2010, páginas 1370 a 1414.

¹²⁴ “Se sabe que una misma conducta de alguna de las partes del contrato no puede generar dos o más multas, o dos o más cláusulas penales, o dos o más declaraciones de caducidad del contrato, o una combinación de ellas. No obstante, este derecho protege algo más que la posibilidad de imponer dos sanciones. Garantiza que no se iniciarán dos o más procesos, al margen de los resultados que produzcan. Así, la sola iniciación de un segundo procedimiento administrativo quebranta este derecho constitucional. No empece a lo anterior, no se vulnera la garantía cuando una conducta incorrecta se reitera, y la administración, con arreglo a la ley y al contrato, impone una sanción por un hecho o por un período de incumplimiento, y luego impone otra pero por un hecho posterior –así sea idéntico al anterior– o por un lapso diferente. En estos casos no se trata del mismo hecho, y por eso procede la sanción por cada uno”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16367 de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de *jurisprudencia y doctrina de Legis* de agosto de 2010, páginas 1370 a 1414.

Principios de aplicación flexible.

- Legalidad.¹²⁵
- Asistencia de abogado.
- Juez competente.¹²⁶
- La culpabilidad de la conducta.¹²⁷

¹²⁵ Sobre este principio en materia contractual el Consejo de Estado señala: “En relación con los contratos regidos por las leyes 80 y 1150 se observa que algunas sanciones, medidas represivas y limitaciones a la libertad de actuación contractual, tienen este mismo nivel de exigencia en cuanto a la legalidad, es decir, que la ley señala las conductas prohibidas durante la ejecución de la relación negocial, tal es el caso de la caducidad, la terminación unilateral, la modificación unilateral, la reversión, la liquidación unilateral y la declaración de un siniestro, en cuyo evento la ley define –no lo puede hacer otra norma– los supuestos fácticos y jurídicos que posibilitan ejercer esos poderes, por ende, no se le permite a la administración modificar los supuestos fácticos que le autorizan ejercer los poderes públicos mencionados. [...] De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como las multas y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad –pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte, en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa-, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16367 de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista *Jurisprudencia y doctrina de Legis* de agosto de 2010, páginas 1370 a 1414.

¹²⁶ En este punto el Consejo de Estado estableció que se debe analizar la potestad pública contractual para definir si se puede ejercer por la entidad contratante, tal como sucede con el ejercicio de los poderes exorbitantes, así: “Tratándose del ejercicio de los poderes exorbitantes –terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación unilateral, caducidad, reversión, entre otros–, que suponen auténticas potestades públicas, que limitan las libertades o restringen derechos y garantías, también la sección ha exigido el respeto del derecho a que su ejercicio lo ejerza la autoridad competente, porque en algunos casos ha tenido que controlar la posibilidad de que se ejerzan en contratos donde no se pueden pactar estas cláusulas. En este sentido, concluyó, de la mano del artículo 14 de la Ley 80, que solo en los contratos que tengan por objeto la obra pública, la realización de actividades que constituyan un monopolio estatal, la prestación de servicios públicos, la explotación de bienes del Estado, o la prestación de servicios o el suministro de bienes, es posible ejercer estos poderes –en los dos últimos casos siempre que las partes acuerden su inclusión–.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16367 de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de *jurisprudencia y doctrina de Legis* de agosto de 2010, páginas 1370 a 1414.

¹²⁷ “Tratándose de la contratación estatal se sabe que muchas sanciones incorporan la culpabilidad como requisito para deducir la punición, pero otras no. En el primer grupo se encuentra, por ejemplo, la inhabilidad que surge cuando no se firma un contrato sin justa causa –L. 80, art. 8.1.b)–; y en el segundo la terminación unilateral por muerte del contratista, incapacidad física permanente, o interdicción judicial. De hecho el ejercicio de las potestades exorbitantes no necesariamente involucra la imposición de una sanción, lo cual conduce a que el elemento culpabilidad sea ajeno a algunos eventos, como es el caso de la interpretación unilateral en general, a la modificación unilateral o a la reversión.” Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16367 de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de *jurisprudencia y doctrina de Legis* de agosto de 2010, páginas 1370 a 1414.

III. Principios derivados del debido proceso.

De lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, surge el artículo 209 de la misma normativa, el cual consagra los principios de la función administrativa. Estos principios ya se encontraban regulados en el antiguo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), en su artículo 3º, para los procedimientos administrativos, lo cuales fueron retomados y su enumeración ampliada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo (Ley 1437 de 2011), en su artículo 3º. En adelante revisaremos los principios.

A. El principio de economía

Al observar el contenido del derecho del debido proceso, encontramos que los operadores administrativos, no podrán dilatar injustificadamente las actuaciones administrativas. Ahora bien, este principio se refiere específicamente a evitar que en los procesos administrativos se produzcan decisiones retardadas de manera injustificada, se realicen trámites innecesarios, se soliciten documentos impertinentes, se cumplan requisitos superfluos o inútiles, que a la administración o al administrado le salga costoso el trámite procesal y, en general que el proceso se prolongue en el tiempo con efectos nocivos para el sistema jurídico administrativo. Es decir, se busca que los procesos administrativos se finiquiten lo más rápido posible, atendiendo al ordenamiento jurídico, a la protección del derecho de defensa del administrado y al caso concreto.¹²⁸

Su fundamento legal se encuentra en el numeral 12 del artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo el antiguo Código Contencioso Administrativo lo trae consagrado en el inciso segundo del artículo 3º. En concordancia con este principio el nuevo CPA consagra expresamente que se encuentra prohibido para las autoridades exigir presentación personal de peticiones, recursos o documentos cuando la ley no lo exija, exigir constancias, certificaciones o documentos que reposen en la misma entidad o exigir documentos no previstos por las normas legales o crear requisitos o formalidades adicionales de conformidad con el artículo 84 de la *Constitución Política* (numerales 3, 4 y 5 del artículo 9º del CPA).

¹²⁸ “La obligación proviene de la misma Constitución en sus artículos 209 y 228. Este último señala que los términos procesales deberán observarse con diligencia y que su incumplimiento será sancionado. De allí que la Corte Constitucional haya calificado como derecho fundamental de los ciudadanos el que los procesos que se incoen en su contra, se desarrollen de manera ágil y sin retrasos indebidos” En este punto la doctora Martha Inés Palacio Jaramillo hace referencia a la garantía de la celeridad pero en realidad su cita encuadra dentro del principio de la economía, ya que hace referencia a la terminación del proceso en el menor tiempo posible. (Debido Proceso Disciplinario, Edición Librería el Profesional, página 169).

B. Principio de la celeridad

Se busca que los procedimientos administrativos se adelanten de manera cierta y continua, es decir, sin interrupciones injustificadas o a través de la realización de trámites innecesarios¹²⁹, que provoquen parálisis o suspensiones prolongadas en el tiempo. Esto quiere decir que los procesos por regla general deberán avanzar de conformidad al ordenamiento jurídico creando la seguridad jurídica de que no se verán interrumpidos por fenómenos externos a dicho ordenamiento¹³⁰ pero en todo caso respetando el derecho de defensa de los administrados.

Es necesario advertir que el retardo injustificado en el procedimiento administrativo era causal de sanción disciplinaria, tal como lo disponía el inciso 4 del antiguo artículo 3 del CCA, sin embargo, el CPA en este mismo artículo no dijo nada al respecto, aunque esto no es óbice para pensar que dicho comportamiento no sigue siendo reprochable a la luz del derecho disciplinario, dado que la nueva disposición estableció como una prohibición para las autoridades demorar en forma injustificada la producción del acto, su comunicación o notificación (numeral 10 del artículo 9 del CPA).

Su fundamento legal se encuentra en el artículo 3, numeral 13, del Código de Procedimiento Administrativo En el antiguo Código Contencioso Administrativo se encuentra consagrado en el inciso 3 del artículo 3. De esta nueva disposición se destaca la introducción del deber de incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones para materializar el principio que se estudia en este numeral.

Asimismo el artículo 4 del Decreto Ley número 0019 de 2012, regula este principio en los términos anotados, es decir, destaca como manifestaciones de esta máxima el impulso oficioso dejando de lado exigencias innecesarias, el

¹²⁹ El Honorable Consejo de Estado, en Sentencia de diciembre 2 de 1988, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con ponencia del doctor Guillermo Benavides Melo, expediente 220, manifestó: “[...] en efecto, partiendo del principio fundamental de que los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados (Artículo 1) el Código señala unas pautas o principios orientadores (Artículo 2), que persiguen darle cabal aplicación a ese básico y principal. Es así, como en virtud del principio de la celeridad deben ser suprimidos los trámites innecesarios, que son todos aquellos no exigidos expresamente por las disposiciones legales [...]” Citado por SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 97 y 98.

¹³⁰ “Se viola igualmente el derecho al debido proceso administrativo cuando no se ejecutan los actos, pasos, y procedimientos, cuya causa se ha producido conforme a la Ley. El debido proceso impone su no interrupción sin mediar razón legal que justifique su objetivo final. Vale decir que no le está dado a la administración, suspender los retardados tramites (retardo no imputable a la administración) cuando estos tenían justificación legal plena [...]” (Corte Constitucional, Sentencia T-125, marzo 21 de 1995, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz.).

uso de formularios en actuaciones en serie, la introducción de tecnologías y el desenvolvimiento del trámite sin dilaciones injustificadas y en el menor tiempo posible, sin perjuicio del respeto al debido proceso. Veamos cómo se encuentra regulada esta disposición:

Las autoridades tienen el impulso oficioso de los procesos administrativos; deben utilizar formularios gratuitos para actuaciones en serie, cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y cuando sea asunto de su competencia, suprimir los trámites innecesarios, sin que ello las releve de la obligación de considerar y valorar todos los argumentos de los interesados y los medios de pruebas decretados y practicados; deben incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a efectos de que los procesos administrativos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas; y deben adoptar las decisiones administrativas en el menor tiempo posible.

C. Principio de imparcialidad

Premisas como la de que toda persona se considera inocente mientras no sea declarada culpable, de que nadie podrá ser menospreciado en virtud de sexo, raza, condición social, ideología política, concepción religiosa o filosófica, o de que los servidores públicos siempre deberán actuar en forma imparcial y solo en busca de cumplir con el criterio de la justicia social, nos indica que los operadores administrativos deberán actuar dentro de un marco de objetividad y transparencia, libre de subjetivismo y de intereses personales, siempre en busca de concretizar los fines estatales. Por lo tanto, deberán declararse impedidos en todos aquellos procesos donde se encuentren obligados a adelantarlos en virtud de sus funciones, cuando estén de por medio expectativas o sentimientos de los mismos¹³¹.

Es importante anotar que en virtud del principio de imparcialidad, en el antiguo CCA se encontraba establecido el orden de turno como una regla a seguir en materia de resoluciones a derechos de petición y demás actuaciones que se adelanten ante las autoridades administrativas. Es decir, en atención a este principio se materializa el famoso aforismo que señala: primero en el tiempo, primero en el derecho; tal como se colige de la última parte del inciso 6 del artículo 3 del antiguo CCA, disposición

¹³¹ “La efectividad de la imparcialidad no solamente depende de la vocación objetiva con que actúa el servidor público respecto de los administrados, sino también de la aplicación oportuna que se haga del artículo 30 del Código Contencioso Administrativo, sobre causales de recusación o impedimento, permitiéndose de esta manera que autoridades ajenas a criterios subjetivos sean las que decidan las actuaciones administrativas “SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 100. Es de aclarar que el artículo 30 del antiguo CCA, equivale al artículo 11 del nuevo CPA.

reiterada en el numeral 4 del artículo 7 del nuevo CPA y que también se encuentra consagrada en el artículo 15 de la Ley 962 de 2005.

Su fundamento legal se encuentra consagrado en el numeral 3º, del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo. En el antiguo Código Contencioso Administrativo se encuentra consagrado en el inciso 6 del artículo 3.

D. Principio de eficacia

Hace referencia a que todo proceso administrativo debe culminar con una decisión de fondo, lo que implica que están proscritas las decisiones meramente formales o coyunturales que no absuelven, si es el caso, la petición presentada o no definen la situación jurídica en que se encuentre el administrado¹³². Es que la administración pública

esta instituida para resolver los problemas del conglomerado, servirle, satisfacer sus necesidades y darle certeza a sus derechos, a tal punto que el operador jurídico debe realizar todo lo necesario para remover los obstáculos que impidan resolver de fondo una petición o definir el asunto objeto de la actuación administrativa.

Su fundamento legal se encuentra en el artículo 3, numeral 11, del Código de Procedimiento Administrativo. En el antiguo Código Contencioso Administrativo se encuentra en el inciso 5 del artículo 3.

E. Principio de la publicidad

Las actuaciones administrativas deberán ser públicas para el interesado y la comunidad y todas las decisiones que adopte la administración tendrán que ser publicitadas para que puedan producir efectos jurídicos. Están proscritas las actuaciones subterráneas, oscuras, clandestinas u ocultas para el conglomerado en general y para el administrado o grupo de administrados en particular. Ya que frente al primero no se podría realizar el control público de los procedimientos administrativos y en cuanto al segundo o segundos, no podría defenderse frente a las decisiones que se profirieron en su contra¹³³ Solo la reserva legal se presenta

¹³² “Para esta Sala, las respuestas evasivas o simplemente formales, aún producidas en el tiempo, no satisfacen el derecho de petición pues en realidad, mediante ellas la administración elude el cumplimiento de su deber y desconoce el principio de eficacia que inspira la función administrativa de conformidad con el artículo 209 de la Constitución.” (Corte Constitucional, Sentencia T-498. octubre 6 de 1997, M.P: Hernando Herrera Vergara).

¹³³ “Si el desempeño del poder en los distintos ámbitos del Estado fuera clandestino o secreto no sería posible que el ciudadano pudiera participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. La publicidad de las funciones públicas, es la condición esencial del funcionamiento adecuado de la democracia y del Estado de Derecho, sin ellas sus instituciones mutan de naturaleza y dejan de existir como tales” (Sentencia C-038 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.). El profesor John Rawls explica que “El carácter público de las reglas

como una excepción a este principio, como sería el caso de eventos de defensa nacional o de situaciones personales como las historias clínicas.

Su fundamento legal se encuentra en el artículo 3, numeral 9 del Código de Procedimiento Administrativo. Es de resaltar que en esta nueva disposición se ordena a la administración pública que lleva a cabo la publicitación de sus decisiones de oficio y de manera permanente y sistemática. Así mismo se resalta de esta norma el deber de utilizar tecnologías que permitan difundir de manera masiva la información. Agrega este nuevo artículo que si el interesado debe asumir el costo de la publicación¹³⁴, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma. En concordancia con este principio el nuevo Código de Procedimiento Administrativo señala en los numerales 2 y 3 del artículo 5 que las personas tienen derecho ante las autoridades de conocer, salvo expresa reserva legal, el estado de cualquier actuación o trámite y obtener copias, a su costa, de los respectivos documentos y, salvo reserva legal, a obtener información que repose en los registros y archivos públicos en los términos previstos por la Constitución y las leyes. En el antiguo Código Contencioso Administrativo se encuentra en el inciso 7 del artículo 3.

F. Principio de la contradicción

Se deriva del derecho de defensa y es la consecuencia directa del principio de publicidad, ya que si las decisiones no fueran comunicadas, notificadas o publicadas, el administrado no tendría posibilidad de ejercer mecanismos de defensa. Es por esto que, en cuanto a la notificación, es un requisito indispensable, previo y *sine qua non* para poder agotar la vía gubernativa (artículo 51 del antiguo Código Contencioso Administrativo). Por otro lado, el administrado tiene derecho a controvertir de manera directa o indirecta las pruebas que se practiquen durante la actuación administrativa y en general, sentar su posición frente al actuar estatal.

A través de este principio se vislumbra la confrontación ideológica administrada - administración, o sea, encuentro entre posiciones o puntos de vista diferentes que hacen del proceso administrativo una actividad dinámica de ida y vuelta de ideas que lo legitiman como una institución democrática por excelencia.

Su fundamento legal está consagrado en el artículo 3, numeral 1 del Código de Procedimiento Administrativo. Es de resaltar que la nueva codificación no lo trae enumerado de manera independiente sino al interior del principio del debido proceso, al paso que el antiguo Código Contencioso Administrativo lo trae consagrado de manera independiente en el inciso 8 del artículo 3.

de una institución asegura que quienes participan en ella sepan qué limitaciones de conducta pueden esperar unos de otros y qué acciones son permisibles⁷. Teoría de la Justicia, Fondo de Cultura Económica, México, Traducción de María Dolores González, sexta reimpresión, 2006, página 63.

¹³⁴ La norma debería referirse en este punto a la publicitación por ser un término más genérico.

G. Principio de la moralidad

A la moralidad que hace referencia el constituyente en el artículo 209 de la Constitución Política no se le debe dar una connotación religiosa o filosófica sino eminentemente jurídica. Esto significa, un actuar de los servidores públicos de conformidad con los objetivos y finalidades por las cuales está instituida Colombia como un Estado social de derecho, es decir, los fines del Estado (artículo 2, *Constitución Política*). En este principio en particular hablamos de una comparación objetiva entre la conducta adoptada por el servidor público y las normas, principios y valores a que debía someterse al asumirla, en la medida en que si se aparta de tales disposiciones se calificaría su conducta como inmoral, calificación que requiere de un análisis subjetivo (dolo o mala fe)¹³⁵.

Como corolario, en el proceso judicial respectivo es carga de la parte demandante que alega vulneración de la moralidad administrativa, identificar con toda precisión al Servidor público que adoptó la conducta dolosa o de mala fe, contraria al principio de legalidad. Aunado a lo anterior, necesariamente al proceso deberá vincularse el *agente del Estado* como tercero interesado, toda vez que se va a valorar y calificar su conducta y, por tanto, debe tener la posibilidad de defenderse en el juicio. Aún más consideramos que si es del caso, la entidad pública demandada podrá denunciar el pleito al servidor público cuya conducta se enjuiciará, con el objeto de que se conforme un litisconsorcio necesario por pasiva. O si la naturaleza del proceso judicial lo permite, podrá hacer uso del llamamiento en garantía con fines de repetición¹³⁶.

El Consejo de Estado en diversos pronunciamientos jurisprudenciales ha abordado la noción de moralidad administrativa en el sentido expuesto. Por ejemplo: “Se tiene entonces que el concepto de moralidad administrativa, está directamente relacionado con la noción de función pública, es decir, que aquel se ve vulnerado

¹³⁵ “La moralidad del servidor público como tal solo puede ser medida directamente con los parámetros que se deduzcan de los principios, valores y normas a los cuales se encuentra sujeto.” SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 102.

¹³⁶ Es necesario advertir que la moralidad administrativa es un derecho colectivo (art. 4, Ley 472 de 1998), por tanto, por regla general, es a través de la acción popular que se protege o repara in natura –toda vez que es de naturaleza resarcitoria y no indemnizatoria–, habida cuenta que, en este proceso es donde se establecería la intervención del servidor público cuya conducta se califica como inmoral. Sin embargo, el Consejo de Estado aún no ha adoptado una posición en materia de procedencia o no del llamamiento en garantía en este tipo de juicios. En efecto, en ocasiones lo ha negado por la naturaleza de la acción popular (Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Bogotá, 1º de noviembre de 2001, Radicación: 25000–23–27–000–2000–0111–01 –AP–031–), y en otras ocasiones lo ha concedido porque tal procedimiento, en sus vacíos se nutre por el Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil (Sección Primera, Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola, Bogotá, 1º de junio de 2001, Radicación: AP–027). Ahora, podría pensarse que en este tipo de procedimientos no hay solidaridad entre deudores, dado que el Juez tiene el deber de vincular al proceso, de oficio, a todos los presuntos responsables (último inciso del artículo 18 de la Ley 472 de 1998).

cuando se observan irregularidades y mala fe por parte de la administración en el ejercicio de las potestades públicas.”¹³⁷

En consonancia con el aparte jurisprudencial transcrito, es decir, atendiendo la necesaria conexión entre moralidad administrativa y función pública, el artículo 3° del Decreto 0019 de 2012 regula la citada moralidad administrativa en los siguientes términos: “La actuación administrativa debe ceñirse a los postulados de la ética y cumplirse con absoluta transparencia en interés común. En tal virtud, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas”.

Es importante acotar y recalcar en este punto que la moralidad administrativa no implica simplemente una transgresión a la ley, toda vez que va más allá, es decir, esa transgresión debe trascender del ámbito de la ilegalidad al aspecto volitivo del servidor público que incurrió en la conducta ilegal, de tal manera que solo podrá calificarse como inmoral, siempre y cuando hubiere actuado con dolo o mala fe para obtener un provecho personal en detrimento de los intereses generales. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “se evidencia entonces, que si bien el principio de legalidad puede subsumir el concepto de moralidad administrativa, son sustancialmente diferentes, en tanto este último concepto atañe a que de por medio se ventilen intereses diametralmente contrarios a la función administrativa. Así, el medio procesal para la protección de este derecho colectivo será la acción popular, en tanto que el del principio de legalidad será la acción de nulidad”¹³⁸.

Por otro lado, es un error buscar el contenido del principio de moralidad administrativa por fuera del ordenamiento jurídico dado que, ello atentaría contra el principio de legalidad. Por tanto, el bloque de legalidad es el marco positivo al interior del cual se debe extraer el contenido de dicho principio. Esta posición fue adoptada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] En síntesis, hoy en día es posible desentrañar la moral administrativa en varios lugares, unos más comunes que otros, unos más complejos que otros, unos más grandes que otros: i) al interior de la norma positiva –

¹³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de 2004. Radicación: 63001-23-31-000-2002-00876-01, Ref. Acción Popular. Actor: Melida Taborda Florez y Otros. Demandada: municipio de Armenia y otros.

¹³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de agosto de 2005 en Acción Popular. Radicación número: AP-66001-23-31-0002004-00601. Demandantes: Carlos Hernán Ocampo Ortiz, Jhon Mauricio Zapata González y Edna Marcela Trujillo Hurtado. Demandado: Municipio de Desquebradas. Consejera ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

la Constitución, la ley, los reglamentos, y en general, cualquier norma del ordenamiento jurídico que desarrolle un precepto moral; lugar en el cual, comúnmente, buscan los abogados la moralidad pública; ii) en los principios generales del derecho y en los concretos de una materia, los cuales mandan, desde una norma, actuar de un modo determinado, aunque menos concreto que el común de las normas positivas. Esta fuente de la moralidad administrativa es menos precisa, pero no por ello menos concreta en sus mandatos. Admite, por esta misma circunstancia, un alto nivel de valoración, pero sin tolerar el capricho¹³⁹. Finalmente, iii) la moral administrativa también se halla por fuera de las normas, pero dentro del comportamiento que la sociedad califica como correcto y bueno para las instituciones públicas y sus funcionarios, en relación con la administración del Estado. Esta fuente de la moral administrativa exige del juez mayor actividad judicial, pero con ayuda de la razón y del sentido común ético puede calificar los distintos comportamientos administrativos a la luz de la moral exigible de quien administra la cosa pública. Este lugar, más abstracto aún que el anterior, exige una ponderación superior, en manos del juez, de la conducta administrativa, a la luz de la ética pública [...] ¹⁴⁰

Afortunadamente la anterior posición fue revaluada por el Consejo de Estado de tal manera que, indudablemente, el concepto de moralidad administrativa debe nutrirse del bloque de legalidad y en ningún caso extraerse desde fuera. En adelante veremos un extracto de la posición que consideramos correcta:

La Sala considera, con base en la Constitución Política y en las normas legales, que el sistema jurídico colombiano precisa de la consagración en los textos jurídicos de las reglas que se aplican, y de los valores y principios que lo inspiran, para que éstos sean vinculantes, de suerte que no puede haber una fuente jurídica sin reconocimiento o desarrollo constitucional o legal.

No significa lo anterior que esté proponiendo una interpretación restringida del orden jurídico a lo expresamente dispuesto en las normas, dado que existen fuentes jurídicas que se pueden extraer

¹³⁹ El profesor Hernán Valencia Restrepo, en *Nomoárquica, Principialística jurídica o Filosofía y Ciencia de los Principios Generales del Derecho*, propone, con rigor científico, que los principios generales cumplen tres funciones en el derecho: función creativa, función interpretativa y función integrativa –pp. 67 a 124–. Además de explicar el sentido de cada una de estas funciones, expone, magistralmente, la manera como cada una de ellas se desenvuelve en el “caso concreto”. También señala que, con su ayuda, “[...] el derecho es, se hace o se conoce.” (p. 69) (Ed. Comlibros. Cuarta edición. Medellín. 2007). Pie de página de la jurisprudencia que se transcribe.

¹⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Radicación: 88001233100020040000901, Demandante: Jaime Miguel Torres Padilla, Demandado: Demandado del Archipiélago San Andrés y providencia y otros.

mediante una labor de interpretación del mismo ordenamiento, sin que éste haya prescrito literalmente su contenido, como es el caso de la costumbre, la buena fe, las buenas costumbres, la analogía (*iuris y legis*), los principios generales del derecho, entre otras, pero siempre dentro del ámbito de lo consagrado por las normas.

La moralidad administrativa entendida en los términos en que aparece en el fallo referido, como aquello que la sociedad califica como “correcto” y “bueno” para las instituciones públicas y sus funcionarios aun cuando esté por fuera de lo prescrito por la Constitución Política y la ley, resulta sumamente vago e impreciso como para que sea establecido en calidad de límite a las actividades de la administración.

Para la Sala, es completamente claro que las más de las veces la moral (o lo correcto o lo bueno) nutre al derecho, de forma tal que aquella subyace a éste y se constituye en una parte importante de su estructura; en tales casos se presenta, bajo la exteriorización de una norma, de manera concomitante, un contenido moral y uno jurídico que vinculan imperativamente a los miembros del conglomerado social. Es ese contenido moral, cuando se hace referencia a la moralidad administrativa, el que se ampara como derecho colectivo, y es por ello que la protección comprende un ámbito diferente del de la legalidad, entendida en su connotación pura y simple de juridicidad.

Pero la moralidad que se protege como derecho colectivo ha de estar incorporada en una norma legal o en los valores y principios jurídicos que inspiran la actuación administrativa, para que sea susceptible de protección por esta vía. No es aceptable predicar su infracción cuando quiera que se vaya en contra de lo que es “correcto” y “bueno” de conformidad con el “sentido común ético” y la “razón”, sin que se exija como condición necesaria para ello la concurrencia de tales elementos con la vulneración de una norma legal o de un valor o principio constitucional.

El derecho es una ciencia social, en la cual la objetividad se presenta como lo que es generalmente aceptado por la comunidad, cosa que se puede lograr con la expedición de normas legales, con el desarrollo de valores y principios constitucionales y con el comportamiento conforme, congruente, lícito y reiterado de los asociados, como ocurre con el evento de la costumbre *praeter legem*.

Pero esa objetividad no se logra si se recurre, sin consultar a las normas, a términos como “correcto”, “bueno”, “razón”, los cuales, a pesar de contar con un significado natural y obvio en las diferentes

acepciones que la perspectiva del lenguaje brinda, en los terrenos del derecho dan lugar a las más enconadas discusiones por la dificultad de su concreción, aplicación y acertamiento, y más aún por los riesgos que representan para la administración de justicia, al constituir un reto para los intentos de dar seguridad jurídica a la sociedad. Más difícil todavía resulta establecer el alcance del “sentido común ético” como factor para ponderar la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, dada la falta total de desarrollo de esta fórmula dentro de nuestra tradición jurídica.

Esa indeterminación abre un espacio para el libre juego de las tendencias políticas, sociales, éticas y morales del juez, quien a pesar de desempeñar una actividad judicial, como individuo, de manera consciente o inconsciente, difícilmente renunciará a lo que tales inclinaciones le sugieren en su tarea de determinar en el caso concreto, y por fuera de lo que las normas ordenan, lo que es “correcto” y “bueno”, de acuerdo con la “razón” y el “sentido común ético”.

Con anterioridad se ha dicho que la moralidad integra al derecho, y que la moralidad administrativa integra a los valores, principios y normas correspondientes, razón por la cual cuando se trate de una vulneración a la moralidad administrativa como derecho colectivo debe evidenciarse en el proceso la violación de los dos contenidos, es decir, del contenido moral y del contenido jurídico de la norma, entendiéndose por la vulneración del primero, según el caso concreto, la mala fe, las irregularidades, el fraude a la ley, la corrupción, la desviación de poder, entre otras conductas que representan un desarrollo de conceptos morales, y que además están contempladas en el ordenamiento jurídico.

El juez se encuentra investido en todo momento de un grado importante de subjetividad respecto de sus fallos, pero esa subjetividad debe tener como asidero un objeto sobre el cual pueda desarrollar sus apreciaciones, es decir, unos cimientos firmes para edificar su decisión. La Sala considera que los valores, principios y las leyes son esas bases firmes a las cuales se debe recurrir siempre que se adelante un juicio sobre la amenaza o vulneración de la moralidad administrativa, para determinar el alcance de esta última en el caso concreto, pero jamás puede la subjetividad judicial buscar el título que legitima su acción en elementos extranormativos que no resultan homogéneos, inequívocos, precisos, es decir, que no son objetivos.

En consecuencia, la Sala afirma que lo “correcto”, lo “bueno” y la “razón”, son determinantes a efectos de fijar los límites para la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa, pero no como fuentes autónomas extranormativas, dado que tales conceptos deben hacer parte de los valores o principios constitucionales, o de las normas legales que se toman como elemento objetivo para definir la correspondiente amenaza o vulneración. Es la fijación de la moralidad en las normas constitucionales y legales lo que posibilita que su infracción sea sancionada.¹⁴¹

El fundamento legal de este principio está consagrado en el numeral 5 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo, el cual, en consonancia con lo explicado, señala que los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas. Consideramos en este punto que dicho numeral debió hacer referencia al procedimiento administrativo y no solo a las actuaciones administrativas por ser estas solo una parte de los primeros. Así mismo, cabe resaltar que la moralidad administrativa, tal como se ha venido sosteniendo, se exige de los servidores públicos pero la nueva norma la extiende a todas las personas, lo cual es incorrecto porque este principio está relacionado directamente con la función pública. Lo que sí debió precisar esta disposición es que la moralidad administrativa debe exigirse también a los particulares que ejercen funciones administrativas, en relación con el ejercicio de dichas funciones.

H. Principio de presunción de buena fe o de la confianza legítima

Este principio al interior del proceso administrativo encuentra asidero constitucional en el artículo 83 de la Constitución Política y se traduce en la total confianza a las actuaciones que los particulares realizan ante la administración pública, ante lo cual se impone la imposibilidad, por parte de la administración pública, de imponer trabas o peros a las pruebas que se aporten durante el transcurso procedimental o a las afirmaciones que se sostengan durante el mismo¹⁴². Por ejemplo, los documentos que se aporten durante el proceso administrativo se presumen auténticos y es a la administración pública a la que le corresponde demostrar su falsedad, es decir, la carga de la prueba se invierte¹⁴³.

¹⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008), Radicación No.76001 23 31 000 2005 01423 01. Actor: Oscar Antonio Morales Pinzón. Demandado: Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Desarrollo Territorial y Bienestar Social–, Naturaleza: Acción popular.

¹⁴² “Se quiso proteger al particular de los obstáculos y trabas que las autoridades públicas, y los particulares que ejercen funciones públicas, ponen frente a él, como si se presumiera su mala fe y no su buena fe.” Corte Constitucional, Sentencia C–544, de diciembre 1º de 1994.

¹⁴³ “Del análisis transcrito se concluye que el artículo 83 se refiere expresamente a las relaciones entre los particulares y las autoridades públicas y que tales relaciones, en lo que a la buena fe se refiere, están gobernados

Por otro lado, el principio de la buena fe implica que las autoridades públicas se sometan a los postulados que la componen, obrando de tal manera que generen confianza legítima y seguridad jurídica, evitando a toda costa cambios bruscos e intempestivos frente a los administrados, que en un momento dado, vulneren sus derechos fundamentales, es decir, los cambios deben ser justificados y en procura de satisfacer los fines del estado, dándole oportunidad a los administrados de asimilarlos¹⁴⁴. Por ejemplo: si se decide desalojar vendedores ambulantes, previamente se les debe dar la oportunidad de intervenir y, si es posible, darles posibilidades de reubicación¹⁴⁵, de igual manera si se deciden modificar por parte de la administración estipulaciones contractuales en ejercicio de la cláusula exorbitante respectiva, es necesario permitirle al particular contratista defenderse (art. 14, Ley 80 de 1993) y cuando no se estuviere bajo su ejercicio, para efectuar tales modificaciones, se deberá contar necesariamente con el consentimiento del mismo¹⁴⁶.

El principio de la confianza legítima permite justificar el nacimiento de intereses lícitos en casos extremos. De igual manera este principio puede romper el paradigma de que una situación ilegítima no se puede convertir en lícita. En todo caso este principio es de aplicación restrictiva y excepcionalísima. Veamos los elementos para que pueda operar:

por dos principios: El primero, la obligación en que están los particulares y las autoridades públicas de actuar con sujeción a los postulados de la buena fe; el segundo, la presunción, simplemente legal de que todas las gestiones de los particulares ante las autoridades públicas se adelantan de buena fe”. (Corte Constitucional, Sentencia C-540 de noviembre 23 de 1995, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía). En comunión con esta posición jurisprudencial, el artículo 1º del Decreto 2150 de 1995 dispone que las entidades públicas no pueden exigir documentos originales autenticados o reconocidos notarial o judicialmente. Sin embargo, la DIAN puede condicionar la valoración probatoria de los soportes contables a que estén autenticados, en el caso de que la contabilidad no sea llevada en la forma ordenada por la ley y no cumpla con los requisitos consagrados en el Decreto 2649 de 1993 y en el Estatuto Tributario. Ver sobre este último punto: Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 660012331000200500 80401 (16481) de marzo 24 de 2011, Magistrada Ponente: Carmen T. Ortiz

¹⁴⁴ El Consejo de Estado, sobre el particular, ha señalado lo siguiente: “Y es que las actuaciones de la administración que inducen en error o equivocación al contribuyente, no pueden carecer de consecuencias jurídicas, ni despreteger la confianza legítima del administrado, en cuya virtud no le es dable a la entidad oficial desconocerlos con posterioridad, ignorando que precisamente debido a su actuar, así sea a través de simples sugerencias u oficios persuasivos, estos mueven la conducta del administrado, quien de buena fe actúa en el sentido indicado por la administración, bajo el entendido de que precisamente la entidad fiscal aplica correctamente las disposiciones tributarias”. Sección Cuarta, Sentencia del 2 de octubre de 2003, Expediente: 25000232700020010274-01, Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié.

¹⁴⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-791 del 28 de junio de 2000, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz: “Eso sucede, por ejemplo, cuando una autoridad decide súbitamente prohibir una actividad que antes se encontraba permitida, por cuanto en ese evento, es deber del Estado permitir que el afectado pueda enfrentar ese cambio de política”.

¹⁴⁶ En providencia la Corte Constitucional señaló que el Fondo Nacional del Ahorro no podía modificar unilateralmente los créditos de vivienda y debía contar con el consentimiento del deudor, aunado a que en caso de no obtenerlo tenía las acciones contractuales pertinentes ante el juez competente. (Sentencia T-793, agosto 23 de 2004, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería).

- La confianza debe ser legítima, es decir, que la adquisición de esa confianza se derive de la buena fe. En este elemento juega vital importancia el grado de instrucción del ciudadano, toda vez que si el mismo debía saber que su conducta es ilegal, no podría recibir ningún beneficio por la aquiescencia que el Estado le brinde. Esto porque el principio de confianza legítima armoniza los principios de buena fe con la ignorancia de la ley no sirve de excusa, es decir, cuando se aplica cede la seguridad jurídica en pro de la justicia material. Por ejemplo, si un contratista del Estado es un ingeniero civil asiduo participante de licitaciones públicas, no podrá esgrimir en beneficio suyo que realizó una obra sin que mediara contrato escrito, porque no sabía que había que celebrarlo, así la Administración Pública lo hubiera autorizado para realizarla. A contrario sensu, si se trata de una persona de escaso nivel educativo, que se dedica a los servicios domésticos y es invitada verbalmente a servir como aseadora en una escuela pública, ella podrá pelear una indemnización equivalente a sus prestaciones sociales en caso de ser retirada de sus funciones, pues su escolaridad no le permite advertir que a la función pública solo se puede vincular a través de un contrato de trabajo escrito o un nombramiento legal y reglamentario.
- Debe generar la creencia de que la situación jurídica va a ser estable y duradera. No se puede aplicar si no hay estabilidad, por ende, no se utiliza en situaciones precarias o simples expectativas.
- Que el cambio entre la situación preexistente y la nueva situación no sea brusco. Es decir, es posible cambiar la situación de ilicitud, sin embargo, hay que darle oportunidad a los afectados de que se recuperen o se adapten a la nueva situación.

La jurisprudencia española nos ilustra sobre este asunto en los siguientes términos:

En el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a lo que informan nuestro Ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta Sala, que ahora enjuicia, en su sentencia de 28 de febrero de 1989 y reproducido después en su última de enero de 1990, y cuyo principio, si bien fue acuñado en el Ordenamiento jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de las que forma parte España, y que consiste en el “principio de protección de la confianza legítima” que ha de ser aplicado, no tanto solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración

lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego –interés individual e interés general–, la revocación o la dejación sin efectos del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar derivados de unos gastos o inversiones que solo pueden serle restituidos con graves perjuicios para su patrimonio, al no ser todos ellos de simple naturaleza económica.¹⁴⁷

Ahora bien, este principio no debe ser entendido solo desde el punto de vista de la Administración Pública, también los particulares deben acogerse al mismo de tal manera que su comportamiento al interior del proceso administrativo se traduzca en total lealtad¹⁴⁸, imparcialidad y transparencia. Por ejemplo, en materia de notificaciones, si se suministra una dirección errada en la petición elevada ante las autoridades (numeral 2º del artículo 5º del antiguo CCA), posteriormente no se podrá alegar vulneración del derecho de petición por falta de notificación, ante el hecho del envío de la citación correspondiente a la dirección equivocada, toda vez que la administración actuó conforme a la información suministrada, bajo el entendido del principio de la buena fe. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo señala dos deberes que reflejan el deber de actuar con buena fe que los particulares deben observar ante las autoridades públicas. Veamos:

Artículo 6º Deberes de las personas. Correlativamente con los derechos que les asisten, las personas tienen, en las actuaciones ante las autoridades, los siguientes deberes:

1. Obrar conforme al principio de buena fe, absteniéndose de emplear maniobras dilatorias en las actuaciones, y de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos o hacer afirmaciones temerarias, entre otras conductas.
2. Ejercer con responsabilidad sus derechos, y en consecuencia abstenerse de reiterar solicitudes evidentemente improcedentes.

Por último, es necesario acotar que la buena fe es más exigente cuando la administración pública ejerce potestades regladas, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

¹⁴⁷ Extracto jurisprudencial del Tribunal Supremo Español (Sala 3, Sección 3) de 1 de febrero de 1990, citado por el profesor GARRIDO FALLA Fernando, con la colaboración de PALOMAR OLMEDO Alberto, LOSADA GONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, 14 edición, Editorial Tecnos, página 210 y 211.

¹⁴⁸ El profesor Brewer Carías, sobre esta particularidad del principio que se analiza, advierte lo siguiente: “La lealtad, exige, por tanto, el hecho de no ocultar, ni de una parte ni de otra, hechos o documentos que interesen al procedimiento. Este respeto mutuo responde a ese principio que comienza a construirse como el de la confianza legítima”. Principios del procedimiento administrativo en América Latina, editorial Legis, página 279.

Si bien la buena fe como principio orientador del derecho administrativo es exigible para el ejercicio de los derechos de los administrados, dicho principio, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 83 de nuestra Constitución y 3° de la Ley 489 de 1998, debe tener una mayor exigencia frente a las actuaciones de la administración, cuando ejerce las potestades regladas, pues en este evento los funcionarios deben ajustarse solamente a los requerimientos literales de la norma que las atribuye.¹⁴⁹

Su fundamento legal está consagrado en el numeral 4 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo.

I. Principio de igualdad

Se encuentra fundado en el artículo 13 de la Constitución Política y se manifiesta en el proceso administrativo mediante la imposibilidad de discriminación a los administrados por razón de sexo, edad, ideología, raza, etc. Sin embargo el trato diferente puede estar justificado, ya que la igualdad se predica entre iguales, por tanto, trato desigual no es lo mismo que discriminación, siempre y cuando el trato diferente sea proporcional, razonable y coherente a los supuestos de hecho en que se fundamenta y las normas jurídicas que lo regula. Es por ejemplo: si dos personas se encuentra en posibilidades de obtener el status pensional por haber cotizado el número de semanas requerido por la ley y poseer la edad exigida por la misma, sería discriminatorio que una obtuviera su status y la otra no, por el contrario, si una de las dos no posee aún la edad, el trato desigual está justificado¹⁵⁰.

Sobre los criterios a tener en cuenta para justificar el trato desigual en nuestro Estado de Derecho, la Corte Constitucional ha fijado los siguientes parámetros:

El principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la C.N. permite conferir un trato distinto a diferentes personas siempre que se den las siguientes condiciones: que las personas se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; que el trato distinto que se les otorga tenga una finalidad; que dicha finalidad sea razonable, vale decir, admisible desde la perspectiva de los valores y principios constitucionales; que el supuesto de hecho – esto es, la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga – sean coherentes entre sí o, lo que es lo mismo, guarden

¹⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección A, Sentencia de 26 de junio de 2008. Radicación interna 2057-07. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de octubre de 2008, páginas 1691 a 1694.

¹⁵⁰ Sentencia T-330 del 12 de agosto de 1993, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

una racionalidad interna; que esa racionalidad sea proporcionada, de suerte que la consecuencia jurídica que constituye el trato diferente no guarde una absoluta desproporción con las circunstancias de hecho y la finalidad que la justifican¹⁵¹.

El fundamento legal de este principio se encuentra consagrado en el numeral 2 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo. Es importante anotar que serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, tal como lo consagra el CPA en la disposición anotada.

J. Principio de participación

Encontraba su fundamento legal en el artículo 35 del antiguo Código Contencioso Administrativo y se materializa en la obligatoriedad de permitir la intervención del administrado durante la actuación administrativa y de esta manera, adoptar una decisión, previa opinión del particular afectado. El procedimiento administrativo es un estadio de debate participativo, tal como lo llama de manera magistral el doctrinante Santofimio Gamboa¹⁵², lo que significa que no se concibe sin la presencia activa y crítica del virtual afectado con la decisión¹⁵³.

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo consagró este principio en el numeral 6 del artículo 3, pero lo enfocó de una manera diferente a lo explicado en el párrafo anterior, centrándose en las actividades de control ciudadano y evaluación de la gestión pública. A nuestro parecer esta disposición es un complemento del principio de participación, en otras palabras, el principio tiene dos connotaciones: la garantía de que el interesado puede intervenir en la actuación administrativa sin ningún obstáculo y la posibilidad cierta de que los ciudadanos, organizaciones y comunidades puedan intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

K. Principio de proporcionalidad

Consagrado en el artículo 36 del antiguo CCA, sin embargo continúa vigente y se utiliza para controlar las decisiones que emanan de potestades discrecionales, a través de juicios de razonabilidad: proporcionalidad, ponderación e igualdad,

¹⁵¹ Sentencia C-400 del 2 de junio de 1999, exp. D-2268, M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁵² Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Acto Administrativo, Universidad Externado de Colombia, página 85

¹⁵³ “[...] esto por la elemental razón de que las personas para el Estado y el derecho no surgen como consecuencia de una decisión, todo lo contrario, ya existen desde antes, al igual que sus derechos fundamentales.” SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 86.

donde se ponen en una balanza los intereses en juego que se ven inmiscuidos con los efectos jurídicos del acto administrativo que se controla, de tal manera que el resultado de dichos juicios indica si la decisión adoptada materializa la finalidad que el legislador previó otorgándole la potestad discrecional a la administración o, por el contrario, satisface intereses personales o de otra índole, alejados del interés general específico para el cual fue consagrada la mencionada potestad. Sobre este principio, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

En su más común acepción, el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de estos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, solo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda y consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada. O, del mismo modo, simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego.

Sin embargo, un análisis más detenido del principio que en su sentido amplio se ha descrito, elaborado en primera instancia por la doctrina alemana, conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios, etapas o mandatos parciales: el subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el ordenamiento; el subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el subprincipio o mandato de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohija.¹⁵⁴

¹⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de noviembre

L. Principio de precaución

La Ley 99 de 1993, que creó el Ministerio del Medio Ambiente, integró el principio de precaución al ordenamiento jurídico colombiano. Cuando haya sospechas sobre los efectos adversos que un elemento, proceso o fenómeno podrían causarle al medio ambiente o a la salud, las autoridades pueden adoptar las medidas necesarias para prevenirlos, aunque no exista certeza científica sobre su magnitud. Así como en los principios de igualdad y proporcionalidad, la aplicación de este principio también exige la utilización de la razonabilidad, en el sentido de evaluar los efectos que la medida restrictiva pueda generar en los intereses de otros grupos sociales, aunque, en todo caso, al adoptarse un acto administrativo en virtud del principio de precaución, emerge un indicador de la necesidad de profundizar en las investigaciones sobre el elemento, proceso o fenómeno que se restringe¹⁵⁵.

M. Principio de responsabilidad

Advierte que las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos. Su fundamento legal es el numeral 7 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo.

N. Principio de transparencia

Establece que la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal. Así, su fundamento legal es el numeral 8 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo.

O. Principio de coordinación

Explica que las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de los derechos de los particulares. Su fundamento legal es el numeral 10 del artículo 3 del Código de Procedimiento Administrativo.

de 2006. Expediente 13074. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de junio de 2007, páginas 920 a 958.

¹⁵⁵ Ver: Corte Constitucional, Sentencia T-299 de abril 3 de 2008, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

P. Principio de objetividad

Impone a la administración el deber positivo de incorporar al procedimiento administrativo que obligatoriamente ha de instruirse previamente a la adopción de la decisión, todos los elementos fácticos, técnicos, económicos, jurídicos o de cualquier índole que resulten relevantes para resolver el caso concreto.¹⁵⁶

Q. Principio de planeación

Los actos administrativos que impliquen un impacto presupuestal, la celebración de contratos, así como la ejecución y posterior liquidación de los mismos, lejos de ser el resultado de la improvisación, deben constituir el fruto de una tarea programada y preconcebida, que permita incorporar la actividad de las entidades públicas dentro de las estrategias y orientaciones generales de las políticas económicas, sociales, ambientales o de cualquier otro orden diseñadas por las instancias con funciones planificadoras en el Estado.¹⁵⁷

R. Principio de racionalidad

Las decisiones de la administración deben respetar las reglas de la lógica deductiva, deben ser consistentes, eficientes y coherentes y solo fundarse en el principio de legalidad y no en criterios externos de naturaleza política o moral.¹⁵⁸ Este es un principio que se aplica especialmente cuando se van a proferir actos administrativos que emanan de potestades regladas.

S. Principio de razonabilidad

Cuando es necesario producir decisiones donde no sería aceptable una decisión estrictamente racional, se aplica este principio para lograr un equilibrio óptimo entre las distintas exigencias que se plantean en la decisión. Con este principio se busca adoptar actos administrativos que emanan de potestades discrecionales, las cuales permiten elegir entre un cúmulo de alternativas jurídicamente válidas. Los principios de igualdad y proporcionalidad ya vistos se nutren de este principio.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de junio de 2008. Expediente 1988–8431. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de marzo de 2009, páginas 438 a 482.

¹⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de junio de 2008. Expediente 1988–8431. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista Jurisprudencia y doctrina de Legis de marzo de 2009, páginas 438 a 482.

¹⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de junio de 2008. Expediente 1988–8431. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista Jurisprudencia y doctrina de Legis de marzo de 2009, páginas 438 a 482.

¹⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de junio de 2008. Expediente 1988–8431. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista Jurisprudencia y doctrina de Legis de marzo de 2009, páginas 438 a 482.

T. Principio de inclusión tecnológica

La incorporación de los medios tecnológicos al procedimiento administrativo debe ser una medida que le facilite las cosas a los administrados y no un obstáculo que les impida acceder a la administración pública. Por ende, está absolutamente prohibido restringir el uso del derecho de petición a través de estos medios y, por tanto, los usuarios deben tener alternativas adicionales a los medios tecnológicos para ejercerlo. Por ejemplo: es inconstitucional que una entidad pública, a través de sus reglamentaciones internas, restrinja el uso del derecho de petición a la presentación virtual en la página web institucional. Así mismo, sería contrario a la Carta Magna que se llevaran a cabo notificaciones electrónicas sin que previamente hubieren sido autorizadas por los interesados. Un ejemplo de una norma legal desde esta óptica es el artículo 67 del Decreto Ley 0019 de 2012 (Ley antitrámite), que adicionó el artículo 580-1 del Estatuto Tributario, donde se le da la posibilidad al contribuyente de presentar las declaraciones ante los bancos o virtualmente. Obviamente, si el procedimiento administrativo que se diseñe va dirigido a administrados cualificados, tal como ocurre con los concursos de méritos regulados por la Comisión Nacional del Servicio Civil o por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, podría pensarse en una restricción legal en esta materia, sin embargo, desde nuestra óptica siempre es menester ofrecer una opción al mecanismo tecnológico aún en estos casos, con el objeto de erradicar cualquier viso de inconstitucionalidad.

IV.

El principio de autotutela de la administración pública

Introducción

Es imprescindible entender de manera exacta en que consiste el principio de la autotutela administrativa, con el objeto de que el lector aprehenda que la administración no es superior a los administrados por un simple capricho legislativo, sino que lo es para llevar a cabo la materialización de los fines estatales (artículo 2 CP).

También resulta importante asimilar el principio en mención, para darle la dimensión que se merece a la jurisdicción contencioso administrativa, como principal herramienta para controlar las prerrogativas públicas de tal forma que no se salgan de los cauces de la legalidad y entren en los linderos de la arbitrariedad y el despotismo.

Finalmente, es necesario advertir que fue preocupación del constituyente de la Constitución del 91 dotar de acciones constitucionales especiales, diferentes de las ordinarias, para contrarrestar aún más las prerrogativas públicas, en el momento en que las mismas atentan contra los derechos de la comunidad. Sin embargo, es nuestro deber advertir que tales acciones deben ejercitarse dentro de un marco jurídico muy preciso, en caso contrario sería peor el remedio que la enfermedad.

El estudio de este principio está compuesto de dos partes, una primera parte donde abordamos el concepto y la naturaleza de la autotutela administrativa y su irrupción en nuestro ordenamiento jurídico. Y una segunda parte, donde analizamos el tema desde la óptica del administrado.

A. Concepto y naturaleza jurídica del principio de autotutela administrativa.

Este principio básicamente se dirige a establecer que la Administración Pública; incluidos los particulares que ejercen funciones públicas de carácter administrativo; a diferencia de los particulares, no necesita, por regla general, acudir ante la jurisdicción para que se declaren sus derechos o para que se hagan efectivos los mismos, aunque dicha declaración o ejecución están sometidas al principio de legalidad y al debido proceso, en este sentido se ha pronunciado la doctrina española en los siguientes términos:

El sistema de la prerrogativa administrativa se manifiesta aquí con todo su vigor, marcándose netamente la diferente posición jurídica en que el Derecho coloca la Administración y a los administrados. Mientras que un particular que quisiese hacer efectivo un derecho del que fuese titular necesitaría, en primer lugar, obtener del Tribunal competente la declaración judicial de reconocimiento del derecho controvertido y, en segundo lugar, acudir igualmente al Tribunal competente para que inicie el correspondiente procedimiento ejecutivo sobre el patrimonio del deudor; en cambio, la Administración pública aparece investida de los poderes necesarios para realizar por sí misma la autotutela de su derecho, y para ello: primero, declara por sí misma cuál es su derecho, de dónde el carácter obligatorio del acto administrativo; segundo, procede a ejecutar por sus propios medios – y, en su caso, contra la voluntad de los obligados- lo que previamente ha declarado. Se trata de manifestaciones concretas del principio que para un extenso sector doctrinal se conoce con el nombre de autotutela administrativa.¹⁶⁰

¹⁶⁰ GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimocuarta

Este principio se originó al interior de la doctrina de la *puissance publique* o de prerrogativas públicas de Hauriou, tal como lo explica en los siguientes términos:

La Administración es independiente (“*autonomie de l’administration*”) respecto de los jueces y por lo tanto toda su actividad es acción jurídica autónoma concretada en decisiones ejecutorias y ejecución administrativa. Todas las decisiones de la administración son ejecutorias por sí mismas y la administración tiene el derecho de llevar hasta el fin las operaciones legales que emprende en virtud de sus decisiones y de la ejecución forzosa de la misma. No tienen necesidad de acudir ante el juez ni para obtener mandamiento o título ejecutorio, ni agente para proceder a su ejecución; y la reclamación del interesado agraviado o lesionado por la ejecución previa no provoca que se decrete la suspensión de la operación. Los jueces administrativos pueden controlarla pero solo a posteriori, es decir, cuando la decisión ejecutoria ha sido adoptada, o cuando la decisión está consumada y ha ocasionado un daño.¹⁶¹

El Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, define este principio de la siguiente manera: “Consiste esta figura, exótica dentro del Estado de derecho, en la admisión constitucional y legal de poderes superiores de los entes públicos con funciones administrativas, que rompen el estricto principio de igualdad, otorgándole a los actores públicos la posibilidad de declarar y ejecutar unilateralmente el derecho frente a los administrados, con el propósito de otorgarle relevancia y ejecutoria a las decisiones administrativas, sin la necesidad de acudir para estos efectos a los estrados judiciales”¹⁶².

La razón de ser de este principio se funda en el supraprincipio constitucional del interés general¹⁶³, el cual debe prevalecer sobre el particular injusto¹⁶⁴,

edición, Editorial Tecnos, página 648. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

¹⁶¹ Cita doctrinal traída a colación por el Dr. Gustavo Penagos en su obra *Acto Administrativo*, Tomo I, Séptima Edición, Página 526.

¹⁶² *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1, 2da edición, Universidad Externado de Colombia, Página 35

¹⁶³ Los modelos para precisar el interés general siempre se han dirigido a equipararlo o separarlo del interés particular. Adam Smith defiende la tesis de que la persecución del interés individual conlleva también la del interés general (*La Riqueza de las Naciones*), tesis que, en nuestra opinión, resulta ser la más operativa y práctica, frente a otras que identifican al interés general como diferente al particular o trascendente al mismo, legitimando al Estado para intervenir en todos los ámbitos sociales y económicos, con grave afectación para los principios del Estado de Derecho (declaración de derechos, tridivisión del poder público, principio de legalidad, tutela judicial y garantía patrimonial).

¹⁶⁴ Aquel que mediante su ejercicio atropella los derechos de los demás. Concepto extraído de la ideología de

ya que la materialización de los fines estatales no se puede ver afectada por el principio de la autonomía de la voluntad que reina en las relaciones entre particulares, porque, a diferencia de lo que sucede en el plano netamente privado, está de por medio el bien común. El Dr. Santofimio en la obra reseñada, explica la naturaleza de este principio en los siguientes términos: “La autotutela es un principio de configuración y aplicación previa a la instancia judicial, admitida precisamente con el propósito de romper cualquier posibilidad de exigencia del asociado de ser tratado en un plano de exclusiva igualdad con la administración frente a las decisiones unilaterales en detrimento del interés general”¹⁶⁵.

B. Las prerrogativas públicas.

El principio de autotutela administrativa se materializa a través de dos privilegios¹⁶⁶ denominados por Hariou como “las prerrogativas públicas”. En términos del Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez¹⁶⁷ son las siguientes:

- a) El privilegio de la decisión previa (acto administrativo).
- b) El privilegio de la ejecución de oficio (operación administrativa).

Jhon Stuart Mill en los siguientes términos: “La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, cada uno a su manera, siempre que no tratemos de privar a los demás del suyo o de entorpecer sus esfuerzos para conseguirlo”. (Obra *On Liberty*, Penguin Classics, citada en ámbito jurídico de Legis, edición del 18 al 31 de agosto de 2003, página 9B).

¹⁶⁵ Página 36

¹⁶⁶ Erradamente la jurisprudencia constitucional ha establecido otro privilegio derivado del principio de autotutela administrativa, este es la necesidad de agotar vía gubernativa, lo que a nuestro modo de ver es una apreciación desafortunada, dado que la obligación de agotar vía gubernativa no es una prerrogativa o poder exorbitante en favor de la administración, en este evento lo que se evidencia es una obligación en cabeza del administrado, cuya naturaleza es generarle una nueva oportunidad a la administración para que revise su propio acto antes de acudir a la vía jurisdiccional y así, evitar un desgaste innecesario del aparato judicial, por tanto, tal necesidad no se deriva del poder exorbitante del estado sino de la obligación de las personas de colaborar con el buen funcionamiento de la administración de justicia (numeral 7º del artículo 95 de la Constitución Política). La posición que se critica se expuso en los siguientes términos: “De manera general puede decirse que la necesidad de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acudir a la jurisdicción constituye un privilegio de la administración, derivado del principio de autotutela administrativa y por virtud del cual debe brindarse a los entes públicos la oportunidad de pronunciarse sobre sus propios actos antes de que las controversias que hayan surgido en torno a ellos sean planteadas ante los tribunales.” Corte Constitucional, Sentencia C-792, septiembre 20 de 2006, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. Extracto Jurisprudencial publicado en el Código Contencioso Administrativo de hojas sustituibles de Legis, página 52.

¹⁶⁷ Ejecución forzosa y procedimientos de apremio administrativo, ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano de Justicia Administrativa, realizado en San José de Costa Rica, durante los días 19 y 23 de abril de 1999

El privilegio de la decisión previa

Se materializa a través del acto administrativo. Es definido por el Dr. Rodríguez en los siguientes términos: “Consiste en que la administración no tiene necesidad de dirigirse previamente a un juez para declarar sus derechos, de tal manera, que si el administrado no está de acuerdo con las pretensiones de la administración, es él quien deberá acudir al juez. Lo anterior se traduce en que, gracias a este privilegio, la administración obliga al gobernado a tomar en el posible proceso la posición de demandante”.

Ejemplos dicientes de este privilegio son las cláusulas excepcionales propias del contrato estatal (*terminación unilateral, modificación unilateral, interpretación unilateral y la caducidad*¹⁶⁸), ya que, en los eventos que contempla la ley para que se declaren, la administración lo puede hacer sin necesidad de acudir a un juez, a diferencia del particular, a quién si se impone la obligación de acudir ante la jurisdicción para que declare la nulidad de los actos administrativos que emanan de dichas cláusulas y se restablezca el derecho respectivo, acompañado, dicho restablecimiento, de una reparación del daño, si es el caso.

El privilegio de la ejecución de oficio

Se materializa a través de la operación administrativa. En el escrito ya antes citado, el tratadista Libardo Rodríguez lo explica de la siguiente manera: “Consiste en la facultad que tiene la administración cuando ha tomado una decisión, es decir, cuando ha dictado un acto administrativo, de hacerlo cumplir ella misma directamente, haciendo uso, si es necesario de la fuerza pública contra el particular que se resiste. Por ejemplo [...] del acto mediante el cual se da por terminado un contrato administrativo, una vez expedido dicho acto el contratista particular deberá cumplir algunas obligaciones como presentarse a efectuar la liquidación o balance del contrato y entregar las obras o trabajos en el estado en que se encuentren. De tal manera que si el particular contratista no cumple voluntariamente esas obligaciones emanadas del acto, la administración las puede hacer cumplir efectuando ella misma la liquidación y tomando posesión de las obras o trabajos, aún con el uso de la fuerza pública si fuere necesario”.

¹⁶⁸ Es importante aclarar en este punto que las multas no son cláusulas excepcionales sino medidas de naturaleza disuasoria destinadas a superar el incumplimiento de las obligaciones contractuales, que si bien pueden anteceder a la declaratoria de una cláusula excepcional, como sería la caducidad, no condicionan su validez ni son un requisito de procedibilidad, porque su imposición es independiente. Así lo reconoció el Consejo de Estado en providencia de la Sección Tercera, sentencia 0500123240001996068001 (20738) de octubre 22 de 2012, Consejero Ponente: Enrique Gil.

C. Clases de autotutela.

Acorde con lo expuesto en los literales anteriores, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha clasificado este principio en varias clases de autotutela: en declarativa o ejecutiva y conservativa o agresiva. Veamos el aparte jurisprudencial sobre el particular:

La “autotutela” se ha clasificado en declarativa o ejecutiva y conservativa o agresiva. La conservativa “protege una situación dada”; la agresiva o activa “tiene por contenido una conducta positiva y por resultado una mutación en el actual estado de cosas, aunque actúe en protección de una situación previa”.

La autotutela declarativa es esa facultad de la administración de beneficiarse de “una presunción de legalidad que la hace de cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obtener ninguna sentencia declarativa previa”.

En cuanto a la autotutela ejecutiva “esta expresión va más allá que la anterior: a pare de eximirse a la administración de la carga de obtener una sentencia ejecutiva, facultándola para el uso directo de propia coacción sin necesidad de recabar el apoyo de la coacción judicialmente administrada. Así como la autotutela declarativa se manifiesta en una declaración o en un acto, la ejecutiva supone el paso al terreno de los hechos, del comportamiento u operaciones materiales, concretamente al uso de la coacción frente a terceros.

Pero es necesario aclarar que la autotutela ejecutiva se predica únicamente en obligaciones de contenido económico, lo que hace que no todo acto de la administración es autotutelable ejecutivamente. Esto se deduce del artículo 68 del Código Contencioso Administrativo.¹⁶⁹

Sin perder de vista lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, es menester aclarar que la autotutela ejecutiva es la jurisdicción coactiva, la declarativa la de los actos administrativos y la conservativa o agresiva la constituye las demás operaciones administrativa que se predicen de obligaciones de contenido económico.

D. Presencia del principio de autotutela administrativa en nuestro ordenamiento jurídico

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra inmerso el principio de la autotutela, veamos:

¹⁶⁹ Corte Constitucional, sentencia T-445 de 1994 del 12 de octubre de 1994.

1. El único requisito para que un acto administrativo pueda ser ejecutado unilateralmente por la administración, aún en contra de la voluntad del administrado, es que el mismo se encuentre en firme (art. 64, CCA).
2. Si el acto administrativo se encuentra en firme, al administrado no le queda más remedio que someterse a los designios del mismo, aunque lo demande ante la jurisdicción contencioso administrativa, salvo que solicite la suspensión provisional y esta prospere (art. 64, CCA).
3. Es importante tener en cuenta que los actos administrativos pueden perder su fuerza ejecutoria (tal como lo contempla el artículo 66 del CCA), en este caso el administrado tiene el arma jurídica de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria (art. 67 CCA).
4. La administración tiene mecanismos de apremio para obligar a los administrados a cumplir con lo que se disponga en los actos administrativos, estos mecanismos son las multas (art. 65 CCA).
5. La ejecución forzosa también se puede traducir en que la administración, a costa del administrado, ejecute la obligación que estaba en cabeza del mismo, salvo que se trate de una obligación *intuitu personae*, como sería el caso de la realización de una obra maestra por parte de un artista.
6. La jurisdicción coactiva: Es una operación administrativa, sin embargo, también puede intervenir la jurisdicción, toda vez que la sentencia que resuelve las excepciones y ordena seguir adelante con la ejecución puede ser demandada en acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa. Un ejemplo de esta modalidad de ejecución de oficio acontece con los jueces de ejecuciones fiscales, que fundados en actos administrativos que contienen obligaciones claras, expresas y exigibles, pueden ejecutar y si es del caso, en virtud de embargos, rematar y pagarse las acreencias a favor del fisco¹⁷⁰.
7. La expropiación por vía administrativa, que en materia de obras de infraestructura de transporte, la poseen la Nación (Ministerio de Transporte), los departamentos y los municipios (Ley 105 de 1993) y en materia de expropiación administrativa urbanística, los municipios, los distritos y las áreas metropolitanas (Ley 388 de 1997, artículos 63 a 72). Sin embargo, para que proceda este tipo de expropiación es menester la expedición de un acto administrativo que declare la urgencia de conformidad a las causales contempladas en el artículo 65 de la Ley 388 de 1997. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

¹⁷⁰ Es pertinente anotar que los artículos 133 y 134C del CCA quedaron derogados en lo pertinente, pues con el advenimiento de la ley 1066 de 2006, en su artículo segundo, se unificó el procedimiento de cobro coactivo al contemplado en el estatuto tributario para todas las entidades públicas.

De esta manera, se advierte que el legislador ha previsto en materia de reforma urbana que la expropiación por vía judicial sea aquella que deba predicarse por regla general, pues la administrativa se dará solo en los casos específicos que determine el legislador y siempre que se cumplan dos requisitos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la ley 388 de 1997: i) que existan las condiciones de urgencia taxativamente mencionadas en la ley y ii) que se presenten motivos de utilidad pública o interés social específicos que autorizan este tipo de expropiación.¹⁷¹

E. Excepciones al principio de autotutela administrativa

1. Cuando se trate de controversias netamente privadas, donde la administración pública no oficia como Estado sino como un sujeto más del tráfico jurídico y en tal condición sometida al principio de la autonomía de la voluntad. Es el caso, por ejemplo, de la prestación de servicios públicos sin presencia de prerrogativas públicas¹⁷² o de los contratos que celebran los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las demás entidades financieras de carácter estatal, que corresponden al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social. (Parágrafo 1 del numeral 5 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993). Sin embargo, estos negocios jurídicos nunca podrán ser ajenos a los principios del servicio público a favor de la colectividad, contemplados en los artículos 365 y siguientes de la Constitución Política, es decir, la interpretación de sus cláusulas no solo se circunscribe a intereses privados sino al interés general, toda vez que está de por medio el erario público y la finalidad social del Estado. Esto lo debe tener muy presente el Juez de la controversia¹⁷³.

2. Las obligaciones claras, expresas y exigibles que emanan de las actividades propias de la contratación estatal, obligan a las entidades públicas a acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para poder ejecutar a los contratistas morosos (art. 75, Ley 80 de 1993).

¹⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 9 de febrero de 2012. Radicación 25000–23–24–000–2001–01262–01. Consejera Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de junio de 2012, páginas 1057 a 1064.

¹⁷² Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez, Expediente 27673. Actor: Rodrigo Villamil Virguez. Demandado: Nación – Ministerio de Comunicaciones y otros. Bogotá, D.C., 17 de febrero de 2005. Revista jurisprudencia y doctrina de Legis, de agosto de 2005, páginas 1087 a 1107.

¹⁷³ El Tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa, advierte lo siguiente: “[...] los subsistemas que pretendan aplicarse a la administración pública, diferentes al administrativo, deben por la fuerza de las cosas articularse con los principios naturales propios del manejo de la cosa pública, tal como la jurisprudencia colombiana lo ha hecho a propósito de los contratos de entidades públicas que según el Legislador están sometidos al derecho privado. En otras palabras, los subsistemas jurídicos, en su relación con la administración pública, no se aplican de manera aislada y pura”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo IV. Op. cit., p. 50.

3. Este principio, obviamente, está sometido al principio de legalidad, es decir, la autotutela administrativa es viable mientras la ley no contemple expresamente excepciones a la misma. Por ejemplo: las sociedades de economía mixta no poseen potestad de jurisdicción coactiva (art. 68, CCA), aunque pareciera que con el advenimiento del artículo 5 de la Ley 1066 de 2006 de 2006, todas las entidades públicas gozan de esta prerrogativa.

F. Conclusión a la primera parte

a. La regla general es que los administrados ofician como demandantes ante la jurisdicción contencioso administrativa porque la administración no necesita acudir a la misma para declarar derechos a su favor o para ejecutarlos.

b. La autotutela oficia como un principio importantísimo para materializar los designios para los cuales se crea el Estado (art. 2, CP), ya que evita que la administración pública este sometida al querer de las facciones o grupos que en un momento dado van a perseguir imponer su voluntad sobre el de la colectividad¹⁷⁴. Es decir, la administración no se ve sometida a intereses particulares cuando va a ejecutar sus decisiones.

c. La autotutela administrativa, es un principio que de todas maneras se ve sometido a los principios de legalidad y del debido proceso, por lo tanto, la arbitrariedad o el despotismo están ausentes al interior de la misma.

d. La autotutela no opera cuando la administración actúa como ente privado, sin embargo, puede acudir a los medios ordinarios de carácter judicial para hacer valer sus derechos.

e. La autotutela implica que la Administración Pública no necesita de un tercero (el juez) para declarar sus derechos o hacerlos valer aún por la fuerza.

G. El principio de autotutela administrativa desde la óptica del administrado.

Luego de analizar el tema de la autotutela administrativa, se hace oportuno realizar una reflexión, en torno al administrado, sobre todo teniendo en cuenta el plano de desigualdad en que se encuentra, ya que como veíamos, a la administración le basta con declarar sus derechos y hacerlos efectivos aún mediante la fuerza, sin

¹⁷⁴ El fenómeno de las facciones fue definido por el profesor James Madison, líder intelectual de la independencia de Estados Unidos, así: “Por facción entiendo un número de ciudadanos equivalente a una mayoría o minoría dentro del todo, quienes están unidos y actúan movidos por un impulso pasional, o por un interés adverso a los derechos de los demás ciudadanos o a los intereses agregados de la comunidad”. Madison Writings, editado por Jack N. Rakove, El Federalista, No 51.

necesidad de acudir a un Juez, al paso que al administrado le toca necesariamente acudir ante la Jurisdicción para que se puedan declarar sus derechos a su favor y hacerse efectivos si es del caso. El Profesor Jean Rivero explica la carga anotada en cabeza del administrado, de la siguiente manera:

[...] el contencioso de la administración nace de la contestación por un administrado acerca de lo bien fundada de una decisión tomada por una autoridad administrativa, o del perjuicio que este le haya causado y por el cual solicita reparación. El recurso es el que pone en marcha el mecanismo contencioso, es la voluntad de obtener del juez el restablecimiento de la situación jurídica que la decisión desconoció o la reparación de un perjuicio imputable a la acción administrativa lo que lleva al justiciable a acudir al juez.¹⁷⁵

Ahora bien, de la cita doctrinal transcrita se desprende que la existencia del contencioso administrativo prácticamente se debe al administrado, es decir, él es quien pone a funcionar el aparato judicial para que este declare y haga efectivos sus derechos, vulnerados por el actuar de la Administración Pública. Por lo tanto, la jurisdicción contencioso administrativa juega un papel preponderante en lo que tiene que ver con la aminoración del porcentaje de desigualdad que genera el principio de autotutela entre administrado y administración. Aún más, al interior del mismo, administración y administrado están en un plano de igualdad frente al juez de la causa, y es por esto que con el advenimiento de la Constitución del 91 se ha tratado de equilibrar las cargas dándole herramientas judiciales a los administrados para que los derechos a su favor sean reconocidos por la administración pública.

Es así como el administrado, además de los instrumentos jurídicos tradicionales para controvertir los actos administrativos por vía judicial (como lo son las acciones de nulidad, la contractual o la electoral), tiene otras tres figuras que frente a las decisiones administrativas y al interior de un marco jurídico preciso (sin demagogia y populismo), se tornan en mecanismos jurídicos de suma importancia. Estos mecanismos son la acción de tutela, la acción de cumplimiento y la acción popular. Estas “superacciones” deben ser respetuosas de nuestro sistema de derecho contencioso administrativo, so pena de generar, con su uso y abuso, graves perjuicios para nuestro ordenamiento jurídico. La forma como deben operar frente al principio de la autotutela administrativa se pasará a explicar en las líneas siguientes:

¹⁷⁵ Historia y Perspectivas en Francia y América Latina, memoriales del coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado, Bogotá, Edit. Temis, 1999, págs. 353 y ss.

1. La acción de tutela

Este instrumento jurídico es de trascendental importancia para disminuir el poder exorbitante de la autoridad administrativa, tal como lo explica el doctrinante José Gregorio Hernández Galindo, de la siguiente manera:

La acción de tutela es incoada contra quien vulnera o puede vulnerar derechos fundamentales. En principio, el sujeto pasivo de ella es quien ejerce autoridad, lo que implica, en términos usados por la Corte Constitucional (Sentencia C-543 de octubre 1º /92), aptitud o potestad de mando o decisión.

En efecto, la autoridad comporta, en mayor o menor medida, ejercicio de poder, y el procedimiento plasmado en el artículo 86 de la Constitución busca disminuir el evidente desequilibrio de fuerzas existente entre quien ejerce el poder y la persona que, sujeta a sus determinaciones, se encuentra indefensa.¹⁷⁶

Sin perder de vista lo anterior, se puede afirmar que siempre que estén inmiscuidos derechos fundamentales y se trate de evitar un perjuicio irremediable, se podrá solicitar la suspensión de los efectos jurídicos de los actos administrativos definitivos de carácter particular y concreto, habida cuenta que frente a los mismos opera la acción de nulidad y restablecimiento del derecho como medio de defensa judicial principal. Así lo explica el profesor Gustavo Penagos de la siguiente manera: “La acción de tutela tiene por finalidad, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución y la ley que la desarrolla, suspender la aplicación del acto concreto que amenace o vulnere un derecho constitucional fundamental”¹⁷⁷.

Sería el caso, por ejemplo, de que la administración ordene la demolición de una vivienda construida ilegalmente en propiedad privada, donde habitan ancianos o menores de edad en precarias condiciones de salud, que en un momento, de manera inminente puedan perder su vida por la demolición de su hogar y el impacto de verse a la intemperie. En este caso, podrían unirse factores síquicos y fisiológicos que en un evento concreto darían al traste con la vida humana. Obviamente, todas estas eventualidades deberán ser probadas por el tutelante para poder ver adelante su pretensión de que se suspenda la ejecución del acto administrativo que ordenó la demolición, por la posible configuración de un perjuicio irremediable.

A propósito del concepto de perjuicio irremediable, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-531 de 1993, declaró inexecutable el inciso final del

¹⁷⁶ Poder y Constitución, Editorial Legis, página 374.

¹⁷⁷ El Acto Administrativo, Tomo 1, Parte General, Séptima Edición, Página 619, Ediciones El Profesional.

numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 que lo definía como aquel que luego de su configuración, la que se torna en inminente y actual, solo se repara a través de una indemnización¹⁷⁸. Como consecuencia de la inexequibilidad anotada, la Corte se vio obligada a fijar una línea jurisprudencial que le diera contenido al perjuicio irremediable, así:

Únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea (a) cierto e inminente – esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia que dicho bien o interés tiene para el afectado, y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable.¹⁷⁹

Sobre la acción de tutela tendiente a inaplicar actos administrativos con el objeto de evitar un perjuicio irremediable, el Dr. José Gregorio Hernández Galindo, explica que tal inaplicación no debe confundirse con la suspensión provisional, toda vez que en estos casos no importa si el acto administrativo es ilegal o no y, por otro lado, la inaplicación de la decisión puede ser concomitante con la suspensión provisional en el contencioso, porque los dos procesos pueden surgir de manera paralela, veamos:

El Decreto 2591 reitera el principio constitucional de la subsidiariedad y obliga a quien ha obtenido la protección judicial transitoria en el caso del perjuicio irremediable a formular demanda ordinaria dentro de los cuatro meses siguientes al fallo de tutela, advirtiendo que si no se instaura tal acción, cesaran los efectos del amparo.

Dice la norma –eso sí- que cuando se utilice la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, puede ejercerse conjuntamente (al tiempo) con la acción de nulidad y con las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos –añade- el juez si lo estima procedente podría ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

¹⁷⁸ El profesor Santofimio Gamboa, se refiere al respecto de la siguiente manera: “Con la intención de proporcionar elementos para su determinación el Decreto Reglamentario 2591 de 1991 (art. 6.1) entiende por irremediables todos aquellos perjuicios que solo pueden ser reparados en su integridad mediante una indemnización. Es decir, aquellos que implican un restablecimiento en los derechos personales subjetivos”. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, Página 699.

¹⁷⁹ Sentencia T-719 de 2003.

Se ha consagrado así una institución muy propia de la tutela, que no pretende sustituir ni reemplazar la suspensión provisional de los actos administrativos, como algunos lo han sostenido erróneamente, ya que, como bien lo ha expresado la Corte Constitucional, la inaplicación del acto se tiene en concreto, en el evento y las circunstancias específicas, sin afectar la vigencia o validez del mismo, que queda sujeta, desde luego, a la decisión del Contencioso Administrativo sobre suspensión provisional. Se trata, apenas, como lo señala con claridad la letra misma del precepto transcrito, de evitar que en el caso singular de la persona no se aplique al acto particular respecto de la situación jurídica concreta”.¹⁸⁰

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar sin temor a equívoco que el Juez de Tutela puede inaplicar el acto administrativo y el Juez Contencioso negar la suspensión provisional de tal decisión administrativa, habida cuenta que el Juez Contencioso debe circunscribirse a unas causales contempladas expresamente en el artículo 152 del CCA al paso que en sede constitucional, basta con que los efectos de la decisión amenacen con vulnerar un derecho fundamental para que se ordene su inaplicación, sin importar si la decisión es legal o ilegal. El Doctrinante Jaime Orlando Santofimio Gamboa, al comentar la sentencia SU-039 del 3 de febrero de 1997, M.P.: Antonio Barrera Carbonell, se manifiesta en el sentido que acabamos de exponer, así:

Desde esta perspectiva la Corte concluye que la acción de tutela transitoria puede darse simultáneamente con la acción contenciosa sin importar si en esta última se ha solicitado la suspensión provisional. La acción de tutela prevalece sobre la acción contenciosa administrativa, no pudiendo quedar anulada o limitada por la circunstancia de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se haya pronunciado adversamente sobre la petición de suspensión provisional. El juez de tutela puede decretar la suspensión provisional de un acto administrativo sobre la base de la prevalencia de los derechos fundamentales.¹⁸¹

También es viable que mediante la acción de tutela, y de forma definitiva, se solicite la suspensión o inaplicación de los efectos jurídicos de actos administrativos incontrovertibles en vía jurisdiccional, siempre y cuando se observe la vulneración de un derecho fundamental mediante su ejecución. Este es

¹⁸⁰ HERNANDEZ GALINDO, Jose, Poder y Constitución, Editorial Legis, Páginas 385 y 386.

¹⁸¹ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, Páginas 710 y 711.

el caso de los actos administrativos de trámite, preparatorios o de ejecución,¹⁸² e incluso de los actos administrativos legales, habida cuenta, se reitera, que el juez de tutela no está facultado para hacer juicios de legalidad¹⁸³. Un ejemplo de acto administrativo no susceptible de control jurisdiccional y por ende controlable a través de la acción de tutela, es la decisión que suspende provisionalmente a un funcionario de su cargo al interior de un proceso disciplinario, ya que esta no cuenta con control judicial ante la jurisdicción administrativa¹⁸⁴.

Lo que si nos debe quedar muy claro es que la acción de tutela es improcedente para inaplicar actos administrativos de carácter general, toda vez que por sí solos no tienen la virtualidad de vulnerar derechos fundamentales, habida cuenta que son generales, impersonales y abstractos, requiriendo necesariamente de actos administrativos particulares y concretos que los apliquen. Estos últimos si pasibles de la acción en comento. Así se ha pronunciado la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

Quando el enunciado de la norma jurídica consagra situaciones genéricas y comprende un conjunto indefinido de sujetos, a ella sometidos, por un precepto de mandato o prohibición, que son determinables mediante la aplicación de predicados que la misma fórmula en términos de características abstractas, se dice que se trata de un acto regla o general. Por su propia naturaleza, el acto de este linaje no crea situaciones jurídicas subjetivas y concretas y, por lo mismo, tampoco puede lesionar por sí solo derechos de esta índole, que es lo que la Constitución y la ley requieren para que la acción de tutela sea viable, por cuya virtud, en consecuencia, esta no procede.¹⁸⁵

A pesar de lo expuesto por la Corte Constitucional, ella misma ha generado una posible excepción a la imposibilidad de impetrar acciones de tutela contra actos

¹⁸² La Corte Constitucional, en sentencia SU-039, 3 de febrero de 1997, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, expuso que la tutela procede como mecanismo definitivo cuando el afectado no cuenta con acción contenciosa.

¹⁸³ “Ahora bien, la Corte Constitucional, en fallo T-203 del 26 de mayo de 2003, C.P.: José Gregorio Hernández Galindo, clarifica que esta modalidad de suspensión no comparte la misma naturaleza de la regulada en el Código Contencioso Administrativo. En estos casos no se hace un juicio de legalidad. Ante todo, le corresponde al juez de tutela analizar la situación de hecho en la cual puede hallarse una persona frente a un acto cuya aplicación concreta implique, en su caso, efectos inmediatos e irremediables que vulneren sus derechos constitucionales fundamentales”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 702 y 703.

¹⁸⁴ Ver: Corte Constitucional, Sentencia T-1012 de diciembre 7 de 2010, Magistrada Ponente: María Victoria Calle.

¹⁸⁵ Corte Constitucional, Sala de Revisión No 7. sentencia de junio de 1992, exps. T-225 a T-400, M.P.: Jaime Sanín Greiffenstein.

administrativos de carácter general. Cuando se está en presencia de un perjuicio irremediable. Desde nuestro punto de vista, esta excepción debe ser manejada con mucho cuidado por el Juez de tutela, sobre todo en lo que tiene que ver con los requisitos para la configuración del perjuicio irremediable, en caso contrario, poner en tela de juicio la potestad reglamentadora de la administración pública a través de esta vía judicial, podría atentar contra los principios de la función administrativa. Sobre este punto la Dra. Catalina Botero Marino nos ilustra sobre el particular:

Respecto a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos de carácter general, baste mencionar por ahora, que la tutela procede excepcionalmente, cuando se demuestra que en el caso concreto, la aplicación o ejecución del acto general viola o amenaza un derecho fundamental, por lo que se hace necesaria y urgente la protección para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. (Sobre la procedencia excepcional de la tutela contra actos de carácter general, impersonal y abstracto, puede verse: Corte Constitucional, Sentencias T-925/04; T-964/04; SU-389/05.).¹⁸⁶

Por último, es necesario resaltar el talante de subsidiario del mecanismo, cuando se utiliza con el objeto de inaplicar los efectos de actos administrativos definitivos de carácter particular y concreto, sin importar si el tutelante discute la legalidad de la decisión, lo cual es indiferente para el Juez de Tutela, tal como se ha venido explicando. Por tanto, se ha precisado por la jurisprudencia que tal acción solo puede ser interpuesta dentro del término de caducidad de la acción, que para el caso es la de nulidad y restablecimiento, esto es, cuatro meses contados a partir del día siguiente de la notificación, comunicación o ejecución (art. 136, numeral 2 del CCA). Exigencia que la encontramos lógica, porque una acción ejercida cuatro meses después de la publicitación de la decisión, no puede ser entendida como un mecanismo idóneo para conjurar un perjuicio irremediable, el cual, por naturaleza, es inminente y debe ser protegido en forma inmediata¹⁸⁷. Aunado a que inaplicar actos administrativos definitivos de carácter particular y concreto en cualquier momento, es un atentado a la seguridad jurídica que debe imperar en el estado de derecho.

¹⁸⁶ La Acción de Tutela En El Ordenamiento Constitucional Colombiano, Editorial: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Página 58.

¹⁸⁷ “Por otra parte y tratándose de la tutela “como mecanismo transitorio” (art. 8º Dcto. 2591 de 1991), no puede ser intentada sino dentro de los términos de caducidad de la acción a la cual acompañe; así lo ha entendido el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 24 de enero de 1992, C.P. Joaquín Barreto”. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2003, p. 678.

Asimismo es importante señalar que el juez de tutela, en la parte resolutoria de la sentencia, le concede un término perentorio al titular del derecho fundamental vulnerado con el acto administrativo, para que lo acuse ante la jurisdicción contencioso administrativa, siempre y cuando haya sido la ilegalidad de esa decisión la atentatoria contra el derecho fundamental que se protege a través de la tutela como mecanismo transitorio o subsidiario. Si no lo hace pierde efectos la sentencia de tutela.

2. La acción de cumplimiento

Es importante tener en cuenta, que de conformidad con el artículo 87 de la CP y su desarrollo por la Ley 393 de 1997, se reguló esta acción con el preciso objetivo de obligar a la administración pública renuente a cumplir con los efectos jurídicos de una ley o un acto administrativo que otorgue beneficios al impugnante o a la comunidad en general.

Es necesario tener en cuenta que se habla de autoridad renuente¹⁸⁸, lo que significa, que debe existir una total abstención voluntaria a cumplir con los efectos jurídicos del acto administrativo, toda vez que, si se trata de problemas de interpretación de la normativa y por tanto de la forma como debe ejecutarse e incluso de la imposibilidad de su ejecución, no estaríamos en el plano de esta acción, sino en la de simple nulidad y restablecimiento, electoral o contractual según el caso. Para precisar un poco más esta premisa, advertiremos tres reglas de oro a tener en cuenta para la procedibilidad de esta acción respecto a los tipos de renuencia:

1. La renuencia tácita:

Este evento se presenta por el simple transcurso del tiempo, es decir, el accionante reclama el cumplimiento del deber legal o administrativo y la autoridad no contesta dentro de los diez días siguientes a la presentación de la solicitud¹⁸⁹. Sin embargo, es necesario advertir que la petición debe tener la entidad suficiente de constituir renuencia, esto es, una solicitud categórica de ejecutar una obligación normativa que no genere gastos de dar, hacer, o no hacer¹⁹⁰, solicitud especial, directa y acompañada de la advertencia expresa e indubitable de que si no se ejecuta se acudirá a la acción

¹⁸⁸ Artículo 8º, Ley 393 de 1997.

¹⁸⁹ Inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1997.

¹⁹⁰ Si se trata de una obligación que genere gastos, la acción de incumplimiento es improcedente (parágrafo del artículo 9 de la ley 393 de 1997), salvo que se disponga de registro presupuestal, tal como lo ha advertido el Consejo de Estado en innumerables ocasiones, así: “La acción de cumplimiento no procede para normas que generan gastos, empero, si es viable cuando el gasto fue incorporado en el presupuesto mediante una apropiación presupuestal”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Darío Quiñónez Pinilla, 6 de mayo de 2004, Radicación: 63001–23–31–000–2004–00051–01, Actor: Blanca Inés Mora Marín

de cumplimiento¹⁹¹. Si la petición no reúne los anteriores requisitos, por ejemplo: si se pide que se emita un concepto, se conceda un derecho o se revoque una decisión; podrán pasar 100 días y la renuencia no se constituye, aunado a que si se presenta demanda de cumplimiento con base en la misma, la jurisdicción contenciosa deberá rechazarla por falta de renuencia tácita.

Por otro lado, si se resuelve la petición después del término de 10 días que contempla la ley, desaparece la renuencia tácita, habida cuenta que la administración pública no pierde competencia para resolver a pesar de su configuración. En este evento se siguen los lineamientos generales del derecho de petición ordinario, toda vez que la ley especial guarda silencio en este aspecto.

2. La renuencia expresada de manera pura y simple:

Si se presenta una solicitud con los requisitos explicados en el numeral anterior y la administración pública, mediante acto administrativo, se niega a cumplir el deber normativo, sin ninguna explicación adicional, es decir, una negativa pura y simple (falta de motivación), no habrá problema de procedibilidad y la acción de cumplimiento será viable por ratificación explícita en el incumplimiento.

3. Acto administrativo que resuelve de fondo el asunto (renuencia motivada):

Si la respuesta a la solicitud es negativa, es decir, la administración se abstiene de cumplir el deber normativo, y expone una serie de fundamentos legales y jurídicos que sustentan tal negativa; sin importar su profundidad o precariedad, como por ejemplo que la norma está derogada o perdió su fuerza ejecutoria; la acción de cumplimiento no será procedente, y, por ende, la autoridad renuente deberá notificar o comunicar la decisión, según se trate de una decisión de carácter particular y concreto o de carácter general (artículos 43 y 44 CCA). Frente a tal renuencia justificada procederán los recursos en vía gubernativa (si se trata de un acto administrativo de carácter particular y concreto) y la acción contencioso administrativa pertinente.¹⁹²

¹⁹¹ “[...] La petición para constituir la renuencia debe formularse de forma especial, directa y con este específico propósito. El interesado debe reclamar el cumplimiento del deber legal o administrativo con miras a interponer la acción de cumplimiento, si el reclamo no es atendido”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 18 de 1997, Expediente ACU-099, Consejero Ponente: Luis Fernando Olarte Olarte. Código Contencioso Administrativo, Legis, Hojas Sustituibles, Legis, Páginas 602 y 603.

¹⁹² “[...] la Ley 393 de 1997 dispuso, en su artículo 9º, que la acción de cumplimiento sería improcedente cuando el accionante contara con otros medios de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o del acto administrativo, y si la obligación no está clara, si existen diferentes interpretaciones sobre la norma que se pretende que se cumpla, el particular afectado cuenta con otros mecanismos de defensa judicial a través de los cuales puede discutir y hacer valer sus derechos”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de octubre 17 de 1997, Expediente ACU-020, Consejera ponente: Consuelo Sarria Olcos. Código Contencioso Administrativo, Legis, Hojas Sustituibles, Página 608. No compartimos la tesis de algunas providencias del Consejo de Estado, en el sentido de que la respuesta a un derecho de petición tendiente a constituir renuencia, no genera en ningún caso un acto administrativo definitivo. Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de marzo 25 de 1999, Expediente ACU-649, Consejero Ponente: Juan Polo Figueroa. Código Contencioso Administrativo, Legis, Hojas Sustituibles, página 609.

Significa lo dicho en el párrafo anterior que para este caso, el accionante tiene otro medio de defensa judicial para hacer efectivo el cumplimiento de la norma. Por tanto, si con base en una respuesta como la anotada, se inicia acción de cumplimiento, se debe admitir la demanda, toda vez que se aplica el artículo 9 de la Ley 393 de 1997¹⁹³, pero al decidir de fondo, el juez no podrá hacer elucubraciones relacionadas con la legalidad o ilegalidad de la justificación o motivación esgrimida por la administración pública, para no cumplir con la obligación normativa, porque tales juicios son del ámbito de las acciones ordinarias tendientes a enervar la presunción de legalidad de los actos administrativos.

A pesar de lo expresado en el párrafo anterior, consideramos que el hecho de admitirse una demanda en las condiciones expuestas en este punto, atenta contra el principio de economía procesal (art. 2 de la Ley 393 de 1997), porque se le está dando vía libre a un trámite llamado a fracasar desde el principio y, se itera, la ratificación justificada en omitir el deber normativo, automáticamente hace que la acción de cumplimiento sea inútil por indebida escogencia de la acción. Es nuestro parecer que el legislador debería contemplar en estos eventos un rechazo *in limine* de la demanda.

Obviamente si no le resuelven de fondo la petición, lo que procede es la acción de tutela por vulneración de tal derecho y no la acción de cumplimiento, por ejemplo, si simplemente la autoridad se limita a responder con ambigüedades sin tocar el fondo del asunto, como cuando expresa que es incompetente, que estudiaremos su petición, etc. Lo anterior porque la solicitud para constituir renuencia comparte la naturaleza de todo derecho de petición, a pesar de que se ejercita con un fin especial¹⁹⁴.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha establecido unos requisitos para darle al escrito respectivo la virtualidad suficiente de constituir renuencia, con el objeto de que opere como un puente expedito para un eventual ejercicio de la acción de cumplimiento, así:

Para que la prueba aportada como renuencia del demandado sea aceptada, entre éste escrito y la demanda deben observarse los siguientes presupuestos:

¹⁹³ El Consejo de Estado advierte que cuando se presentan los eventos contemplados en el artículo 9º de la ley 393 de 1997, no se debe rechazar la demanda. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 14 de agosto de 2003, Consejero Ponente: Dr. Germás Rodríguez Villamizar, Rad. 11001-03-15-000-2003-00470-01.

¹⁹⁴ El profesor Santofimio Gamboa sobre la naturaleza de la solicitud para constituir renuencia, expresa lo siguiente: “Se trata de un especial ejercicio del derecho de petición que busca fundamentalmente brindarle la última oportunidad a la autoridad pública o al particular que ejerza funciones de esta naturaleza, para que haga ejecutoria la obligación exigible contenida en la ley o el acto administrativo”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. Op. cit., p. 734.

- a) Que coincidan en el escrito de renuencia y en la demanda, las normas o actos administrativos calificados como incumplidos,
- b) que sea idéntico el contenido de lo pretendido ante la administración, a lo planteado ante la jurisdicción en ejercicio de la acción de cumplimiento,
- c) que quien suscribe la petición de renuencia sea el actor del proceso y,
- d) que la entidad a la cual va dirigida la petición previa sea la misma que se demanda en la acción de cumplimiento,
- e) que la autoridad a quien va dirigido el escrito se haya ratificado en el incumplimiento del deber legal o administrativo reclamado, o haya guardado silencio frente a la solicitud.¹⁹⁵

Del aparte jurisprudencial transcrito se puede colegir que lo referido en los literales a, b, c y d se dirigen a generar una conexidad entre lo expuesto en sede gubernativa y lo ha ejecutar en sede jurisdiccional. En cuanto al literal e, debe ser entendido en la forma como fue expuesto cuando expusimos los tipos de renuencia.

Solo existe un evento en que se puede iniciar una acción de cumplimiento sin el requisito de la renuencia, y es cuando el incumplimiento de la norma genera un inminente peligro de sufrir un perjuicio irremediable en cabeza del accionante (inciso 2 del artículo 8 de la Ley 393 de 1997), pero, esto debe ser algo excepcional y suficientemente probado en el proceso. Es decir, siguiendo los lineamientos de la tutela, el carácter subsidiario de la acción de cumplimiento debe ceder ante un perjuicio grave e inminente para el accionante en caso de incumplimiento de la ley o del acto administrativo, sin embargo, se reitera, esta situación debe estar completamente demostrada en el expediente y no simplemente afirmada. Tal como sería el caso de un acto administrativo que reconoce el pago de una mesada vitalicia de jubilación, para lo cual se posee el registro presupuestal correspondiente y, sin embargo, la administración no efectúa los pagos correspondientes con grave detrimento patrimonial para el pensionado.

Ahora bien, como un complemento a lo anterior, debemos precisar siete eventos que impiden el ejercicio de la acción de cumplimiento, así:

¹⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejera Ponente: María Noemí Hernández Pinzón. Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 630011233100020040065301, Actor: Jaime Arcesio Cortés Giraldo, Demandado: CAJANAL, Acción de Cumplimiento–Auto.

1. La acción de cumplimiento no procede, por regla general contra actos administrativos de carácter particular y concreto que contengan una obligación clara, expresa y exigible de dar. A *contrario sensu*, la regla general es que solo proceda contra normas generales, impersonales o abstractas, tal como lo explica la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Cuando se trata de asegurar el efectivo cumplimiento de la ley material, esto es, de normas generales, impersonales y abstractas, es indudable que el instrumento de protección creado por el Constituyente –la acción de cumplimiento- es el único mecanismo directo idóneo, razón por la cual no le es permitido al legislador crear mecanismos subsidiarios o paralelos para asegurar dicho cumplimiento.

Iguales consideraciones son válidas con respecto a los actos administrativos de contenido general que por contener normas de carácter objetivo impersonal y abstracto, son equivalentes materialmente a las leyes.

[...] En otros términos, no es inconstitucional que el legislador haya considerado que la acción de cumplimiento no subsume de manera absoluta las acciones que existen en los diferentes ordenamientos procesales para asegurar la ejecución de actos de contenido particular o subjetivo.¹⁹⁶

Como consecuencia del carácter subsidiario de la acción de cumplimiento esta es improcedente, por regla general, para solicitar el cumplimiento de actos administrativos expresos de carácter particular y concreto que contengan una obligación clara, expresa y exigible de dar, habida cuenta que los mismos se pueden hacer efectivos a través de la acción ejecutiva contemplada en los artículos 488 y siguientes del CPC¹⁹⁷ Sin embargo, lo dicho no se puede esgrimir en relación con los actos administrativos fictos o presuntos, producto del silencio administrativo positivo, los cuales sí se pueden hacer efectivos a través de la acción de cumplimiento, toda vez que no contienen 44 una

¹⁹⁶ Corte constitucional, Sentencia C-193 de 1998.

¹⁹⁷ No compartimos la tesis de algunos doctrinantes, los cuales esbozan que la acción de cumplimiento procede, por regla general, para materializar los efectos jurídicos de actos administrativos de carácter particular y concreto que contengan una obligación clara, expresa y exigible. Esta es la posición, por ejemplo, del profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, quien manifiesta: “Por otra parte, en relación con la acción de cumplimiento dirigida a lograr la ejecución de un acto de contenido individual, la pretensión se orientará a que se ordene materializar la decisión creadora de la situación jurídica concreta y específica para el interesado, correspondiéndole, por lo tanto, a la autoridad judicial proferir una orden que tenga relación con esta situación específica”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. Op. cit. p. 719.

obligación expresa y por tanto, carecen de uno de los requisitos contemplados en el artículo 488 del CPC¹⁹⁸ Así mismo tampoco se puede sostener en relación con las obligaciones de hacer, tal como se aclara más adelante.

2. La acción de cumplimiento frente a actos administrativos emanados de una potestad discrecional no procede, porque no poseen una obligación clara, expresa y exigible, habida cuenta que el operador jurídico cuenta con varias opciones de conformidad con la ley, para adoptar el sentido de la decisión, lo que implica inexistencia de prestación en sentido determinado y preciso.

En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En cuanto al cumplimiento de normas con fuerza de ley o actos administrativos de contenido general que otorgan competencia a la autoridad, el título para el mandamiento es diferente, porque es la ley o el acto administrativo el que impone la obligación de ejercerlas. Sin embargo, cuando el ejercicio de estas se trata, debe distinguirse si el cumplimiento del deber que se reclama cabe dentro de la facultad discrecional del funcionario, o si su cumplimiento es obligatorio y puede concretarse en una acción determinada que pueda ser susceptible de cumplirse en el término previsto por la ley y en la forma ordenada por el juez. No caben dentro de esta posibilidad, a juicio de esta sala, las órdenes de cumplir con eficiencia las funciones propias de su competencia, no porque sea esta una obligación de todo funcionario, sino porque la orden sería tan abstracta y genérica que no se tendría eficacia distinta a una simple recomendación del juez, sin ejecutividad alguna.¹⁹⁹

Sin embargo, en materia de potestad reglamentaria, aunque en principio esta potestad es discrecional, la misma podría ser compelida a través de la acción de cumplimiento cuando la ley fija un término para ejercerla y este haya expirado. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos: “La acción de cumplimiento sí es el mecanismo idóneo para exigir del Gobierno Nacional la ejecución de leyes que le ordenen ejercer la potestad reglamentaria para lograr el respectivo desarrollo legislativo, siempre y cuando la ley le haya fijado un término para ello y el mismo haya expirado.

¹⁹⁸ Sobre la procedencia de la acción de cumplimiento en materia de silencio administrativo positivo, ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2000, exp. ACU-1309, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

¹⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 9 de octubre de 1997, exp. ACU-017, C.P.: Dolly Pedraza de Arenas.

Bajo esas circunstancias el deber legal se torna inobjetable e incontenible, entre otras razones porque no resulta improcedente a la luz de las causales legalmente establecidas en la Ley 393 de 1997²⁰⁰.

3. Cosa juzgada: La acción de cumplimiento solo procede frente acciones nuevas exigibles, no sobre las cuales ya se hubiera intentado la acción.²⁰¹ Salvo que el deber omitido se pueda exigir ante varias autoridades o en diferentes épocas.

4. La acción de cumplimiento no se puede intentar para sacar adelante la protección de un derecho fundamental en el evento de que el juez de tutela le haya negado el amparo, tal como lo advierte la Corte Constitucional en los siguientes términos:

De esta manera, cuando se ha agotado el procedimiento fijado por la Constitución y la ley para la protección de los derechos fundamentales a través de la acción de tutela, no puede invocarse otro de los mecanismos de protección, como la acción de cumplimiento o las populares o de grupo, para tratar de dejar sin efecto la decisión del juez de tutela, cuando ella no es favorable o conveniente para quién la invocó, así como tampoco a la inversa, pretender por la vía de la acción de cumplimiento obtener el amparo de derechos fundamentales.²⁰²

5. La acción de cumplimiento es viable para hacer efectivas convenciones colectivas, tal como lo ha aceptado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Con un criterio amplio de interpretación bien del artículo 87 de la Constitución a partir del cual se admita la procedencia de la acción de cumplimiento frente a actos bilaterales o bien por considerar que las convenciones colectivas son verdaderas leyes en sentido formal, es posible en principio admitir la procedencia de la acción de cumplimiento en relación con las convenciones colectivas”²⁰³.

6. La acción de cumplimiento también es procedente cuando estamos en presencia de obligaciones de hacer a cargo del Estado, tal como sucede con las que emanan de las medidas de policía como el cierre de establecimientos industriales o

²⁰⁰ Sentencia del 9 de junio de 2011, Exp. 250002324000201000629-01, C.P. Susana Buitrago Valencia (e. Aparte jurisprudencial citado por el Consejo de Estado en providencia de la Sección Quinta, Sentencia de 6 de septiembre de 2012. Radicación 76001-23-31-000-2011-01366-01. Consejero Ponente: Dr. Alberto Yepes Barreiro. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de enero de 2013, páginas 123 a 130.

²⁰¹ “Así se deduce de la parte final del artículo 7º de la ley cuando señala que la acción será improcedente “por los mismos hechos que ya hubieren sido decididos y en el ámbito de competencia de la misma autoridad”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. Op. cit., p. 725.

²⁰² Corte Constitucional, Sentencia T-173 del 17 de marzo de 1999. M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez.

²⁰³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 5 de 1999. Expediente ACU-790. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

comerciales o de casas públicas, por razones de orden público, seguridad personal, salubridad y moralidad pública o también cuando se trata de reintegrar una persona en virtud de una decisión judicial o de nombrar a una persona en un cargo de carrera luego de haber superado el concurso correspondiente.²⁰⁴ La acción ejecutiva no es procedente en estos eventos, dado que resulta inidónea para obtener el cometido que emana de la decisión que contiene la obligación de hacer, así se trate de un acto administrativo de carácter particular y concreto.

7. La acción de cumplimiento es improcedente para hacer cumplir una norma constitucional, en este evento lo viable es la acción de tutela. La acción de cumplimiento tampoco opera frente a acuerdos políticos, en este caso la acción viable es la ejecutiva contractual. Así mismo la acción de cumplimiento no cabe contra providencias judiciales, en cuyo caso la vía es la acción ejecutiva.

Conclusión: Si el Juez administrativo tiene en cuenta los parámetros estipulados anteriormente, se evitaría el uso y el abuso de las acciones de cumplimiento y se impediría que las mismas terminen desnaturalizándose en acciones ejecutivas, de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, con grave detrimento de principios como la cosa juzgada y la seguridad jurídica, reviviendo por ejemplo procesos ejecutivos finiquitados, debido a que no están sometidas a término de caducidad alguno, lo que implica estabilidad precaria de las decisiones de la administración²⁰⁵, y vulneración de los derechos adquiridos, ya que pueden ser transgredidos por cualquier persona mediante el ejercicio de este mecanismo de protección, porque la acción es popular²⁰⁶.

Solo imaginen eventos como el siguiente: una orden de demolición de un inmueble perteneciente a un particular que amenaza ruina, pero no de manera inminente según conceptos técnicos, por lo cual, la administración pública se abstiene de llevarla a cabo mientras se reubica a sus ocupantes. Qué ocurre si un tercero mediante una acción de cumplimiento, le solicita a un juez haga efectiva la demolición incumplida y este la ordena. ¿Dónde quedan los derechos de los ocupantes del inmueble?

3. La acción popular

No compartimos la tesis que en la actualidad se maneja por algunos doctrinantes y consejeros de estado de declarar nulos actos administrativos²⁰⁷ o contratos estatales a

²⁰⁴ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia ACU-1060 de diciembre 9 de 1999, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. De igual manera sentencia de veintinueve (29) de mayo de dos mil tres (2003). Radicación número: 76001-23-31-000-2002-03177-01 (AP), Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²⁰⁵ La acción de cumplimiento por regla general, no está sometida a término de caducidad. (Artículo 7° de la Ley 393 de 1997).

²⁰⁶ La acción de cumplimiento la puede ejercer cualquier persona, no necesariamente el directamente afectado con un acto administrativo que se busque cumplir (Artículo 4° de la ley 393 de 1997).

²⁰⁷ Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia

través de la interposición de este tipo de acciones (artículo 88 de la Constitución)²⁰⁸. Cuando se observe que los efectos del acto o contrato vulneran o pueden vulnerar derechos colectivos, se debe solicitar la suspensión de la operación administrativa o el juez declararla de oficio, pero en ningún momento se puede entrar a declarar la nulidad de actos administrativos o de contratos estatales. Aunque es una herramienta que busca menguar un poco la desigualdad entre el administrado y la administración por el principio que se estudia, afirmamos sin lugar a dudas que, si se permitiera anular actos administrativos o contratos estatales mediante la acción popular, se desquiciaría nuestro ordenamiento jurídico.

Con la posibilidad de declarar nulos actos administrativos o contratos estatales mediante la utilización de la acción popular se desencuaderna nuestro sistema jurídico, toda vez que desaparece la caducidad de las acciones, los derechos adquiridos se tornan en inciertos y la seguridad jurídica se transforma en un postulado en vía de extinción.

Aunque aceptamos que los efectos del acto o contrato podrían quedar suspendidos en virtud de estas acciones para evitar la vulneración del derecho colectivo o con el objeto de interrumpir su vulneración, no es este el escenario para declarar la nulidad de la decisión administrativa o del negocio jurídico y solo mediante las acciones pertinentes se podrá discutir su viabilidad o no.

Por la importancia que reviste el tema para nuestro ordenamiento jurídico, nos permitiremos abordar con un poco más de profundidad el mismo: posibilidad de anular actos administrativos o contratos estatales a través de la acción popular.

EL ACTO ADMINISTRATIVO NO PUEDE SER ANULADO EN VIRTUD DE UNA ACCIÓN POPULAR.

En este acápite expondremos una tesis contraria a la planteada por el Dr. Luis Felipe Botero Aristizabal²⁰⁹, así:

1. No hay necesidad de nulidad para inaplicar: El Dr. Botero afirma que el Consejo de Estado ha defendido una *tesis restrictiva* consistente en impedir que mediante

AP-0355, del 21 de febrero de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

²⁰⁸ Es importante aclarar que en este punto no se hace referencia a la posibilidad de declarar la nulidad de actos administrativos al interior de acciones de grupo, situación que también resulta discutible pero que trasciende del objeto que se trata en esta oportunidad. Sin embargo, se advierte que el Consejo de Estado ha aceptado la posibilidad de declarar nulos actos administrativos al interior de acciones de grupo. Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 23001233100020030065002 de marzo 7 de 2011, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Cabe anotar también que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, dispone que cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a 20 o más personas, podrá solicitarse su nulidad, si es necesaria para determinar la responsabilidad de la administración.

²⁰⁹ Acción Popular y Nulidad de Actos Administrativos, Editorial Legis, Universidad del Rosario, Serie Lex Nova.

una acción popular se puedan suspender provisionalmente los efectos jurídicos de un acto administrativo.²¹⁰

Aunque aceptamos no conocer pronunciamientos donde se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos como medida cautelar, el Consejo de Estado en innumerables pronunciamientos ha ordenado la suspensión de los efectos jurídicos de decisiones o actos administrativos, con el único objeto de interrumpir la vulneración del derecho colectivo o de impedir tal vulneración²¹¹. Por tanto, no hay necesidad de declarar la nulidad de un acto administrativo a través de una acción popular para afectar su eficacia, basta con declarar la suspensión de sus efectos jurídicos. El inciso segundo del artículo 2 de la Ley 472 de 1998, faculta al Juez Administrativo para adoptar todas las medidas tendientes a evitar el peligro contingente o la vulneración del derecho colectivo, entre las cuales puede estar la suspensión de los efectos jurídicos de un acto administrativo, *ab initio* del proceso (como medida cautelar) o en el fallo, veamos: “Las acciones populares se ejercen para evitar el *daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos*”.²¹²

En el sentido que se viene analizando también se encuentra consagrado el artículo 25 de la Ley 472 de 1998, del cual se deduce expresamente que se pueden suspender los efectos jurídicos de un acto administrativo antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso, así:

“Medidas cautelares. Antes de ser notificada la demanda y en cualquier estado del proceso podrá el juez, de oficio o a petición de parte, decretar, debidamente motivadas, las medidas previas que estime pertinentes para prevenir un daño inminente o para hacer cesar el que se hubiere causado. En particular podrá decretar las siguientes:

a. Ordenar la inmediata cesación de las actividades que puedan originar el daño, que lo hayan causado o lo sigan causando [...]”²¹³

²¹⁰ Ver: página 83 de la obra referida.

²¹¹ Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente AP-122 de octubre 19 de 2000, Magistrado Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, sentencia publicada en la Revista Mensual Tutela, Acciones Populares y de Cumplimiento, No 14 de febrero de 2001, páginas : 301 a 322. En este pronunciamiento se suspendieron los efectos jurídicos de acto administrativo mediante el cual La Alcaldía Mayor de Bogotá ordenó la instalación y puesta en funcionamiento de la unidad permanente de justicia del norte, en el inmueble situado en la calle 168 No 41-35, barrio El Toberín de la Ciudad de Bogotá, D.C.

²¹² Cursivas nuestras.

²¹³ Cursivas nuestras.

Es pertinente advertir que el juez de la acción popular, puede suspender los efectos jurídicos de un acto administrativo como medida cautelar, sin que tenga que acudir a la normativa de la suspensión provisional que regula el Código Contencioso Administrativo (art. 152 y ss.), ni a figuras como la excepción de ilegalidad²¹⁴ (art. 12, Ley 153 de 1887) o la excepción de inconstitucionalidad (art. 4º Constitución Política), toda vez que la Ley 472 de 1998 no presenta ningún vacío en este tópico²¹⁵. Además, es irrelevante denominar a tal suspensión como provisional o definitiva, habida cuenta que si es medida cautelar, durará mientras dure el proceso y si se da en la sentencia, la suspensión podrá ser definitiva o transitoria, es decir, en este último caso, permanecerá “durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo”.²¹⁶

Nótese que los apartes legales transcritos se refieren a la posibilidad de que se produzca un daño o vulneración sobre los derechos o intereses colectivos, lo cual no se puede ocasionar a través de un acto administrativo por sí solo, toda vez que es una simple orden sin impacto en el tráfico jurídico. Es necesario que aparezca la operación administrativa dañina que materializa sus efectos jurídicos. Por tanto, es impertinente que el operador jurídico se pronuncie sobre la nulidad del acto administrativo, lo que debe buscar es evitar que se produzca el daño o impedir que continúe su producción, lo cual es suficiente con la declaratoria de suspensión de los efectos jurídicos del acto administrativo o, incluso, con la orden de no operativizarlos, en caso de que no se hubiere iniciado la ejecución del mismo.

Se concluye de todo lo anterior que la normativa reguladora de la Ley 472 de 1998 ordena la suspensión de los efectos jurídicos de decisiones administrativas mediante acciones populares, cuando son susceptibles de vulnerar o vulneran derechos colectivos, tal como lo ha realizado el Consejo de Estado en sus fallos, por tanto, en una acción popular se encuentra latente la posibilidad de

²¹⁴ El Dr. Alier Hernández Enríquez considera que en un proceso iniciado en virtud de acción popular, se puede utilizar la excepción de ilegalidad para evitar o impedir la continuidad de la vulneración del derecho colectivo, lo que a nuestro modo de ver es innecesario, habida cuenta que la ley 472 de 1998 permite inaplicar actos administrativos sin necesidad de auscultar su legalidad o ilegalidad, con el único objeto de proteger un derecho colectivo. El ilustre Consejero de Estado expone su tesis de la siguiente manera: “[...]siendo el juez administrativo el contralor de la legalidad de los actos administrativos y estando encargado para inaplicarlos, cuando los encuentre ilegales, a petición de parte, o aun de oficio, en un caso concreto sometido a su consideración, no se encuentra obstáculo para que haga uso de su legítima competencia en orden a la protección eficaz y oportuna del derecho colectivo cuando de una acción popular se trate.[...]” Revista Responsabilidad Civil y del Estado, No 12 de abril de 2002, página 25.

²¹⁵ El artículo 44 de la Ley 472 de 1998 es claro en advertir que en materia de acciones populares solo se aplicarán las normas del Código Contencioso Administrativo o del Código de Procedimiento Civil en los aspectos no regulados en la misma, lo que no ocurre en materia de medidas cautelares, las cuales se encuentran normadas completamente (Artículo 25 de la Ley 472 de 1998).

²¹⁶ Artículo 11 de la ley 472 de 1998.

suspender los efectos jurídicos de las decisiones que adopte la administración pública, ya sea como medida cautelar o al emitirse sentencia de fondo, sin necesidad de declarar su nulidad.

2. La nulidad rige hacia el futuro: El Dr. Botero afirma que la acción popular también busca, en la medida de lo posible, restablecer el derecho colectivo vulnerado, lo cual, en materia de actos administrativos, solo se podría lograr mediante la nulidad de los mismos, toda vez que tal declaratoria, *per se*, implica efectos retroactivos.²¹⁷

Lo primero que hay que decir frente a esta afirmación es que la concepción jurídica de que la nulidad de un acto administrativo por sí sola tiene efectos retroactivos, es a nuestro modo de ver una concepción jurídica mandada a recoger. Ya la doctrina y la jurisprudencia han sido claras en enfatizar que la nulidad de un acto administrativo tiene efectos *ex nunc* y no *ex tunc*, con el objeto de preservar principios como la seguridad jurídica y los derechos adquiridos.²¹⁸

Por otro lado, no es necesario que el juez de una acción popular, tenga que pronunciarse sobre la legalidad de un acto administrativo y declarar su nulidad, para poder “tocar” situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la decisión administrativa, con el objeto de restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible. Es evidente que el artículo 2 de la Ley 472 de 1998 no establece este requisito por ningún lado (declarar la nulidad de un acto administrativo), y donde la norma no dice nada y es clara en su tenor literal, al interprete no le es dable decirlo, porque se convertiría en legislador. Veamos: “[...] o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible.”

Como corolario, es perfectamente viable que el Juez de la acción popular se pronuncie sobre situaciones consolidadas con el objeto de restituir las cosas a su estado anterior, sin necesidad de declarar la nulidad (se reitera), de actos administrativos de carácter general o particulares que impongan cargas o

²¹⁷ “[...] en este artículo (se refiere al artículo 2 de la Ley 472 de 1998) se consigna el mandato que autoriza al juez a “restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible” como una primera facultad general que refuerza la tesis garantista, ya que el primer efecto reconocido al pronunciamiento anulatorio es esa retrotracción de los efectos del acto cuestionado”. Página 88 de la obra referida. –Lo que está entre paréntesis es nuestro–.

²¹⁸ “[...] los efectos de la nulidad tan solo pueden ser hacia el futuro, esto es, a partir del momento en que la providencia respectiva quede en firme. Consideramos que esta es la posición dominante e nuestra jurisprudencia. Se trata de una tesis de avanzada jurídica, que no puede ser desconocida y que eventualmente protegería a todos aquellos que de alguna manera obtuvieron derechos o situaciones jurídicas concretas durante el tiempo en que estuvo vigente la norma declarada nula”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit. p. 304

sanciones, sin embargo, se advierte, por ningún motivo podrá restituir las cosas a su estado anterior frente a actos administrativos de carácter particular y concreto que reconozcan derechos a particulares de buena fe.

Si observamos el aparte legal transcrito anteriormente, se observa que se podrán restituir las cosas a su estado anterior, siempre y cuando ello fuere posible, lo cual, en materia de derechos adquiridos con justo título es, por regla general, jurídicamente imposible, salvo que se haga necesaria la retrotracción por el interés público o social previa indemnización (artículo 58 de la Constitución Política). Esta retrotracción sobre derechos adquiridos con justo título por la razón antes expuesta, se debe realizar necesariamente a través de un proceso de expropiación, ya sea por vía administrativa o por vía judicial, por expreso mandato de la Constitución Política (último inciso del artículo 58 de la Carta Magna), por tanto, sería inconstitucional que por vía de acciones populares se expropiaran derechos adquiridos con justo título, aunado a que por tal vía no es posible perseguir indemnización de ninguna clase, toda vez que la acción regulada en el artículo 88 de la Carta solo ofrece una reparación *in natura* o restitutoria.²¹⁹

Por otro lado, la imposibilidad de reparación del daño a través de indemnizaciones, también impide que la administración pública pueda perseguir lucro cesante o daño emergente por medio de la acción popular. Por ejemplo: si se trata de un acto administrativo que le reconoció prestaciones periódicas de carácter indefinido a una serie de personas que actuaron de mala fe y mediante maniobras fraudulentas engañaron a la administración para obtener las mesadas, esta no podrá, invocando el derecho colectivo de la moralidad administrativa, buscar a través de una acción popular, que le reembolsen los dineros pagados indebidamente. En este evento deberá acudir a la acción de reparación directa, si revoca el acto administrativo, o a la acción de nulidad de su propio acto y restablecimiento del derecho con reparación del daño, si no lo revoca.²²⁰

²¹⁹ Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Bogotá, 1º de noviembre de 2001, Radicación: 25000-23-27-000-2000-0111-01 -AP-031-

²²⁰ Sobre este evento traído como ejemplo, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los términos que exponemos, así: “Se declarará la nulidad del artículo tercero en lo pertinente a la orden de reembolso de las sumas canceladas por concepto de la pensión de jubilación, pues en este evento tales sumas solo serán pasibles de ser recuperadas por la administración a través del ejercicio de las acciones contenciosas pertinentes, como lo es en este caso la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, o en el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando la administración demanda su propio acto ilícito.

Lo anterior, por cuanto el acto de revocación es una decisión administrativa que rige hacia el futuro. En esa medida, la recuperación de los dineros indebidamente pagados solo es posible lograrlo por conducto del juez, que es el competente para definir bien el restablecimiento del derecho y/o la reparación del daño o este solamente, según se trate de la acción contenciosa que sea precisa instaurar”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Bogotá D.C. 16

3. La jurisdicción no es competente: El Dr. Botero afirma que el juez administrativo frente al cual se impetire una acción popular contra una entidad pública o un particular que ejerce funciones administrativas (artículo 15 de la Ley 472 de 1998), es competente para pronunciarse sobre la nulidad de actos administrativos, toda vez que al pertenecer a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, por su sola investidura está facultado para hacer dicha declaración.²²¹

Este argumento es el más débil y *flojo* para defender la *tesis garantista*, como él mismo titula a la posibilidad de anular actos administrativos a través de acciones populares. Si eso fuera así, entonces a través de la acción de reparación directa se podrían anular actos administrativos porque el juez de la causa es administrativo, o mediante una acción de cumplimiento se podrían anular actos administrativos por que el Juez es administrativo.

No, la incompetencia de anular actos administrativos en sede jurisdiccional contencioso administrativa al interior de un proceso iniciado en virtud de una acción popular, radica en que el legislador por ningún lado estableció esa posibilidad, a lo que se suma que las competencias en el contencioso administrativo son absolutas e improrrogables²²². Y es lógico que no la hubiera consagrado, toda vez que anular un acto administrativo en una acción popular no ofrece ninguna utilidad en materia de protección de derechos colectivos.

En efecto, tal como se explicó en los numerales anteriores, la sola declaratoria de nulidad de un acto administrativo, no implica la restitución de las cosas a su estado anterior, como erradamente lo afirma el Dr. Botero, en la obra que se critica, habida cuenta que tal declaratoria tiene efectos *ex nunc* o hacia el futuro. Y, por otro lado, aunque la nulidad es una de las causales de pérdida de fuerza

de julio de 2002. Rad: 23001-23-31-000-1997-8732-02 (IJ 029) Importancia Jurídica. Actor: José Miguel Acuña Cogollo. Publicada en Revista Jurisprudencia y Doctrina, Legis, de noviembre de 2002, páginas 2490 y siguientes.

²²¹ “Aceptar que a través de la acción popular sí se puede anular un acto administrativo como se dejó sentado, no implica vulnerar el principio de competencia judicial, pues precisamente la jurisdicción contencioso administrativa, en cabeza del Tribunal Administrativo (que conoce de las acciones y omisiones de las autoridades públicas) es el que estaría calificando la validez del mismo”. Página 93.

²²² El profesor Devis Echadía explica sobre el particular: “Cuando el interés público prima, lo que es regla general, las normas sobre competencia tienen carácter imperativo y entonces nos hallamos ante la competencia absoluta o improrrogable. En este caso los particulares no pueden, ni aún poniéndose de acuerdo, llevar el negocio a conocimiento de juez diferente. [...] En materias penales, laborales, contencioso administrativas, fiscales y aduaneras, es siempre improrrogable. La jurisdicción es también siempre improrrogable”. Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, décima tercera edición, 1994, Biblioteca Jurídica Dike, página 138. Por tanto, mediante la solicitud de nulidad de un acto administrativo a través de una acción popular, no adquiere competencia al juez para anularlo. Esta debe estar expresamente contemplada en la ley procesal contencioso administrativa, posibilidad que la Ley 472 de 1998 no contempla en ninguna parte.

ejecutoria de las decisiones unilaterales de la administración pública (art. 66 del CCA), el Juez bajo el amparo de una acción popular puede dejar sin efectos un acto administrativo sin necesidad de declarar la nulidad del mismo. En otras palabras: la legalidad o ilegalidad, existencia o inexistencia de un acto administrativo, son aspectos que en la mayoría de los casos son superfluos e irrelevantes en materia de acciones populares, toda vez que no ofrecen ninguna respuesta por si solos para proteger derechos colectivos. A *contrario sensu*, la obligación de declarar la nulidad de un acto administrativo para afectar la fuerza ejecutoria de la decisión o para restituir las cosas a su estado anterior, resulta un deber o requisito contrario a la Ley 472 de 1998, normativa que por ningún lado exige del cumplimiento de tal obligación, para realizar su objeto.

4. Los juicios de legalidad deben ser excepcionales al interior de una acción popular: lo anterior no quiere decir que esté proscrita la posibilidad de que el juez popular pueda analizar y pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos, habida cuenta que la operación administrativa que vulnera el derecho colectivo puede estar fundada en una decisión administrativa contraria a derecho y tal contrariedad ser la causa eficiente de la amenaza o la realización del daño. Por ejemplo: mediante una acción popular se podría inaplicar un acto administrativo que busque adjudicar un contrato estatal con transgresión flagrante de todos los principios regulados en la Ley 80 de 1993 (interés general, planeación, transparencia, escogencia objetiva, etc.) y cuyo valor sea de proporciones escandalosas, a tal punto que tendría la entidad suficiente de poner en jaque las finanzas públicas; inaplicación que procuraría proteger y evitar la vulneración de derechos colectivos como la moralidad administrativa o el patrimonio público.

Consideramos que la posibilidad que tiene el juez de hacer juicios de legalidad sobre actos administrativos en una sentencia que desata una acción popular, debe ser excepcional y solo en eventos estrictamente necesarios, donde la vulneración del derecho colectivo mediante la operación administrativa esté ligada a la ilegalidad del acto, habida cuenta que, en caso contrario, podría perder el “norte” y terminaría en una verdadera “cacería de brujas”, tipificando causales invalidantes que no tendrían ninguna incidencia en el derecho colectivo a proteger. El Consejo de Estado ha sido enfático en afirmar que la legalidad de un acto administrativo en acción popular, solo podrá ser discutida cuando dicha ilegalidad sea la causa directa de la amenaza o violación de un derecho colectivo.²²³

²²³ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., dieciséis (16) de febrero de dos mil seis (2006), Radicación número: 15001-23-31-000-2003-01345-01 (AP), Actor: Gustavo Antonio Romero Álvarez, Demandado: Asamblea y Gobernación del Departamento de Boyacá, Referencia: Impugnación contra providencia de 27 de enero de 2005, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Acción Popular.

Tales juicios tendrán como único objetivo inaplicar la decisión administrativa.

En estos eventos, la sentencia deberá ordenar a los “interesados” de acuerdo al objeto *litis*, que inicien la acción de nulidad y restablecimiento del derecho cuando se afecten derechos subjetivos (siempre y cuando se esté dentro del término de caducidad) o la acción de simple nulidad tendiente al restablecimiento del orden jurídico abstracto. Esto porque las acciones ordinarias diseñadas para controvertir la legalidad de actos administrativos, poseen atributos sustanciales y procesales de los cuales carece la acción popular, lo que hace que esta se torne en una herramienta inútil para dar respuesta a las múltiples consecuencias que generaría la posibilidad de realizar un juicio de legalidad formal sobre una decisión de la administración pública. Ejemplos de los mencionados atributos serían entre otros los siguientes: debe existir un acápite de normas violadas y concepto de la violación en el libelo (numeral 4º del artículo 137 del CCA), lo cual facilita el derecho de defensa y el debido proceso de la autoridad que profirió el acto administrativo; en la de restablecimiento se puede dar la reparación del daño mediante indemnización de perjuicios (artículo 85 del CCA) o el llamamiento en garantía con fines de repetición (artículo 19 de la Ley 678 de 2001); en la acción reparadora es viable la conciliación judicial sobre los efectos económicos del acto (artículo 71 de la Ley 446 de 1998); en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es viable la prejudicialidad, cosa inoperante en la acción popular, etc.

Teniendo en cuenta lo expuesto en el párrafo anterior, aceptamos que se podría dar el evento de que el juez en la acción popular inaplique el acto administrativo y el juez contencioso, a su turno, no lo anule, sin embargo, esto no es problema, habida cuenta que sería un acto administrativo que perdió su fuerza ejecutoria más no su existencia y validez. En el mundo jurídico encontramos decisiones que están en esta especie de limbo jurídico, pero no generan ningún detrimento en nuestro ordenamiento jurídico, tal como acontece con las decisiones que conceden vacaciones, una vez disfrutadas, el acto administrativo pierde fuerza ejecutoria, más no existencia o validez.

5. Anormalidades jurídicas en caso de darle viabilidad a la nulidad de actos administrativos en acciones populares: Ahora bien, si se permitiera la posibilidad de declarar nulos actos administrativos a través de acciones populares, se presentarían las siguientes anomalías jurídicas, con consecuencias altamente nocivas para nuestro sistema jurídico, así:

a. Se burlaría la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho con grave detrimento para la seguridad jurídica, toda vez que se podrían declarar nulos actos administrativos y restablecer derechos, sin ninguna certeza de las situaciones jurídicas ya consolidadas.

El Dr. Botero, señala que el juez popular, en cada caso concreto, deberá establecer qué valor privilegia: si el de los derechos colectivos o el de la estabilidad jurídica. Lo cual a nuestro modo de ver no es un problema de privilegio. Permitirle al juez de una acción popular *llevarse por delante* derechos adquiridos, bajo el supuesto de la protección de un derecho colectivo, es abrir una puerta gigantesca a la arbitrariedad y despotismo con grave detrimento del estado de derecho. Piénsese por ejemplo que bajo el amparo de la moralidad administrativa se obligara a devolver prestaciones pagadas a particulares de buena fe, o que se expropiaran bienes adquiridos con justo título sin indemnización previa. ¿Dónde quedaría la certeza de los derechos adquiridos y la protección del Estado a la propiedad privada?

El Dr. Botero, para respaldar su tesis, trae a colación la sentencia de la Corte Constitucional en la cual se permite demandar en acción de nulidad un acto administrativo de carácter particular²²⁴. Lo que olvida el doctrinante es que la Corte fue enfática en señalar que si se utiliza esta acción en contra de actos administrativos de carácter particular y concreto, las situaciones consolidadas bajo la vigencia del mismo se deben mantener incólumes, veamos:

Así mismo, en aras de la certeza y seguridad jurídica, habrá de aclararse que cuando no se promueva la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de caducidad fijado en la ley, y se demanda un acto de contenido particular y concreto a través de la acción de simple nulidad, la sentencia que acoge la pretensión de nulidad del acto no abre la posibilidad para que el sujeto afectado pueda entrar a solicitar la reparación del daño antijurídico derivado de dicho acto. En realidad, el hecho de que no se haya reclamado en tiempo el reconocimiento de una situación jurídica individual afectada por un acto administrativo, impide de plano que pueda utilizarse el contencioso de simple anulación como medio para revivir nuevamente la posibilidad de reclamar, por vía judicial, el restablecimiento del derecho presuntamente afectado.²²⁵

b. Exigirle al juez de la causa en una acción popular que para poder tocar los efectos jurídicos de un acto administrativo (operación administrativa), debe previamente declarar la nulidad del mismo, es un asunto a todas luces que riñe con la naturaleza misma de la acción popular.

El autor en la obra que criticamos, trae todo un capítulo tratando de tipificar la violación de un derecho colectivo dentro de las causales invalidantes de los actos

²²⁴ Página 100 de la obra que se critica.

²²⁵ Sentencia C-426 de 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, Bogotá (D.C.), 29 de mayo de 2002. Publicada en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de Legis de noviembre de 2002, páginas 2512 y siguientes.

administrativos, lo cual, como él mismo lo admite, en algunos de los aspectos de la disertación (diferencia entre interés general e interés colectivo)²²⁶, es un galimatías de enormes proporciones. Es meter al juez en una camisa de once varas, con grave detrimento para el derecho colectivo que pretende proteger, habida cuenta que si no logra tal tipificación, no podrá declarar la nulidad de la decisión y, por ende, no podrá impedir la ejecución de la misma y restituir las cosas, si fuere posible, a su estado anterior.

Piénsese por ejemplo, a propósito de lo expuesto por el doctrinante²²⁷, si la acción de simple nulidad opera para restablecer el orden jurídico abstracto, lo cual es un asunto de interés general, ¿será que ese mismo asunto es de interés colectivo?, ¿será que interés general e interés colectivo se equiparan? El juez podría agotar páginas y páginas de la providencia que resuelve una acción popular donde está inmerso un acto administrativo, tratando de responder los interrogantes antes expuestos y, sin embargo, a nuestro modo de ver, resultaría impertinente y superfluo tal esfuerzo en relación con el derecho colectivo a proteger. A lo que se suma que se presentaría la grave posibilidad de desatender las pretensiones de la demanda ante la imposibilidad de tipificar la causal invalidante que anularía el acto administrativo. Además, para nosotros, la lesión de un derecho colectivo no es una causal invalidante del acto administrativo, toda vez que se presenta después de que se profiere como consecuencia de la operación administrativa que materializa o puede materializar sus efectos jurídicos, tal como se explica en el siguiente literal.

c. El juez de la acción popular se debe concentrar en la operación administrativa y dejar a un lado la legalidad o ilegalidad del acto administrativo (hacer juicios de legalidad en torno al acto administrativo mediante este procedimiento debe ser algo excepcional como ya se explicó), en caso contrario se incurriría en conclusiones equivocadas, como la que señala el Dr. Botero en los siguientes términos: “No toda ilegalidad de un acto administrativo implica la lesión de un derecho colectivo, pero toda lesión de un derecho colectivo sí implica la ilegalidad del acto administrativo cuando el efecto producido por el acto es causa adecuada de la lesión”²²⁸.

Lo que ocasiona la lesión del derecho colectivo no es el acto administrativo sino la operación administrativa. Las causales invalidantes de los actos administrativos se presentan en la actuación administrativa y no en la operación administrativa, la cual se produce una vez queda en firme el acto administrativo. En otras palabras,

²²⁶ El Dr. Botero Aristizábal señala: “Basta entonces enfatizar que la relación de los intereses colectivos con los intereses generales en derecho colombiano resulta más confusa de explicar que resolver juntos los siete problemas matemáticos del milenio propuestos por el instituto Clay”. Página 130.

²²⁷ Páginas 122 y siguientes de la obra que se critica.

²²⁸ Página 132.

una operación administrativa no genera la ilegalidad del acto administrativo. Por ejemplo: si se profiriere una licencia de construcción con respeto al principio de legalidad, es decir, previo estudio de las condiciones topográficas del terreno y del impacto ambiental, entre otros aspectos legales. Y durante la ejecución de la obra se encuentra que hay un tesoro arqueológico, a tal punto que, si se siguiera con las excavaciones, se deterioraría con grave detrimento para el patrimonio cultural de la Nación. En este caso nos preguntamos: ¿Qué tiene que ver el encuentro durante la ejecución de la obra del tesoro arqueológico con la legalidad del acto administrativo? Y ¿Si los beneficiarios de la licencia de construcción hacen caso omiso de tal encuentro y continúan la obra destruyendo el patrimonio cultural de la Nación, será que este actuar invalida el acto administrativo?

Buscar vicios invalidantes del acto administrativo en la operación administrativa es una manera de confundir la naturaleza de dos instrumentos jurídicos a través de los cuales actúa la administración pública y que la jurisprudencia viene decantando desde 1961²²⁹. Si se aceptara la tesis expuesta por el autor que se crítica, se presentaría en nuestra disciplina un retroceso de innumerables proporciones que repercutiría negativamente en el control gubernativo como jurisdiccional del acto administrativo y de la operación administrativa. El panorama jurídico que provocaría la conclusión del Dr. Botero ocasionaría situaciones absurdas como las siguientes: si un acto administrativo se puede tornar en ilegal cuando se ejecuta: ¿nacería una nueva oportunidad para interponer recursos en vía gubernativa? Si la operación administrativa vulnera un derecho colectivo sin ser irregular ¿el acto administrativo que la produjo es ilegal? Si se ejecuta luego de los 4 meses de que habla el artículo 136, numeral 2 del CCA: ¿el acto administrativo a pesar de tornarse en ilegal sería incontrovertible en vía jurisdiccional? En fin, un sinnúmero de *desatinos jurídicos* que desquiciarían la teoría del acto administrativo y provocarían una multitud de equívocos en el proceso administrativo como contencioso.

CONCLUSIÓN EN CUANTO A LA POSIBILIDAD DE ANULAR ACTOS ADMINISTRATIVOS BAJO LA ÉGIDA DE UNA ACCIÓN POPULAR: Somos enemigos acérrimos de esa posibilidad, toda vez que desnaturaliza la acción popular, genera inseguridad jurídica, atenta contra derechos adquiridos y crea un requisito inexistente legalmente como teóricamente al interior del trámite de la acción popular (tipificar un vicio invalidante llamado vulneración de derecho colectivo para anular un acto administrativo) que va en detrimento de los derechos colectivos. Sin embargo, a pesar de lo expuesto en esta parte que se concluye, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento insiste en la posibilidad de anular

²²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 14 de junio de 1961, Magistrado Ponente: Doctor Carlos Gustavo Arrieta.

actos administrativos a través de acciones populares y traza algunas reglas de juego en torno a dicha posibilidad, veamos:

De conformidad con lo expuesto hasta el momento, en aquellos casos en los cuales la legalidad del objeto jurídico cuestionado es la causa, o un factor determinante, para la indagación acerca de la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, el juez válidamente podrá hacer el análisis correspondiente y tomará las decisiones a que haya lugar, debido a que en tal escenario confluyen en un mismo punto de relevancia jurídica los intereses colectivos y los intereses subjetivos propios de las acciones ordinarias.

En observancia de lo anterior, la Sala considera que el juez popular podrá declarar la nulidad del acto o contrato, siempre que concurren dos elementos:

- se pruebe la amenaza o vulneración de los derechos colectivos, y
- se pruebe que los actos administrativos están incurso en alguna de las causales de nulidad prescritas en el artículo 84 del código contencioso administrativo.²³⁰

En tal sentido, en los casos en los cuales se pretende la protección de un derecho colectivo y al mismo tiempo se cuestiona la legalidad de un acto administrativo, una vez hecho el análisis del material probatorio, el juez puede llegar a las siguientes conclusiones:

- que se amenazan o vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es ilegal, caso en el cual se procederá con la suspensión o anulación del acto administrativo correspondiente, para amparar los derechos colectivos;
- que se amenazan o vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es legal: en este supuesto no sería posible jurídicamente suspender o anular el acto o contrato por cuanto las reglas propias de la legalidad indican que el objeto jurídico es válido; no obstante, el juez deberá adelantar las medidas pertinentes, se reitera, diferentes a la suspensión o anulación del objeto jurídico, para evitar la amenaza o hacer cesar la vulneración.
- que no se amenazan ni vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es ilegal, evento en que no será posible suspender o anular el acto administrativo, dado que la razón de ser de la acción popular es la protección de los derechos colectivos y no de la legalidad, pues para el amparo de esta existen las acciones ordinarias;
- que no se amenazan o vulneran derechos colectivos y que el objeto jurídico es legal, hipótesis que dará lugar, claramente, a desestimar las pretensiones.

En consecuencia, habrá de verificarse en cuál de las especies relacionadas encuadra el presente caso, con la aclaración fundamental de que el análisis

²³⁰ “Artículo 84.– Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

Procederá no solo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.”

correspondiente debe partir de los derechos colectivos cuya protección se invoca en la demanda, y que la indagación posterior respecto de la legalidad del acto puede no ser adelantada cuando quiera que se concluya que no ha habido vulneración o amenaza a los derechos colectivos.²³¹

IMPOSIBILIDAD DE ANULAR ABSOLUTAMENTE CONTRATOS ESTATALES A TRAVÉS DE ACCIONES POPULARES.

Similares argumentos a los expuestos para respaldar la tesis denegatoria de la posibilidad de declarar nulos actos administrativos a través de acciones populares, se pueden esgrimir frente a los contratos estatales. Permitir que mediante una acción popular se pueda ingresar a los linderos de la legalidad del negocio jurídico con el objeto de declarar la nulidad absoluta del contrato, es un impropio jurídico de graves proporciones. En efecto, se podría afirmar sin lugar a dudas, que la contratación estatal pasaría a ser una actividad estatal poco útil para el interés general y el cumplimiento de los principios de la función administrativa. Son cuatro los argumentos que nos obligan a realizar la anterior afirmación²³², así: la ampliación de la titularidad de la acción de nulidad absoluta del contrato, la desaparición de la caducidad de la acción contractual, la imposibilidad de que la partes contratantes arreglen sus propios diferendos a través de los mecanismos de arreglo directo o por las vías judiciales y la imposibilidad de reparar el daño que se ocasione a los contratantes con la declaratoria de nulidad del contrato en el escenario de una acción popular.

1. Ampliación de la titularidad para declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal:

La Corte Constitucional al revisar la exequibilidad del artículo 87 del CCA, reformado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998, se refirió a la limitación de la titularidad para esgrimir una petición de nulidad absoluta de un contrato estatal, en los siguientes términos: “Y de otro lado, las limitaciones comentadas también pretenden contribuir a la firmeza del contrato administrativo una vez que este ha sido suscrito, poniéndolo al amparo de todo tipo de demandas provenientes de terceros sin interés directo y ajenos a la relación contractual”.²³³

La posibilidad de que a través de una acción popular se pueda declarar la nulidad absoluta de un Contrato Estatal, burla lo expuesto en el aparte jurisprudencial

²³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., veintiuno (21) de mayo de dos mil ocho (2008), Radicación No.76001 23 31 000 2005 01423 01, Actor: Oscar Antonio Morales Pinzón. Demandado: Municipio de Santiago de Cali – Secretaría de Desarrollo Territorial y Bienestar Social, Naturaleza: Acción popular.

²³² Sobre otros argumentos como la incompetencia o la no confusión entre contrato estatal y operación administrativa, remitimos mutatis mutandi, a lo explicado al interior de la imposibilidad de declarar nulos actos administrativos en sede popular.

²³³ Corte Constitucional, sentencia C-221 de abril 14 de 1999, Consejero Ponente: Fabio Morón Díaz. Código Contencioso Administrativo, *Legis*, Hojas Sustituibles, página 210-1.

transcrito. Evidentemente, terceros sin interés directo²³⁴ en el contrato entrarían a demandar su nulidad absoluta a través de una acción popular, habida cuenta que toda persona natural o jurídica la puede ejercer sin limitación alguna (Numeral 1 del artículo 12 de la Ley 472 de 1998). Por tanto, la estabilidad de los negocios estatales sería de papel, porque en cualquier momento podría verse amenazada por un tercero ajeno a la relación contractual. Solo piénsese en un contrato de exploración y explotación petrolera donde estén de por medio miles de dólares, puesto en riesgo por una demanda popular de un nativo de la región donde se va a desarrollar el objeto contractual, en aras de proteger “la defensa del patrimonio cultural de la nación”.

Aunque aceptamos que mediante una acción popular se puede afectar la operación administrativa que materializa los efectos jurídicos del Contrato Estatal, ya sea inaplicándolo u ordenando que se efectúe de otra forma²³⁵, en procura de proteger un derecho colectivo, la legalidad del contrato se debe mantener incólume y le corresponderá a las partes contratantes o al juez del mismo, pronunciarse sobre ella, con el objeto de proteger los derechos y obligaciones adquiridas por los extremos negociales y su resolución conforme al ordenamiento jurídico. Aún más, las partes contratantes tendrán vía libre para discutir y arreglar judicial o extrajudicialmente, los conflictos contractuales que se generen por la decisión judicial, en caso de que el contrato no tenga problemas de validez.

Ahora bien, la posición expuesta es la que el Tribunal Administrativo del Quindío maneja sobre el tema, tal como se manifestó al interior de una acción popular – que entre otras cosas amparó el derecho colectivo sin necesidad de hacer pronunciamiento alguno sobre la legalidad del negocio, a propósito de un fideicomiso alrededor de unas piezas arqueológicas, celebrado entre La Universidad del Quindío y el Banco Popular, así: “La suerte que haya corrido el fideicomiso a que tantas veces se ha hecho referencia en virtud de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que lo autorizó, no es un asunto a tener en cuenta en la presente acción porque es un problema jurídico netamente Inter Partes y no de interés general o colectivo”.²³⁶

²³⁴ En la sentencia anotada en el pie de página anterior, la Corte precisó que los terceros que pueden tener interés directo en que se declare la nulidad absoluta de un contrato, son los proponentes no favorecidos en el proceso de selección y quienes teniendo la posibilidad de participar en el mismo, por razones injustificada no se les haya permitido su intervención, entre otros.

²³⁵ En reciente pronunciamiento el Consejo de Estado ordenó al Distrito Capital y a una Empresa contratista, al interior de un contrato de concesión sobre tratamiento de residuos hospitalarios, que modificaran el contrato de concesión pues su redacción resultaba ambigua y amenazaba el derecho colectivo a la libertad económica. Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2500023270002004 0088801 (AP), de agosto 13 de 2008, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa.

²³⁶ Sentencia del 4 de julio de 2003, Rad. 63-001-2331-2002-01189-00, Magistrada Ponente: Maria Luisa Echeverri Gómez.

Posición avalada por el Consejo de Estado, quién incluso ordenó que las partes hicieran lo necesario para determinar la suerte del fideicomiso, sin injerencia alguna en su legalidad: “Confirmase el fallo impugnado. Adicionase, en el sentido de ordenar a la Universidad del Quindío rehacer la diligencia de inventario de las piezas arqueológicas y *decidir sobre la continuación o no del contrato que celebró con el Banco Popular para la tenencia de las piezas arqueológicas del Museo de Armenia*”²³⁷.

La única posibilidad que tiene el juez que conoce de una acción popular, de pronunciarse sobre la legalidad de un contrato estatal, es, en nuestro concepto, cuando la operación administrativa que materializa sus efectos jurídicos, vulnera o es susceptible de vulnerar el derecho colectivo, como consecuencia de la ilegalidad del negocio. Sin embargo, en este evento, el juicio de legalidad no se realizaría para anular el contrato, sino para inaplicarlo, dejando al juez natural, la competencia para dilucidar las vicisitudes jurídicas que generaría la declaratoria de nulidad. En este evento, el juez constitucional está obligado a ordenar que las partes contratantes afectadas con la decisión, resuelvan sus asuntos contractuales, judicial o extrajudicialmente. Es inaudito que un tercero sin interés directo en la relación negocial, venga, a través del juez popular, a señalar como se solucionarán los diferendos contractuales, poniendo en riesgo el patrimonio de los contratantes y generando una voz de alerta para la comunidad nacional como internacional en materia de inversión.

2. Desaparición de la caducidad de la acción contractual tendiente a declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal:

Es pertinente tener en cuenta que la nulidad absoluta de un contrato estatal, por regla general solo se puede alegar dentro de los dos años siguientes a su perfeccionamiento, salvo que el término de vigencia del contrato fuere superior a dos años, en cuyo caso el término de caducidad será igual al de su vigencia, sin que en ningún caso exceda de cinco años contados a partir de su perfeccionamiento (Literal e del numeral décimo del artículo 136 del CCA).

Los términos expuestos en el párrafo anterior, desaparecerían si se abriera la posibilidad de que mediante una acción popular, se pudiera solicitar la nulidad absoluta de un contrato, toda vez que la misma puede promoverse durante el tiempo que subsista la amenaza o peligro al derecho e interés colectivo (artículo 11, Ley 472 de 1998). Esta situación jurídica generaría grave detrimento para la seguridad

²³⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero, Exp. AP-63001-23-31000-2002-01189-01. Negrita es nuestra.

jurídica y la estabilidad de los negocios, solo imagínense la zozobra jurídica que reinaría permanentemente en los contratos de concesión, que son de larga duración.

3. La imposibilidad de que las partes contratantes arreglen judicial o extrajudicialmente sus diferendos contractuales como consecuencia del fallo popular:

Es el propio artículo 306 del Código de Procedimiento Civil en su tercer inciso, el que exige que las partes involucradas en el diferendo contractual estén presentes en el proceso judicial, tratándose de la posible declaratoria de la nulidad absoluta del contrato. Situación que no necesariamente se presenta en materia de acciones populares, por ser esta pública y de libre impetración por cualquier persona, lo que imposibilita legalmente, en la mayoría de las ocasiones, una declaratoria de nulidad absoluta de un contrato en sede constitucional. Sobre el alcance de la disposición en comento la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en los siguientes términos:

Del adecuado enlace del citado artículo 306 del Código de Procedimiento Civil con lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, se desprende una tercera hipótesis relacionada con la declaratoria de nulidad absoluta cuando se reúnen los presupuestos señalados en la referida ley, pues no obstante que el demandado no proponga la excepción pertinente, debe el juez declararla de oficio, siempre y cuando, se reitera, se encuentren estructurados los requisitos allí previstos, entre ellos, que todas las partes involucradas en el negocio jurídico hubiesen acudido al proceso.²³⁸

El principio de intervención de los extremos negociales en el proceso judicial para la viabilidad de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato, es acogido por nuestro ordenamiento contencioso administrativo, en el inciso tercero del artículo 87 del CCA

A lo anterior se suma que ha sido preocupación del ordenamiento jurídico colombiano, establecer herramientas jurídicas tendientes a facilitar la solución de los conflictos contractuales estatales, entre otras cosas, para impedir la perturbación de la prestación de los servicios públicos. Por ejemplo: La Ley 80 de 1993 consagró todo un capítulo²³⁹ relacionado con la solución de controversias contractuales, donde se establecieron mecanismos para que las partes contratantes pudieran de manera ágil, rápida, directa y eficaz, dirimir sus controversias como el arreglo directo, la cláusula compromisoria,

²³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 10 de septiembre de 2001, expediente 5961. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

²³⁹ Capítulo VIII. Artículos 68 y ss.

el compromiso y la ampliación de la competencia para revocar actos administrativos contractuales.

Como corolario de lo anterior, los efectos que pudiera generar un fallo originado de una acción popular, podrían ser conjurados por las partes del contrato a través de la amalgama de mecanismos jurídicos de solución de controversias contractuales que consagra nuestro ordenamiento jurídico o en otro proceso judicial donde se ventile la declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal. Sin embargo, si a un Juez, bajo el amparo de una acción popular, le da por declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal, irremediablemente podría generar un conflicto contencioso administrativo de naturaleza extracontractual por daño especial, es decir, por la alteración en las cargas públicas que sufra la parte a la cual no le es imputable la causal de anulación, no teniendo el deber jurídico de soportarla, en contra de la Nación – Rama Judicial²⁴⁰.

Sin perder de vista lo anterior, la demanda no sería en contra de la parte contratante a la cual se le pudiera imputar la causal de anulación, toda vez que el contrato estatal desapareció en virtud del pronunciamiento del juez popular y es como si nunca se hubiera celebrado, ante lo cual, la mencionada parte contratante deja de serlo y por ende no se le puede endilgar ninguna responsabilidad contractual. Es precisamente este mismo argumento el que impide las soluciones extrajudiciales entre las parte contratantes. Aunque en estos eventos también podría pensarse en una *actio in rem verso* en contra de la parte contratante que dio lugar a la nulidad, sin embargo, la acción adecuada a utilizar en estos casos no es asunto pertinente ni útil para el contenido temático del principio que estamos abordando.

²⁴⁰ El profesor Javier Tamayo Jaramillo se refirió sobre la responsabilidad que recae sobre los jueces por los fallos que emiten al interior de acciones populares frente a contratos estatales, aunque él solo lo mira desde la óptica del particular contratista, cita que traemos a colación, así: “Ahora, ¿quién es el responsable de ese daño especial? Podría pensarse que es la entidad gubernamental responsable de administrar el bien colectivo protegido, pues ella se beneficia de la decisión que le causa perjuicios al contratista o beneficiario del acto administrativo. Sin embargo, considero que el responsable es el Estado–juez, ya que utilizando sus poderes para proteger intereses colectivos está desconociendo derechos de personas (incluidas las entidades públicas contratantes) que no pueden seguir ejecutando un contrato o ejerciendo actividades autorizadas”. Lo que está entre paréntesis es fuera de texto. Publicación *Ámbito Jurídico*, de la primera quincena de noviembre de 2004. En un escrito posterior, el eminente tratadista complementó su posición esgrimiendo que si se pretende “tocar” un contrato estatal por inmoralidad administrativa, se debe comprobar que el particular contratista también fue corrupto, en caso contrario hay que dejarle incólumes sus derechos contractuales. Por esto último considera que la nulidad en sede popular es inviable cuando se predica inmoralidad administrativa, veamos: “Pero decía al comienzo que cuando se declara la nulidad de un contrato como los de los ejemplos planteados, el Estado es responsable, pues estamos en presencia de un daño antijurídico que el contratista no tiene la obligación de soportar. Si él no actuó inmoralmente, ni presionó para cobrar precios superiores a los que habitualmente cobra: ¿a qué título se le impondrá la carga de sufrir los daños que se le causan con la nulidad del contrato? Escrito publicado en la publicación *ámbito jurídico* de Legis del 13 al 26 de julio de 1990, página 12.

4. Imposibilidad de reparar el daño a través de indemnización de perjuicios sufrido por las partes contratantes, como consecuencia de la declaratoria de nulidad absoluta del contrato estatal en sede popular:

La acción popular es resarcitoria, a través de ella no se puede perseguir indemnización de perjuicios, por tanto, es inviable declarar la nulidad absoluta de un contrato estatal, habida cuenta que, necesariamente implica restitución o reembolso de lo que se gastó y pagó en virtud del contrato (daño emergente)²⁴¹. Toda vez que, a diferencia de la nulidad de actos administrativos, los efectos de tal declaratoria son ex tunc o hacia el pasado.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] las acciones populares aunque se encaminen a la protección y amparo judicial de los intereses y derechos colectivos, no pueden ejercerse como ya se indicó, con el objeto de perseguir la reparación subjetiva o plural de los eventuales daños que pueda causar la acción o la omisión de la autoridad pública o del particular sobre ellos. Para estos últimos fines, el constituyente de 1991 creó las acciones de grupo o de clase, a la vez que conservó las acciones ordinarias o especializadas y consagró como complemento residual, la acción de tutela. Esas acciones, para su procedencia, exigen siempre que el daño afecte derechos subjetivos de origen constitucional o legal de un número plural de personas que por sus condiciones y por su dimensión deben ser atendidos con prontitud, inmediatez, efectividad y sin mayores requisitos procesales dilatorios.

En consecuencia, como no puede pretenderse mediante esta acción la reparación de los perjuicios sufridos por los accionantes, tampoco hay lugar a la aplicación de las figuras procesales propias de las acciones ordinarias reparatorias, como el llamamiento en garantía.

Ahora bien, en el evento de que la entidad apelante sea condenada a restablecer los derechos colectivos que se consideran vulnerados, o a ejecutar alguna obra con el fin de prevenirlos y además tenga derecho a repetir contra otra entidad pública o privada las sumas que se viere obligada a pagar, en razón de la ley o de un contrato celebrado con las mismas, podrá iniciar las acciones ordinarias correspondientes, pero no podrá ejercer a través de este proceso

²⁴¹ Artículo 1747 del Código Civil, aplicable a los contratos estatales en virtud de lo contemplado en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

el llamamiento en garantía, pues como ya se señaló, éste no tiene carácter indemnizatorio²⁴².

Se resalta del aparte jurisprudencial transcrito, que se deja intacta la posibilidad de que las partes contratantes puedan acudir a las acciones ordinarias para solucionar sus controversias, lo que se imposibilitaría si se declarara la nulidad absoluta de un contrato en sede popular, por sus efectos restitutorios automáticos. Aunado a que tal restitución automática riñe con la naturaleza de esta acción²⁴³.

Conclusión a la posibilidad de anular absolutamente contratos estatales en sede popular: Nos declaramos enemigos de esta posibilidad, porque genera vulneración a principios como los derechos adquiridos de los contratantes, la seguridad jurídica y, extrajurídicamente, convierte a Colombia en un país riesgoso y negativo para los potenciales contratistas, en lo que se refiere a la posibilidad de celebrar contratos con el Estado.

H. Conclusiones a la segunda parte

1. Por lo explicado anteriormente, es preocupación del ordenamiento jurídico colombiano, otorgarle a los administrados herramientas o mecanismos jurídicos que le permitan contrarrestar la superioridad que en un momento dado puede generar el principio de autotutela administrativa, sin embargo, solo en aquellos eventos en que el ejercicio del mismo se vuelve arbitrario, porque si se hace en procura del interés general, su superioridad es incuestionable, sin embargo, es a la jurisdicción contenciosa a la que le corresponde dilucidar en que eventos el ejercicio del principio en comento es jurídicamente viable y en que eventos no, y es allí donde radica su verdadera importancia.

2. Hacemos nuestra una conclusión que realiza el profesor Rivero: el principio de autotutela administrativa desde la óptica del administrado, donde nos precisa que el control efectivo de las prerrogativas públicas por parte de la jurisdicción, es imprescindible para la supervivencia de un estado moderno:

“Sin embargo, en el Estado de Derecho, el administrado ya no es un sujeto, es un ciudadano, y la protección de sus derechos se ha convertido en uno de los principales componentes de la razón de

²⁴² COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Bogotá, Primero de noviembre de 2001, Rad. 25000-23-27-000-2000-0111-01(AP-031). La negrita son nuestras.

²⁴³ La indemnización para reparar derechos subjetivos es inviable, sin embargo, es posible para la recuperación del derecho colectivo, la cual irá a manos de la autoridad encargada de proteger tal derecho, siempre y cuando ella con su actuar no haya dado lugar a la vulneración. Ver: artículo 34 de la Ley 472 de 1998.

ser del poder. Lejos de oponerse, las dos finalidades se armonizan (Se refiere a la doble protección que debe procurar la Jurisdicción Contencioso Administrativa: a la administración y al administrado). El proteger al ciudadano contra los abusos de la administración es, en definitiva, proteger los principios fundamentales cuya salvaguarda es una de las misiones del Estado democrático y liberal.” Lo que está entre paréntesis es fuera de texto.

3. Finalmente, concluimos que el uso de los mecanismos jurisdiccionales traídos a colación por el Constituyente de 1991, deben ser armonizados con los mecanismos de control tradicionales, tal como se esbozó líneas atrás, en caso contrario, el mismísimo Estado de derecho se vería en jaque, ante una incertidumbre de derechos caótica y una inseguridad jurídica insoportable. Afortunadamente el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo finiquitó la controversia sobre el asunto en lo atinente a acciones populares y estableció de manera concreta la imposibilidad de anular actos administrativos o contratos estatales al interior de dichas acciones. De esto modo nos dice: “Cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos provenga de la actividad de una entidad pública, podrá demandarse su protección, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos” (inciso 2 del artículo 144 del CPA).²⁴⁴

²⁴⁴ Norma declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-644 de agosto 31 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio.

CAPÍTULO III. LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS MEDIANTE LOS CUALES EXTERIORIZA SU COMPORTAMIENTO LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Introducción

La Administración Pública exterioriza su actividad a través de cuatro mecanismos: los hechos administrativos, las operaciones administrativas, los contratos estatales y los actos administrativos²⁴⁵.

Ahora bien, el Código Contencioso Administrativo en el artículo 83, señala que las omisiones administrativas estarán sujetas a control jurisdiccional. Cabe anotar en este aspecto, que las omisiones administrativas no pueden ser calificadas como un instrumento jurídico de la Administración ya que, las omisiones administrativas no son más que hechos o actos administrativos, dependiendo de si la omisión reúne los requisitos del acto o del hecho de conformidad con la ley.

Otro tanto se podría expresar, con respecto a las vías de hecho, ya que estas podrán configurarse en la operación administrativa o en el procedimiento administrativo y verse reflejadas, en este último caso, en su producto, es decir, en el acto administrativo, lo que podría arrojar un vicio invalidante del mismo, tipificado en alguna de las causales contempladas en el inciso segundo del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, como sería el caso del desconocimiento del derecho de audiencias y defensa del administrado.

Por último, en este preámbulo al tema, se podría afirmar que el efecto práctico de los instrumentos jurídicos de la Administración, es que la comprometen, es decir, la hacen responsable de una u otra forma, ya sea, reparando daños, cumpliendo obligaciones o efectivizando o dejando de efectuar decisiones.

I. Los hechos administrativos

Son todos aquellos eventos que repercuten jurídicamente en la Administración Pública, donde no se encuentra involucrada la voluntad de la misma, o sea, acaecimientos que la administración pública nunca tuvo la intención de materializar. Es decir, situaciones fácticas que ocurren sin que el Estado hubiera

²⁴⁵ Artículo 83 del Código Contencioso Administrativo establece las figuras jurídicas que estarán bajo el control de la jurisdicción contencioso administrativa, así: Los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad (hoy en día contratos estatales), los actos administrativos, las operaciones administrativas los hechos administrativos y las omisiones administrativas.

adoptado decisión o manifestado su ámbito volitivo frente a su ocurrencia. Aún más, frente a la descentralización por colaboración también se puede predicar la presencia de hechos administrativos, siempre y cuando el acaecimiento fáctico involuntario esté relacionado de manera inescindible con la función administrativa que presta el particular. El tratadista Libardo Rodríguez nos ilustra con los siguientes ejemplos:²⁴⁶

- a. Un accidente causado por un vehículo de la Administración.
- b. El derrumbamiento de un edificio de la Administración.
- c. El cumplimiento por parte de un empleado de los requisitos exigidos para adquirir el derecho a pensión de jubilación.

También podríamos señalar los siguientes ejemplos:

- d. Cuando la Administración no realiza el mantenimiento de redes eléctricas y se produce la muerte de un administrado por electrocución.
- e. Cuando la Administración no coloca señales de prevención con ocasión de una obra pública, a raíz de lo cual se produce un accidente que causa daño a alguien.²⁴⁷
- f. Cuando la Administración deja abiertas las tapas del alcantarillado en plena vía peatonal, lo que provoca la caída de un transeúnte.

De los anteriores ejemplos podemos colegir que los hechos administrativos se pueden clasificar en hechos administrativos por acción y hechos administrativos por omisión, siempre y cuando, en ambos casos esté ausente la voluntad de la administración. En los primeros eventos se trata de un hacer y en los segundos de un abstenerse²⁴⁸ los cuales comprometen jurídicamente a la Administración. Es importante anotar en este punto que la involuntariedad en las omisiones administrativas no se configura en la abstención propiamente dicha, sino en su consecuencia.

Ahora bien es pertinente manifestar que, en la medida en que la Administración Pública se sujete al principio de legalidad y a los demás principios de la función administrativa, los hechos administrativos que se presenten, van a ser, en un mayor porcentaje, el reflejo de tales principios y, por ende, correlativamente se disminuirán los que produzcan daños antijurídicos. Por ejemplo: todos los comportamientos administrativos que creen riesgos, como la conducción de energía eléctrica o el manejo de automotores, si se realizan conforme a la normativa técnica y jurídica

²⁴⁶ Derecho Administrativo General y Colombiano, Temis, Duodécima Edición, p. 196.

²⁴⁷ Ibidem, p. 198.

²⁴⁸ “[...] por el contrario, si la voluntad no ha influido de modo directo e inmediato, la omisión se considera como un hecho administrativo”. (SANTOFIMIO. Op. cit., p.115).

pertinente, generarán hechos administrativos acordes al ordenamiento jurídico, es decir, ausentes de producir daños antijurídicos. En efecto: un accidente de tránsito no generaría víctimas fatales o lesiones corporales, por el manejo del automotor conforme a las leyes de tránsito y a su estado mecánico óptimo, o un cable de energía estaría lo suficientemente aislado al contacto humano, que impediría muertes o lesiones por electrocución al manipularlo.

Los hechos administrativos que provocan daños antijurídicos a los administrados se controlan a través de la acción de reparación directa (art. 86 CCA), y se manejan dentro de la Teoría de la Responsabilidad Extracontractual del Estado.

II. Las operaciones administrativas²⁴⁹

Dentro de los instrumentos jurídicos que tiene el Estado para exteriorizarse dentro del mundo jurídico, el más importante en cuanto a la concreción de su voluntad es la operación Administrativa.

La importancia de esta figura jurídica es inconmensurable, ya que si esta no existiere, el Estado no tendría la posibilidad de efectivizar sus decisiones en el acontecer jurídico. Cuando hablamos de operaciones administrativas nos referimos a la praxis, al mundo de las acciones, de los aconteceres, de los movimientos, en una frase, al mundo práctico del querer estatal.

Ahora bien, este instrumento jurídico debe ser controlado, ya que puede ser un factor de innumerables daños si, por una parte, el acto administrativo en que se funda es ilegal o, por otro lado, si a pesar de la legalidad del acto administrativo, al hacerlo ejecutorio se va más allá de sus límites o se desborda su operatividad.

La operación administrativa tiene una importante inferencia en el mundo jurídico, por tanto, es imprescindible comprender su naturaleza jurídica exacta para evitar confusiones o desvalorizaciones de la figura.

A. Antecedentes normativos

Ya desde la Ley 167 de 1941 se contemplaba la noción de operación administrativa²⁵⁰ aunque de una manera inexacta, es decir, deficiente, técnicamente hablando. Ya que en dicha normativa tal figura se confundía con el concepto de acto administrativo y, por ende, fue objeto de innumerables críticas por estudiosos en la materia.

²⁴⁹ Ensayo de nuestra autoría publicado en la revista inciso, Edición No 002, de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, marzo–mayo de 2003.

²⁵⁰ Auto de febrero 6 de 1997, expediente 12581, Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

Sin embargo esta noción fue retomada por el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, haciendo el legislador caso omiso a las críticas que se mencionaron.²⁵¹

En hora buena el decreto 2304 de 1989 subrogó el artículo 83 del CCA que establecía la equivalencia entre acto administrativo y operación administrativa, por no corresponder ni a la realidad ni a los alcances que la doctrina y la jurisprudencia le habían dado a dicha figura.

Hoy en día el concepto de operación administrativa está suficientemente decantado, a tal punto que la confusión de este instrumento jurídico con los otros instrumentos jurídicos de la administración como lo son: el acto administrativo, el contrato estatal, o el hecho administrativo, es una necesidad jurídica.

A. Definición

En una jurisprudencia trascendental para el derecho administrativo colombiano, se delimitó de manera acertada la definición de operación administrativa, y, aunque en nuestro concepto, no se le dio la dimensión que se merece, como más adelante se explica, si resulta un buen marco teórico para desarrollar la materia. La jurisprudencia a que hacemos referencia es la dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de junio 14 de 1961, Consejo Ponente Carlos Gustavo Arrieta.

En la mencionada jurisprudencia se dio el concepto de operación administrativa en los siguientes términos: “Es generalmente el proceso de ejecución de la ley y de un acto”. Este concepto lo dimensionó de la siguiente manera: “Mientras la norma organiza el derecho, el ordenamiento administrativo lo aplica y la operación administrativa lo ejecuta”.

Del criterio jurisprudencial que se analiza se deduce que la operación administrativa se encuentra en una relación mediata frente a la ley y en una relación inmediata frente al acto administrativo, ya que esta (la operación) ejecuta lo establecido en la decisión administrativa lo cual no es más que un desarrollo de los designios legislativos pertinentes, los cuales obviamente deberán ser constitucionalmente armónicos.

De los elementos de juicio anteriores se coligió, en la jurisprudencia que se viene estudiando, la siguiente definición:

²⁵¹ Mario Madrid Malo G. Código Contencioso Administrativo, Bogotá, Edit. Legis, 1985, P. 175, comentando el artículo 83 del Código, señala: “Con notoria falta de técnica, en el artículo 83 del nuevo C. C. A. se equiparán al acto administrativo las nociones de operación administrativa [...] se trata de fenómenos que mal pueden confundirse”.

“La operación es la culminación de la actividad estatal encaminada a la realización plena del derecho y que siempre esté vinculada mediatamente a la ley, e inmediatamente a un acto de la administración expreso o tácito”²⁵².

Como corolario de la anterior definición se puede inferir sus elementos:

a) Voluntad estatal: La definición transcrita al señalar que la operación es la culminación de la actividad estatal, nos indica que es la concretización de la intención de la administración en un determinado plano jurídico. Es decir, la operación administrativa materializa lo estipulado en el acto administrativo, hace palpable la voluntad administrativa. Por lo tanto, se puede decir que acto administrativo y operación administrativa tienen en común el elemento voluntad.

b) Realización plena del derecho: La operación administrativa, como todos los demás instrumentos jurídicos de la administración deben estar sujetos al principio de la legalidad, y, por ende, buscar que los fines esenciales estatales se cumplan (art. 2 CP). Sin embargo, la operación administrativa no es más que un deber ser, un ideal en sí misma considerada, por lo tanto, es perfectamente viable, y efectivamente se da, la realización de operaciones administrativas irregulares, o susceptibles de producir daños antijurídicos a raíz de la ruptura del equilibrio en las cargas públicas, por esta razón, es esencial la existencia de controles para las mismas.

c) Vinculación a la ley y al acto administrativo: No se concibe una operación administrativa sin la existencia previa de un acto administrativo aplicador de la ley que lo preceda. Poco importa si el acto administrativo es expreso o tácito, lo relevante es que se expida y de esta manera la operación administrativa lo ejecute. En otros eventos es imposible contemplar siquiera la posibilidad de la existencia de la figura jurídica que se estudia, como sería el caso de otros actos jurídicos como los mercantiles o los civiles²⁵³.

²⁵² CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia 14, junio, 1961.

²⁵³ El profesor Fernando Garrido Falla, al hacer referencia a la concepción de Kormann, trae a colación la dependencia de la operación administrativa frente al acto administrativo, así: “Un segundo grupo viene dado por los actos de pura ejecución (reintatsachlichen Akte). No son actos jurídicos, sino actuaciones materiales, y por eso se diferencian de los auténticos actos administrativos: no es lo mismo la orden de detención dictada por una autoridad que la detención efectiva del criminal; no es lo mismo el sacrificio de animales afectados de una epizootia que la orden de sacrificarlos, que constituye, sin embargo, su antecedente jurídico.” Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González, Decimocuarta edición, Editorial Tecnos, páginas 544 y 545.

Sin embargo, dentro del contexto jurídico que se viene manejando recobra verdadera importancia la teoría del acto administrativo bilateral. Para los detractores de la mencionada teoría es de suyo contraproducente hablar de acto administrativo bilateral, ya que es de la esencia del acto administrativo su unilateralidad, entendida como una decisión adoptada por la administración sin tener en cuenta la voluntad de terceras personas en la determinación final. Sin embargo se puede afirmar que existe otro instrumento de la actividad administrativa que puede ser operativizado; además del acto administrativo; el contrato estatal. Llamado por algún sector de la doctrina como acto administrativo bilateral. Y aunque le damos la razón a quienes detectan la incongruencia entre la bilateralidad y la naturaleza jurídica del acto administrativo, traemos a colación la doctrina mencionada para que entre en armonía con la definición que nos propone la jurisprudencia que venimos comentando, además, no encontramos ninguna imposibilidad de que el contrato estatal pueda ser operativizado administrativamente hablando.

El doctor Orlando Santofimio nos aclara: “[...] se incorpora al contrato estatal la teoría del más importante de los instrumentos ejecutores de las decisiones administrativas, tomando como punto de partida un contrato que debe operarse, esto es ejecutarse, dar cumplimiento o materializar el objeto pactado”.²⁵⁴

Se colige de todo lo anterior que la operación administrativa debe estar siempre relacionada de manera inmediata con un acto administrativo o con un contrato estatal. En este último evento piénsese en todas aquellas actividades administrativas posteriores a la formación y celebración del contrato, es decir, nos trasladamos al plano de su ejecución. Sin embargo, podemos afirmar, sin ningún tipo de titubeo, que una operación administrativa también podría tener origen en la Constitución, en una ley o en una orden judicial²⁵⁵, aunque en estos casos, se daría a título de excepción. Por otro lado, es necesario manifestar que dentro de la definición que se viene manejando, no se contempla la necesidad de que la administración esté inmersa

²⁵⁴ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Delitos de Celebración Indevida de Contratos, Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., 2000, p. 104.

²⁵⁵ Ejemplo de operación administrativa iniciada en virtud de orden judicial, es el artículo 176 del CCA, tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Es cierto que ordinariamente la administración para dar cumplimiento al fallo judicial profiere una resolución (CCA, art. 176), pero es claro que estos actos son de cumplimiento o ejecución del fallo judicial, impugnables ante la justicia ordinaria. Es decir, que el administrado no tendrá que instaurar nuevas e interminables acciones de control de legalidad, sino una acción ejecutiva para el debido cumplimiento de la decisión jurisdiccional”. (Consejo de Estado, Sentencia de junio 134 de 1995, Expediente 8291, Consejera Ponente: Dolly Pedraza de Arenas). Otro ejemplo en este punto es la operación administrativa que se deriva de una sentencia favorable al interior de un procedimiento iniciado en virtud de una acción de cumplimiento, tal como lo explica el profesor Santofimio Gamboa en los siguientes términos: “Por sus características, en cuanto mecanismo procesal de garantía de los derechos fundamentales, no solo brinda a las personas residentes en Colombia un medio adecuado para constreñir institucionalmente a las autoridades públicas al cumplimiento de sus competencias y atribuciones, sino que también establece el concepto de operación por vía de mandato judicial como instrumento de ejecución de la ley o del acto administrativo”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. Op. cit., p. 714.

dentro de la operación administrativa. O sea, una operación administrativa no está necesariamente compuesta por procedimientos administrativos. De esta manera se busca desligar los conceptos de procedimiento administrativo con operación administrativa. Es evidente que en muchas ocasiones la operación administrativa está desarrollada por procedimientos de la administración, como es el caso de los comportamientos policiales. Pero existen otros eventos en que la operación administrativa se concretiza sin necesidad de presencia activa de la administración, como sería el caso de un acto administrativo expedido por un alcalde donde se felicita a una persona. En este caso la operación administrativa se concretiza o evidencia en la admiración y retribución que le da la comunidad al felicitado, ya que esta es precisamente la voluntad estatal en plena operatividad.

A propósito de lo señalado en el párrafo anterior, el Consejo de Estado nos ilustra con un ejemplo que confirma lo dicho, esto es, que pueden existir operaciones administrativas sin la presencia activa de la administración pública. En efecto, manifestó la alta Corporación que no existía indebida escogencia de la acción ante una operación administrativa derivada de un acto administrativo de suspensión de cargo en virtud de un proceso de responsabilidad fiscal, donde era perfectamente viable la acción de reparación directa. Nótese que la operación administrativa (el no pago del salario como consecuencia de la suspensión del cargo) no implica una presencia activa de la administración pública. Veamos: “La Sala considera que no hubo indebida escogencia de la acción, puesto que examinando el contenido de la demanda se advierte que los motivos que dieron origen al ejercicio de la acción se relacionan con el daño padecido durante el tiempo de suspensión del cargo, daño descubierto en su antijuridicidad, según la demanda, con la medida de preclusión y cierre de la investigación”.²⁵⁶

En la medida en que esto último se entienda, se podrá vislumbrar la verdadera importancia de la operación administrativa y adquirirá la dimensión que debe tener al interior de nuestro ordenamiento jurídico. Ya que todas las materializaciones en la realidad jurídica de las decisiones de la administración, podrán ser controladas dentro del contexto de esta figura.

B. Clases de operaciones administrativas

En virtud de la importante sentencia que se viene analizando,²⁵⁷ se ha inferido la siguiente clasificación:

²⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Bogotá D.C., 30 de agosto de 2001, Radicación 23001-23-31-000-2000-3540-01 (20608), Actor: Milad Elías Cura Dorado.

²⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de junio de 1961, Magistrado Ponente: Doctor Carlos Gustavo Arrieta.

1. La operación administrativa dependiente de un acto escrito (constitucional, legal, judicial, contractual o administrativo): esta modalidad de operación administrativa nos permite vislumbrar de manera evidente, la diferenciación entre acto administrativo y operación administrativa, ya que el primero se plasma en un documento escrito que contiene una decisión, al paso que, la segunda se detecta a través de una serie de trámites, procedimientos, o acontecimientos que buscan que el efecto de la decisión escrita se materialice.

En los términos de la sentencia en comento, la diferenciación se resume en la siguiente apreciación: El acto administrativo se limita a establecer la situación jurídica, a diferencia de la operación administrativa, la cual efectiviza la voluntad estatal a través de la aplicación de los derechos y obligaciones ya regulados por el acto, los realiza en su totalidad y los hace producir la plenitud de sus efectos, empleando para ello procedimientos escritos, verbales o simplemente materiales. Por otro lado este tipo de operación administrativa, se funda en una decisión dentro de la cual se encuentra inmerso el bloque de legalidad, el cual establece una relación jurídica entre el administrado o particular afectado con la decisión y la administración. Esta decisión escrita se encuentra amparada por la presunción de legalidad y, por ende, es ejecutoria, lo que implica que la administración debe realizar todas las previsiones, de conformidad con el ordenamiento jurídico, tendientes a darle cumplimiento a la decisión²⁵⁸

Es menester manifestar con respecto a esto último, que la administración no necesariamente debe actuar dentro de la operación, como ya se dijo, pues esta se puede adelantar sola, como cuando, en ocasiones, el administrado acata la decisión.

Esta modalidad de operación administrativa, a su vez se clasifica de la siguiente manera:

- a) **la operación administrativa ordinaria o normal:** Esta se da en el evento de que la persona interesada acata lo decidido en el acto administrativo en este caso las actuaciones procedimientos o acontecimientos ulteriores a la decisión, tendrán, en muchas ocasiones, una baja participación de la administración e incluso, la administración podrá no verse involucrada.

Por ejemplo: el acto administrativo que adjudica un contrato estatal, lo que a su vez implica su celebración y perfeccionamiento, es lo que se considera una operación administrativa normal u ordinaria.

²⁵⁸ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 108.

Este tipo de operación administrativa se torna en la regla general del funcionamiento del ordenamiento jurídico administrativo.

b) la operación administrativa compulsiva o coactiva: Es cuando el particular (o particulares) afectado con la decisión administrativa, se muestra renuente a acatarla. En este evento “la administración podrá utilizar los procedimientos legales de compulsión escritos o verbales y realizar los actos materiales indispensables para ejecutar lo dispuesto en la correspondiente providencia.”²⁵⁹ A este tipo de operación administrativa también se le ha conocido con la denominación de excepcional.

Dentro de esta modalidad la administración si se encuentra dentro de todas las actuaciones posteriores que buscan instrumentar el acto administrativo. Por ejemplo: un acto administrativo expedido por el alcalde, donde se ordena reubicar a vendedores ambulantes, con el objeto de preservar el espacio público.

Se debe señalar que esta subclasificación de la operación administrativa dependiente de un acto escrito, en cuanto a la primera modalidad, no la contempla la jurisprudencia anotada, lo cual evidencia el criterio, ya mandado a recoger, que sostenía que en las operaciones debía estar inmersa la administración.

Finalmente, los actos que se profieran por la administración pública, en virtud de los procedimientos de ejecución de lo dispuesto en un acto administrativo, es decir, los actos obvios y necesarios dentro de una operación administrativa, son parte integrante de ella, comparten su misma naturaleza jurídica y procesalmente se les debe similar tratamiento²⁶⁰. Esta es la razón jurídica de la existencia de los actos de ejecución y el porqué de su no impugnabilidad directa ante la jurisdicción contenciosa administrativa (artículo 49 del CCA).²⁶¹

De las operaciones administrativas dependientes de un acto administrativo escrito podríamos citar otros ejemplos:

Jurisdicción Coactiva (artículo 68 del Código Contencioso Administrativo)²⁶².

La etapa de liquidación de un contrato estatal (artículo 60 de la Ley 80 de 1993).

²⁵⁹ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit. p. 108.

²⁶⁰ Ibid. p. 108 y 109.

²⁶¹ Hay que recordar que existen los actos de trámite, los cuales anteceden la expedición de un acto administrativo, por lo tanto, no deben confundirse con los actos ejecutorios que hacen parte de operaciones administrativas.

²⁶² “La jurisdicción coactiva es expresión de la prerrogativa que tiene la administración de ejecutar los actos que ella misma define, para algunos autores, como el profesor Hauriou es considerada como uno de los privilegios exorbitantes de las personas administrativas, en virtud del cual la entidad administrativa cobra, por intermedio de sus representantes, las obligaciones fiscales”. Corte Constitucional, Sentencia T-445 de 1994.

La efectivización de la condena producida en virtud de una sentencia que da por terminado un proceso disciplinario.

2. La operación administrativa que emana de un acto no escrito: en este evento tanto el acto administrativo como la operación administrativa se confunden. Ya que se presentan casi simultáneamente, lo que hace inescindible la individualidad de una u otra figura. En este caso, la administración requiere de procedimientos expeditos y efectivos para ejecutar la decisión, es decir, se requiere de procedimientos rápidos de decisión y ejecución.

Se trata de situaciones que, debido a la naturaleza del órgano de la administración, titular de la ejecución del acto administrativo, en cuanto a su función, son permitidas por la constitución y la ley con el objeto de cumplir determinadas finalidades.

En conclusión el acto administrativo no se escribe y la administración, a través de actos materiales lo ejecuta.

De las operaciones administrativas dependientes de un acto administrativo no escrito, podemos citar los siguientes ejemplos:

- a. La administración decide clausurar un restaurante y efectivamente no solo toma la decisión sino que física y materialmente lo hace desalojar y clausurar sus puertas.
- b. La administración toma la decisión de disolver una manifestación y efectivamente la disuelve, aún por la fuerza²⁶³.
- c. Las dos anteriores situaciones y otras similares, podríamos encuadrarlas a manera de un tercer ejemplo, en los eventos establecidos en el inciso tercero del artículo primero del Código Contencioso Administrativo; estos son los procedimientos militares o de policía, donde se requieren decisiones verbales para que se puedan tornar en aplicables inmediatamente para evitar o remediar perturbaciones al orden público, a la seguridad, tranquilidad y salubridad, a la defensa nacional, a la circulación de personas o de cosas.

C. Vicisitudes terminológicas de la figura

1. Acto administrativo y operación administrativa

Sobre este punto ya se hizo referencia líneas atrás, así que no redundaremos en el tema, solo se dirá que son dos fenómenos complementarios, donde la operación administrativa es una actividad ulterior a la expedición del acto administrativo. El

²⁶³ RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho administrativo general y colombiano, Temis, p. 196.

profesor Fernando Garrido Falla explica que el acto administrativo posee una doble dimensión, una de ellas es ser condición para su ejecución material posterior, esto es, la operación administrativa, veamos: “La significación que en adelante va a adquirir el acto administrativo entraña una doble vertiente: de una parte, viene a ejecutar o concretar la ley; de otra parte, se convierte en condición previa de toda operación material realizada por la Administración pública o, al menos, de aquellas operaciones que rozan la esfera de la libertad o de la propiedad de los particulares”.²⁶⁴

2. Acto complejo y operación administrativa

Es necesario tener en cuenta que la operación administrativa es posterior a un acto administrativo que se encuentra en firme y reúne todos los requisitos de ley. Es por esto que no debe ser confundida con el acto complejo, el cual para que pueda ser considerado como tal, necesita del cumplimiento de una serie de etapas que se traducen en decisiones que profieren diferentes autoridades administrativas, para que pueda ser dimensionado como un acto administrativo susceptible de ser ejecutado mediante una operación.

La jurisprudencia nos ha definido el acto complejo en los siguientes términos: “[...] Es acto complejo el que requiere varias actuaciones jurídicas para su expedición, como el que está sujeto a autorización previa, aprobación posterior, concepto de otros organismos o autoridades, o requiere varias aprobaciones [...]”²⁶⁵ Los actos administrativos que forman parte del acto complejo se llaman preparatorios, los cuales por sí solos tienen la connotación de ser actos definitivos porque resuelven de fondo el asunto o alguno de sus aspectos, sin embargo, solo la suma de todos ellos generan un acto formalmente expedido y con fuerza vinculante. Esto no quiere decir que un procedimiento tendiente a producir un acto complejo no posea actos de trámite o de mero impulso, lo que sucede es que a pesar de que se profieren en trámites que anteceden el acto complejo, no son preparatorios porque no resuelven absolutamente nada.²⁶⁶ Aunado a lo anterior, hay que advertir que los actos preparatorios pueden provenir de autoridades al interior de una misma persona jurídica o de diferentes personas jurídicas²⁶⁷.

²⁶⁴ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González, Decimocuarta edición, Editorial Tecnos, páginas 537 y 538.

²⁶⁵ Sentencia de noviembre 28 de 1988, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con ponencia de Álvaro Lecompte Luna, Expediente 1053.

²⁶⁶ La Corte Constitucional en la sentencia No T-76396 de noviembre 23 de 1995, Magistrado Ponente: Dr. Fabio Morón Díaz, aceptó esta tesis al interior de procedimientos tendientes a proferir una licencia de urbanización que en sí misma es un acto complejo, así: “En esta perspectiva el certificado de disponibilidad de prestación del servicio correspondería, al igual que el acto impugnado, dadas las características que presentan a la categoría de los denominados actos de trámite, que se definen como aquellos que se producen dentro de una actuación administrativa, en este caso de carácter complejo, con el objetivo de impulsarla hacia una decisión”.

²⁶⁷ El profesor Boquera Oliver, citado por Penagos, explica: “Pero también existen actos para cuyo nacimiento

Por otro lado, su control jurisdiccional es diferente ya que si la causa del daño es un acto complejo “debe enjuiciarse la totalidad de los actos que lo constituye y decretar primeramente su nulidad como premisa indispensable de una reparación, más si dicha causa es la operación, las exigencias procesales se satisfacen con la simple demanda de reparación, sin nulidad previa de ninguna especie”.²⁶⁸ Obviamente, si el acto preparatorio termina de forma anticipada la actuación administrativa, esto es, no deja que se conforme el acto complejo, deberá ser notificado en debida forma y contra él procederán los recursos en vía gubernativa y las acciones contenciosas administrativas pertinentes.

3. Operación administrativa y hecho administrativo

Es menester advertir que entre operación y hecho resulta determinante el tema de la voluntad administrativa para vislumbrar la diferenciación. El hecho es un acontecimiento involuntario que produce efectos jurídicos, al paso que la operación, está constituida por acontecimientos, procedimientos o actuaciones ulteriores al acto administrativo, el contrato estatal, la norma constitucional o legal o la decisión judicial, donde se encuentra inmersa la voluntad administrativa.

4. Operación administrativa y proceso administrativo

El punto culminante para diferenciar estas dos figuras jurídicas es el acto administrativo. Mientras el proceso administrativo; el cual está compuesto por tres etapas: La actuación administrativa, la publicitación del acto administrativo y la vía gubernativa; busca o tiene como finalidad la expedición de un acto administrativo en firme, precedido de todas las garantías posibles para preservar el debido proceso, la operación administrativa busca cumplir con lo decidido en el acto administrativo en firme.

5. La operación administrativa y la vía de hecho

El tratadista Jaime Orlando Santofimio, nos señala que “[...] el concepto de vía de hecho administrativa se ubica por sus caracteres en el ámbito del desconocimiento al bloque de la legalidad, producido este por la irregular, grosera, manifiesta y flagrante actuación de la administración que violenta los derechos, libertades y garantías al expedir un acto administrativo o en sus operaciones de cumplimiento; bien porque la administración no tenía poder para proferir el acto o desarrollar la actividad material

se necesita la unión de voluntades procedentes de diferentes órganos; es decir, no la suma de voluntades de individuos integrantes de un órgano, sino de personas físicas situadas en diferentes órganos de una misma persona jurídica o aún de órganos de personas diferentes.” El Acto Administrativo, Tomo II, parte especial, séptima edición, Ediciones Librería del Profesional, páginas 6 y 7.

²⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, Sentencia de febrero 3 de 1964, Consejo Ponente Guillermo González Charry, ACE, T. LXVIII, números 405 y 406, páginas 337 y siguientes.

de ejecución o porque teniendo este poder utilizó procedimientos manifiestamente irregulares, exagerados o desbordados²⁶⁹.

Sin perder de vista lo anterior, la jurisprudencia nos ha señalado cuales son los requisitos que se deben cumplir para que se configure una vía de hecho, así: “Se configura y caracteriza por dos elementos especiales: Por una parte, cuando la administración ha pretendido ejercitar un derecho que la Ley no le otorga; por otra, cuando la administración obra sin observar el procedimiento que se le ha impuesto”²⁷⁰.

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional ha determinado los eventos que implican la presencia de vías de hecho en el procedimiento administrativo o la operación administrativa, así: “Una actuación de la autoridad pública se torna en una vía de hecho susceptible del control constitucional de la acción de tutela cuando la conducta del agente carece de fundamento objetivo, obedece a su voluntad o capricho y tiene como consecuencia la vulneración de los derechos fundamentales de la persona”²⁷¹.

Frente a todo lo anterior podríamos manifestar, que las operaciones administrativas en un momento dado se podrían tornar en vías de hecho, siempre y cuando se reúnan los requisitos señalados líneas atrás. La jurisprudencia nos da un ejemplo muy claro de cuando una operación administrativa adquiere la connotación de vía de hecho: “La operación administrativa de ejecución de un acto administrativo no notificado constituye una vía de hecho y permite una acción de reparación directa, ya que el afectado no tuvo conocimiento del acto, sino solo de su ejecución, mal podría exigírsele la impugnación de aquel”²⁷².

Por lo tanto podemos concluir que los conceptos de vía de hecho y operación administrativa no se excluyen y por ende, no se comparten algunas decisiones del Consejo de Estado que propugnan por la mencionada tesis²⁷³.

D. Control jurisdiccional de la operación administrativa

Para dilucidar el asunto del control jurisdiccional de la operación administrativa es menester manifestar lo siguiente: No es cierto que la única vía para controlar jurisdiccionalmente operaciones administrativas, es la acción de reparación directa.

²⁶⁹ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, página 112

²⁷⁰ Sentencia de octubre 28 de 1976, anales del Consejo de Estado, año LI, Título XCI, Número 451-452, página 635

²⁷¹ Corte Constitucional, sala plena, sentencia C-37, febrero 5 de 1996.

²⁷² Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diciembre 12 de 1983, Consejo Ponente Carlos Betancur Jaramillo.

²⁷³ Ver sentencia del 28 de octubre de 1976, Sección Tercera, Consejero Ponente Jorge Valencia Arango, expediente No. 1482

Para explicar esta premisa estableceremos las diferentes hipótesis en que se presentan operaciones administrativas y la acción adecuada para controlarlas, así:

Acto administrativo legal: En esta hipótesis se evidencia que la operación administrativa no vislumbra su irregularidad de la ilegalidad del acto, empero, tal operación ocasiona un daño que debe ser reparado.

El doctor Juan Carlos Henao, al criticar nuestro sistema jurisdiccional de control de la administración, manifiesta: “[...] no se sabe con certeza cuál es la acción pertinente en el evento en el que un acto administrativo legal produzca un daño, por ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas”.²⁷⁴ Como se evidencia de lo manifestado por el tratadista, en nuestro sistema jurídico colombiano hay una confusión jurisprudencial y doctrinaria en cuanto a la acción pertinente para el evento que se analiza.

El doctor Henao manifiesta que no se trata de la acción de nulidad y restablecimiento, ya que el acto administrativo no es anulable y además, critica a la jurisprudencia nacional porque esta expresa que la acción pertinente es la de reparación directa. Esta última crítica la basa en el hecho de que los argumentos que sustentan esta posición son endebles y que, por tanto, pueden variar.

En efecto, el ilustre tratadista tiene razón, ya que la jurisprudencia que él trae a colación en la obra transcrita²⁷⁵, señala que la acción de reparación directa busca resarcir el daño proveniente de la irregular ejecución del acto legal pero sin omitir el alcance de dicha decisión, o “será de reparación directa cuando el acto en sí, no es ilegal pero es la fuente del perjuicio por implicar el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.”

Esta solución jurisprudencial ofrece varios interrogantes:

¿Y si se trata de la ejecución regular de un acto administrativo legal?, es decir, si la ejecución del acto administrativo legal no es irregular y produce un daño antijurídico, ¿es viable la solución jurisprudencial? Si se trata de impugnar el acto administrativo legal como fuente del daño antijurídico, ¿se ataca su ejecución sin tocar su contenido?

²⁷⁴ HENAO, Juan Carlos, *El Daño*, Universidad Externado de Colombia, página 80.

²⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, 17 de agosto de 1995, Consejero Ponente: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Sociedad Durán Muñoz y cía. Ltda., expediente 7095.

Creemos que si se tuviera claro el concepto de operación administrativa, este problema jurídico no se presentaría. Es evidente que cuando el daño antijurídico lo produce un acto administrativo legal, lo que se ataca es la operación administrativa, sea esta regular o irregular, ya que esta, en últimas, es la que ocasiona el daño.

La jurisprudencia del Consejo de Estado nos trae dos ejemplos típicos de este evento, los cuales llama: *Actuaciones administrativas fallidas*. Nos dice:

Excepcionalmente la doctrina ha aceptado también la figura de la “operación” frente a actuaciones administrativas fallidas que se dejan sin culminación. Verbigracia, el procedimiento de adquisición de un bien rural que el Incora luego de haber logrado la entrega anticipada del predio, deja inconcluso con perjuicio para el dueño del mismo. A este respecto podrá verse el fallo de esta misma sala dictado el día 17 de junio de 1993, actor Humberto Gómez R, proceso No. 7467 con ponencia de quien redacta este proveído. Así mismo puede darse la misma figura cuando la administración, por ejemplo, luego de iniciar una etapa licitatoria o de concurso no la culmina por las vías legales, cuales son el acto de adjudicación o la declaratoria de deserción.

Como se infiere de lo transcrito, la legalidad del acto de apertura de la licitación, o del acto de expropiación expedido por el Incoder²⁷⁶, no se discute, en realidad lo que se ataca es la no terminación de las actuaciones administrativas en la forma que la ley lo determina, como lo es, con el acto administrativo de adjudicación de declaratoria de desierta la licitación o con la inscripción del acto de expropiación en la Oficina de Registros de Instrumentos Públicos respectivamente, ocasionando, con tal proceder, un daño que debe ser reparado.

Es evidente que en estos casos, no interesa lo que disponga el acto administrativo como tal, lo que se debe hacer es impugnar, a través de acción de reparación directa, la operación administrativa que causa el daño: ya sea, si desborda o no cumple los lineamientos de la decisión administrativa, o, sin desbórdalos o sin incumplirla, ocasiona un daño que produce el rompimiento del equilibrio de las cargas públicas. En este último caso, la operación administrativa es regular²⁷⁷.

²⁷⁶ El Decreto 1292 del 21 de mayo de 2003 suprimió el Instituto Colombiano de Reforma Agraria Incora en su reemplazo se creó mediante el Decreto 1300 del 21 de mayo de 2003 el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder).

²⁷⁷ El Consejo de Estado ha aceptado esta tesis, veamos: “En consecuencia, teniendo en cuenta los razonamientos ya expuestos, la Sala llega a la conclusión de que la acción interpuesta por la señora María del Rosario Arias es la procedente en estos casos, más aún si se tiene en cuenta que no se está controvertiendo la legalidad de ninguna decisión de la administración, sino la causación de unos perjuicios derivados de un acto administrativo legal, como lo sostiene la misma demanda, que en su criterio, está integrado por un certificado de urbanismo y un acuerdo municipal”. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de abril

Lo anterior también se podría aplicar, *mutatis mutandi*, en el evento en que la operación administrativa materialice de manera directa los efectos de una disposición constitucional, una norma legal²⁷⁸ o una decisión judicial. En lo atinente a la responsabilidad por regulaciones estatales, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos: “Por manera que, vista la evolución jurisprudencial en punto de responsabilidad por el Estado-regulador, sea este constitucional, legal o administrativo, la jurisprudencia vigente de esta corporación se inclina decididamente por admitir la procedencia de la acción de reparación directa cuando quiera que no se cuestiona la “legitimidad” del acto normativo causante del desequilibrio ante las cargas públicas”.²⁷⁹

Acto administrativo ilegal: En este caso, la operación administrativa se controla a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En primer lugar, se deberá solicitar la nulidad del acto administrativo por transgredir la constitución o la ley por desviación de poder, por expedición irregular, o por cualquier otra de las causales contempladas en el artículo 84 del CCA, las cuales se podrán dar de manera concurrente. El hecho de declarar la nulidad del acto administrativo, genera la irregularidad de la operación que lo ejecuta (si se llega a ejecutar), por lo tanto, en segundo lugar, se deberá solicitar el restablecimiento del derecho, tratando de que las cosas vuelvan a su estado anterior. La reparación del daño solo se realizará en el caso de que la operación administrativa genere un detrimento patrimonial.

En este caso nunca se podrá utilizar la acción de reparación directa, ya que es requisito de procedibilidad demandar el acto administrativo, el cual, además, es el causante mediato del eventual daño. Por lo tanto siempre se deberá demandar dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación, ejecución, comunicación o notificación del acto administrativo, según el caso (numeral segundo del art. 136 del CCA).

del 2006. Expediente 16.079. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de julio de 2006, páginas: 1220 a 1231.

²⁷⁸ La Corte Constitucional; aunque erradamente habla de que el daño emana de la actuación u omisión del poder Legislativo, cuando en realidad es la operación administrativa que se genera de la ley la que ocasiona el daño; acepta la procedencia de la acción de reparación directa cuando la operación ocasiona el daño como consecuencia de la materialización de una norma legal, así: “... el órgano encargado de fijar el alcance y contenido del precepto legal demandado ha sostenido de manera reiterada que la acción de reparación directa cabe contra los hechos y omisiones provenientes del poder Legislativo. En efecto, la jurisprudencia tanto de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado como de la sección tercera ha reiterado que la vía procesal para reclamar los daños antijurídicos provenientes de la actuación u omisión del poder Legislativo es la acción de reparación directa, [...]”. Sentencia C-083 de 1º de febrero de 2006. Magistrado Ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de julio de 2006, páginas 1243 a 1264.

²⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia de 8 de marzo de 2007. Expediente 16.421. Consejera ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista Jurisprudencia y doctrina de Legis de enero de 2008, páginas 94 a 107.

Es necesario advertir que la operación administrativa no tiene ninguna injerencia en cuanto a la legalidad del acto, ya que este se expide a través de la aplicación del bloque de legalidad. Es decir, al discutirse la legalidad del acto se evaluará todo el procedimiento anterior a su expedición y las razones sustanciales que conllevaron la expedición del mismo. La operación es la consecuencia de todo ese bloque de legalidad condensado en la decisión administrativa.

Norma constitucional derogada, ley declarada inexecutable o derogada, o decisión judicial revocada: en estos eventos solo se ataca la operación administrativa que materialice sus efectos jurídicos, siempre y cuando se trate de una aplicación directa de tales fuentes de producción jurídica que han perdido su vigencia, lo cual es excepcional como se ha venido afirmando durante el desarrollo de este tema.

Acto administrativo de carácter particular no notificado o irregularmente notificado: de acuerdo a las normas propias del procedimiento administrativo, un acto administrativo no notificado o irregularmente notificado no puede producir efectos (art. 48 CCA), es decir, no es posible que se dé una operación administrativa fundada en dicho acto. Sin embargo, la administración, haciendo caso omiso a la mencionada normativa, operativiza en ocasiones actos administrativos de carácter particular no notificados o irregularmente notificados.

Ahora bien, en el caso de que tales operaciones administrativas, de actos administrativos no notificados o irregularmente notificados, ocasionen un daño antijurídico, la acción pertinente para controlarlas será la acción de reparación directa tal como lo ha manifestado la jurisprudencia²⁸⁰.

Esta solución jurisprudencial se produce por la sencilla razón de que el acto administrativo no es eficaz y por ende, la materialización del mismo es anticipada y, de suyo, irregular. Aunque es posible ejercer la acción de nulidad y restablecimiento contra el acto administrativo no notificado o irregularmente notificado que fuere ilegal, en cualquier momento ya que sin este requisito no puede correr la caducidad. En conclusión, en este caso el administrado afectado con una decisión ilegal tiene varias opciones para restablecer su derecho y reparar el daño ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Los anteriores argumentos se hacen extensivos a los actos *administrativos no publicitados o indebidamente publicitados*. Esto en los eventos de decisiones administrativas que no se publican, comunican o simplemente no se ejecutan. Actos administrativos que pierden su fuerza ejecutoria (art. 66 del CCA): en este caso la operación administrativa que los operativice es irregular, habida

²⁸⁰ Auto de febrero 6 de 1997. Expediente 12581. Consejero Ponente Doctor Carlos Betancur Jaramillo.

cuenta que los mismos, en cuanto a sus efectos, ya no se pueden materializar en el tráfico jurídico. En este evento también se utiliza la acción de reparación directa para su control jurisdiccional e incluso opera la acción de tutela por vulneración del debido proceso, pero a nuestro modo de ver de manera subsidiaria.²⁸¹

El contrato estatal: tal como se explicó líneas atrás a partir de un contrato estatal se genera una operación administrativa la cual se identifica con las etapas de ejecución y liquidación del contrato.

Ahora bien, la acción pertinente para controlar este tipo de operaciones administrativas, de suyo complejas, es la acción contractual (art. 87 CCA), ya que es una acción polifacética a través de la cual se pueden atacar los actos administrativos que se expidan dentro de la mencionada operación (interpretación, modificación, o terminación unilateral, etc.), o las actuaciones materiales, realizadas dentro de la misma.

Las operaciones administrativas omisivas: aquellas donde la administración en virtud de una decisión administrativa previa permite que otra persona pública o privada realice o deje de realizar determinado comportamiento, sin una participación activa de la entidad que profirió el acto administrativo, por ejemplo: un acto administrativo que concede una licencia de construcción evidencia una operación administrativa pasiva consistente en que la administración pública permite la construcción de la obra por parte de la constructora respectiva. Las operaciones administrativas omisivas también son controladas a través de la acción de reparación directa, salvo que la decisión de la cual dependan sea ilegal, en cuyo caso se ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Actos administrativos que afectan el presupuesto público con disponibilidad pero sin registro presupuestal que los respalde: El artículo 71 del Decreto-Ley 111 de 1996 que consagra el Estatuto Orgánico del Presupuesto Nacional, señala expresamente que la expedición del registro presupuestal (constancia escrita de afectación de un rubro presupuestal en una inversión específica²⁸²), debe respaldar un acto administrativo que afecte el presupuesto de la entidad pública que lo expide, a tal punto que la inexistencia de tal exigencia de orden presupuestal, implica que la decisión administrativa no esté perfeccionada.

²⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia T-702, de julio 5 de 2005, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas H.

²⁸² Artículo 20 del Decreto 568 de 1996: “El registro presupuestal es la operación mediante la cual se perfecciona el compromiso y se afecta en forma definitiva la aprobación, garantizando que esta no será desviada a ningún otro fin. En esta operación se debe indicar claramente el valor y el plazo de las prestaciones a las que haya lugar”.

Esto conlleva a concluir lo siguiente: no obstante el acto administrativo existir al expedirse, no puede ser ejecutado porque aún no está perfecto. Por tanto, en caso de que la administración pública haga caso omiso de la norma mencionada y materialice los efectos jurídicos del acto, tal materialización se torna en irregular y *mediante la acción de reparación directa* se podrá poner en tela de juicio en los estrados judiciales.

Es pertinente anotar que si el acto administrativo carece de disponibilidad presupuestal (constancia escrita de solvencia económica de la entidad pública para invertir en determinado segmento²⁸³), el problema será de validez por expedición irregular del acto, habida cuenta que la disponibilidad presupuestal debe preceder la expedición de la decisión administrativa que afecte el presupuesto, esto porque toda erogación que realicen las autoridades públicas imputable al erario público debe estar reflejada en el presupuesto (inciso 1 del art. 345 de la Constitución Política).

Por otro lado, el registro presupuestal debe proferirse luego de expedido el acto administrativo, toda vez que si se hace antes, podría entorpecerse el presupuesto de la entidad, debido a que el acto administrativo puede no dictarse, produciéndose así una asignación de recursos específicos para la ejecución de una decisión administrativa inexistente.

Otro tanto se podría afirmar en torno al Contrato Estatal, toda vez que mientras este no cuente con registro presupuestal, no podrá ejecutarse. Como corolario, si se ejecuta sin registro presupuestal, la operación administrativa de ejecución es irregular y la *acción contractual* será procedente para acusarla ante la jurisdicción contencioso administrativa²⁸⁴.

Acto administrativo inexistente: en caso de que la administración pública materialice los efectos jurídicos de un acto administrativo inexistente, la operación administrativa se torna en irregular, susceptible de demandarse en sede jurisdiccional. Por ejemplo: un acto escrito que carezca de la expresión de la administración en adoptarlo, esto es, que no posea en su tenor literal la suscripción o firma de funcionario público o particular que ejerza funciones administrativas y, sin embargo, sea ejecutado²⁸⁵.

²⁸³ Inciso primero del artículo 19 del Decreto 568 de 1996: “El certificado de disponibilidad es el documento expedido por el jefe de presupuesto o quien haga sus veces con el cual se garantiza la existencia de aprobación presupuestal disponible y libre de afectación para la asunción de compromisos”.

²⁸⁴ “[...] la operación administrativa de perfeccionamiento del contrato a que alude el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 constituye una actuación posterior a la existencia misma del contrato, con el fin de asegurarle a este los recursos para su ejecución”. SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, *Indebida Celebración de Contratos*, Página 161, Universidad Externado de Colombia.

²⁸⁵ Pedro Antonio Lamprea comparte nuestra opinión en los siguientes términos: “Cuando el acto sea inexistente o su prueba difícil se ejercerá acción de reparación directa”. *Anulación de los Actos de la Administración*

Acto administrativo verbal: Finalmente en lo que atañe al acto administrativo verbal, se debe tener en cuenta lo anotado frente al acto administrativo legal e ilegal, sin embargo, si se trata de la ilegalidad, es necesario tener cuidado con la prueba de la decisión, en caso contrario las pretensiones podrían desestimarse por falta de elementos de juicio.

E. Conclusión

La operación administrativa es un importante instrumento jurídico que posee la administración para hacer realidad su voluntad plasmada en un acto administrativo, verbal o escrito, o en un contrato estatal. Sin la operación administrativa, el Estado se encontraría paralizado ya que sus decisiones tendrían efectos jurídicos en la teoría, en el mundo de la abstracción y, por ende, no se concretarían en el contexto real del tráfico jurídico. Estas afirmaciones nos llevan a concluir que todo acto administrativo o contrato estatal genera una operación administrativa ya que la sola voluntad sin ejecución es como el proyecto de una obra sin materialización.

Todo acto administrativo evidencia una operación administrativa que se controlará a través de la acción de nulidad, de nulidad y restablecimiento, de reparación directa o contractual, según el caso.

Si un acto administrativo careciera de su respectiva operación administrativa, estaríamos ante un fenómeno poco útil dentro del devenir jurídico, ya que tal decisión no contemplaría una consecuencia práctica. La administración cuando se manifiesta, busca alterar el tráfico jurídico, para beneficio de la colectividad y la realización de los fines estatales.

III. El contrato estatal.

Otro instrumento jurídico a través del cual puede la administración exteriorizar su comportamiento, es el denominado por nuestro ordenamiento jurídico como Contrato Estatal.

El artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, señala que los contratos administrativo y los privados con cláusula de caducidad, se encuentran sometidos al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Es menester señalar que de conformidad a la nueva concepción de los contratos que celebra el Estado, esta diferenciación resulta inocua y por ende su control ya se maneja desde una perspectiva diferente. Pero antes de adentrarnos en la nueva

concepción del Contrato Estatal, se hace necesario hacer un pequeño recuento del porqué de la existencia de dicha diferenciación.

A. Los contratos administrativos y de derecho privado de la administración.

En primer lugar se maneja la diferencia desde una perspectiva jurisprudencial y luego desde una perspectiva legal, veamos:

a. Perspectiva Jurisprudencial: Desde esta se entendía que un contrato administrativo era aquel que en su contenido poseía cláusulas exorbitantes (las cláusulas excepcionales de la actualidad: *terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación unilateral o la caducidad*, art. 14, Ley 80 de 1993). Especialmente en lo relacionado con la caducidad.²⁸⁶ Es decir, todos aquellos contratos que no llevaran inmersas las anteriores cláusulas, eran contratos privados de la Administración.²⁸⁷ Aunado a lo anterior, las providencias judiciales incluían otros criterios para establecer en que eventos se trataba de un contrato administrativo y en que otros un contrato privado de la administración, tales criterios fueron: el del servicio público –concepto bastante problemático de identificar y supremamente subjetivo–, el de la forma, el jurisdiccional y el del ejercicio del poder público. Todo esto generaba una incertidumbre y un caos jurídico de inmensas proporciones, a tal punto que eran comunes los conflictos de competencia entre la justicia ordinaria y la contenciosa administrativa en detrimento del derecho de las partes contratantes y del acceso efectivo a la administración de justicia²⁸⁸.

b. Perspectiva legal: Desde esta concepción, los contratos eran administrativos o de derecho privado de la administración, dependiendo de cómo la ley los clasificara. El Decreto-Ley 222 de 1983, en su artículo 16 traía una precisa clasificación, que hacía que al intérprete no le quedara ninguna duda de cuál era administrativo y cuál era privado de la administración. Sin embargo, este enlistamiento normativo

²⁸⁶ Una cláusula exorbitante debe reunir las siguientes características: “que la cláusula sea imposible de incluir en un contrato privado, es decir, que sería ilegal en un contrato de esa naturaleza; que la cláusula otorgue prerrogativas de poder público, ya sea la administración frente al contratista, ya sea el contratista frente a terceros; finalmente, que la cláusula lleve grabada la marca administrativa, en el sentido que ella no puede haber sido inspirada sino por consideración de interés general imposible de manifestarse en los contratos entre particulares”. (Rodríguez R. Libardo, Derecho Administrativo, General y Colombiano, Duodécima Edición, Temis, Página 329).

²⁸⁷ Rodríguez R. Libardo, Derecho Administrativo, General Y Colombiano, Duodécima Edición, Temis, Página 331.

²⁸⁸ “[...] el juez administrativo, a través del análisis y estudio del correspondiente contrato, determinaba si era competente para su juzgamiento en la medida en que se encontraran argumentos para sustentar su naturaleza de contrato administrativo; de lo contrario, la competencia le correspondía a la justicia ordinaria” Santofimio Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo IV, Universidad Externado de Colombia, página 32.

de los contratos que celebraba la administración pública, fue superado por la *autonomía de la voluntad* y ya el número de contratos que podía celebrar en un momento dado el Estado, hizo que tal clasificación quedara obsoleta y, por ende, en desuso. Sin embargo es necesario manifestar, que el Decreto-Ley 222 de 1983, permitía que otras leyes continuaran con la mencionada clasificación, sin embargo, la ley era paquidérmica frente a los fenómenos sociales y en particular, en lo que tiene que ver con el tráfico jurídico contractual.²⁸⁹

B. El nuevo concepto: el contrato estatal.

Para entender el nuevo concepto de los Contratos que celebra la administración pública, nos debemos suscribir al nuevo concepto del derecho administrativo como un subsistema del derecho positivo, el cual no es más que un complejo normativo que entra a interrelacionarse con los otros subsistemas normativos con el único fin de obtener la justicia social y la materialización del interés general.²⁹⁰ Desde esta perspectiva, en la práctica, la dicotomía entre derecho público y derecho privado carece de utilidad, ya que, si en un momento dado, normas del derecho privado se aplican en fenómenos estatales, dejan su característica de privadas y pasan a ser públicas y por ende, deben ser interpretadas bajo los principios estatuidos en la Constitución Política para la Función Administrativa (art. 209).

Por lo anterior es imposible determinar cuándo empieza lo público y cuando desaparece lo privado, y viceversa.

Ahora bien, un ejemplo claro de esta nueva perspectiva del derecho administrativo es el contrato estatal.

a. Concepto: De conformidad a lo establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos estatales son “[...] todos aquellos actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las Entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad [...]”

Del anterior concepto se colige, que el único requisito que se exige para que un contrato pueda ser calificado como estatal, es que una de las partes que celebre el mismo, sea una entidad estatal o un particular que ejerza funciones administrativas y que en este último caso los contratos que celebre sean en razón de dicha función.

²⁸⁹ Rodríguez R. Libardo, Derecho Administrativo, General y Colombiano, Duodécima Edición, Temis, Página 331.

²⁹⁰ “En este sentido, el derecho tan solo puede ser uno: el positivo o el sistema de derecho positivo, integrado por el mas amplio esquema de subsistemas jurídicos interrelacionados con el propósito fundamental de satisfacer los intereses generales” [...]” La dinámica misma del sistema del derecho positivo invita a que la base jurídica o legalidad predicable de los fenómenos estatales o privados encuentre su sustento en normas de diferente naturaleza, unas veces administrativas y otras, según la necesidad del Legislador o de la realidad de las cosas, civiles o mercantiles.” (SANTOFIMIO, Jaime Orland. Delitos de celebración indebida de contratos. Universidad Externado de Colombia. Bogota D.C., 2000, p. 57).

Por lo tanto no compartimos la tesis del Doctor Libardo Rodríguez R. de que para que un contrato estatal sea considerado como tal, no basta que se cumpla con el requisito señalado anteriormente, sino, que se necesita, además, que el contrato tenga por objeto la ejecución de un servicio público o que en el mismo se incluyan cláusulas exorbitantes.²⁹¹ Es que en este caso en particular, el mencionado tratadista, está exigiendo requisitos adicionales que la ley no contempla.

Ahora bien, el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 trae el listado de las entidades que se consideran estatales para efectos de la contratación estatal. Tal listado se encuentra sustancialmente amplificado por lo establecido en la parte final del inciso 3° del artículo 110 del Decreto 111 de 1996, disposición de la cual se colige que todos los órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica serán considerados como entidades estatales para efectos de la contratación estatal. Aunado a lo anterior, el artículo 112 de la Ley 489 de 1998 precisa que las personas naturales o jurídicas de naturaleza privada, que en ejercicio de funciones administrativas recibidas de una entidad pública mediante acto administrativo o convenio, celebren contratos relacionados con dichas funciones, se sujetaran a lo dispuesto en la Ley 80 de 1993.

A pesar de lo explicado en el párrafo anterior, es pertinente anotar que las personas naturales o jurídicas de carácter privado que ejercen funciones administrativas en virtud de la ley y celebran contratos relacionados con dichas funciones, no se les aplica lo consagrado en el artículo 112 de la Ley 489 de 1998 y por ende la Ley 80 de 1993, aunque a nuestro modo de ver seguirán siendo contratos estatales y como tal sometidos a los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política. Un ejemplo de lo expuesto en este párrafo es lo que acontece con las cámaras de comercio que poseen la función de administrar el registro mercantil en virtud de lo consagrado en el numeral 3° del artículo 86 del Código de comercio. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Por tanto, no resulta aplicable a las Cámaras de Comercio el artículo 112 de la ley 489 de 1998, en la celebración de los contratos necesarios para cumplir las funciones públicas que les ha atribuido la ley pues dicha norma es de aplicación en el caso del particular que ha recibido las funciones públicas o administrativas de una entidad pública, mediante acto administrativo y convenio.

Entonces, con fundamento en dicha norma no les es aplicable a las Cámaras de Comercio el régimen de contratación de las entidades estatales contenido en la ley 80 de 1993; este régimen solo se les aplicará cuando dichas Cámaras deban celebrar contratos en ejercicio

²⁹¹ Derecho administrativo general y colombiano, editorial Temis, duodécima Edición, Páginas 328 y 329.

de funciones administrativas que eventualmente les confiera una autoridad o entidad administrativa, en los términos estipulados en el capítulo XVI artículos 110 a 114 – *de la Ley 489 de 1998, las cuales como se dijo, serán diferentes de las que les tienen asignadas directamente la ley.*²⁹²

Ahora bien, algún sector de la doctrina considera que al concepto del contrato estatal se le incluyó otro ingrediente: que el contrato involucre recursos públicos, como consecuencia de lo contemplado en el artículo 1º de la Ley 1150 de 2007²⁹³. Esta interpretación no puede ser acogida dado que el concepto de contrato estatal contenido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no fue modificado y la referencia que el legislador hace a la contratación con recursos público solo implica advertir que la nueva normativa también puede producir efectos sobre este tipo de contratos. Veamos lo que la doctrina referida ha expresado sobre el particular:

En este contexto, en nuestra opinión, se ha producido una transformación material en el concepto de contrato del Estado respecto del sentido que a éste le imprimía el texto original de la Ley 80 de 1993; por lo tanto, en la hora actual, para que se configure un contrato del Estado se requiere no solo que concurra a él una entidad estatal o un particular que cumpla funciones administrativas, sino que eventualmente se comprometan en él recursos públicos.²⁹⁴

b. Normativa aplicable: El artículo 13 de la Ley 80 de 1993, señala que a los contratos estatales se les aplicará la normativa civil y comercial, salvo en las materias que regule la Ley 80 de 1993.

En este caso, es pertinente anotar que si a un contrato estatal se le aplican las normas civiles o mercantiles, no pierde por este solo hecho las características de tal, con esto se quiere precisar, que si un contrato no tiene cláusulas excepcionales o está regulado en su totalidad por normativa privada, no deja de ser estatal, todo lo contrario los principios de la Ley 80 de 1993 y del artículo 209 de la Constitución Política se le aplicarán en todo su rigor. Por ejemplo: el arrendamiento de un bien fiscal de una entidad territorial se encontraría sometido al derecho privado y a

²⁹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: César Hoyos Salazar. Bogotá D.C. Primero (1) de diciembre de dos mil (2000). Radicación número 1.308.

²⁹³ “Objeto. La presente ley tiene por objeto introducir modificaciones en la Ley 80 de 1993, así como dictar otras disposiciones generales aplicables a toda contratación con recursos públicos”.

²⁹⁴ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública, ensayo publicado en la obra denominada Contratación Estatal, estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2007, compiladores José Luis Benavides y Jaime Orlando Santofimio, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009, página 23.

los principios de transparencia, publicidad, igualdad o moralidad, los cuales se le aplicarían por ser de rango constitucional.

Nunca un contrato estatal tendrá un tratamiento similar a los contratos del derecho privado, ya que siempre estará de por medio el interés general, aunque se evidencie aplicación, en su mayoría, de normativa de naturaleza privada, así lo ha advertido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] por descontado se tiene que todo contrato estatal como expresión de la función administrativa (C.N., art. 209), tanto en su celebración como en su ejecución busca el cumplimiento de los fines estatales, por manera que los contratistas colaboran con el logro de los mismos y, en consecuencia, cumplen una función social que implica obligaciones (L. 80/93, art. 3º), o lo que es igual, las partes convergen en la satisfacción de un interés público y ello es así –como afirma Vedel- porque el objetivo perseguido por la administración debe ser siempre un objetivo de interés público por ser este el fin de la actividad del Estado.²⁹⁵

Ofrece comentario aparte los contratos celebrados por las empresas industriales y comerciales del Estado, empresas sociales del Estado o universidades públicas, entidades públicas que no tienen por objeto la prestación de una función administrativa, eventos en los que no era viable la aplicación de los principios del artículo 209 de la Constitución Política, habida cuenta que tales principios operaban cuando se celebraba un contrato estatal exclusivamente relacionado con la función administrativa y no cuando se estaba en presencia de un servicio público, habida cuenta que servicio público y función pública no se pueden equiparar, salvo cuando el legislador permite que en ejercicio del servicio público se ejerzan potestades exorbitantes, es decir, cuando la ley permite que se profieran actos administrativos y se ejecuten operaciones administrativas, tal como acontece con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, sin importar si son públicas o privadas²⁹⁶.

²⁹⁵ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo– Sección tercera, Auto del 16 de marzo de 2005. Expediente 27.921. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Revista *Jurisprudencia y Doctrina de Legis*. Septiembre de 2005, páginas 1277 a 1283

²⁹⁶ El Consejo de Estado ha sido categórico en manifestar que servicio público y función pública no se pueden equiparar, así: “Así las cosas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la prestación de los servicios públicos no constituye una función pública. Debe tenerse en cuenta que la parte motiva de la citada sentencia constituye su *ratio decidendi*, entendida como fundamento jurídico suficiente, que resulta inescindible de la decisión en cuanto a la definición de la prestación de servicios públicos como función pública, pues la Corte condicionó el sentido de la norma a que el particular que preste un servicio público solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado (Las potestades públicas son la decisión previa y la ejecución de oficio. Quienes quieran profundizar un poco sobre el tema los invitamos a leer el principio de auto tutela administrativa contenido en el capítulo segundo de

Sin embargo el anterior panorama se modificó sustancialmente con el advenimiento de la Ley 1150 de 2007, pues el legislador dispuso de manera expresa que a aquellas entidades públicas que no se les aplique la Ley 80 de 1993, de todas maneras estarán sometidas a los principios contemplados en el artículo 209 de la Constitución Política, lo que significa, entre otras consecuencias jurídicas, que cualquier contrato que celebren deberá estar precedido de un proceso de selección objetiva que culmine con su adjudicación al mejor postor. Por ende, en la actualidad, no hay duda que entidades públicas como las universidades, las empresas sociales del Estado o las empresas industriales y comerciales del Estado, están sometidas al principio de selección objetiva en materia de contratación estatal. Veamos lo consagrado por la reforma a la Ley 80 de 1993, en su artículo 13:

Principios generales de la actividad contractual para entidades no sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública. Las entidades estatales que por disposición legal cuenten con un régimen contractual excepcional al del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, aplicarán en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, respectivamente según sea el caso y estarán sometidas al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.

A lo anterior hay que agregar lo siguiente: la adecuada prestación de los servicios públicos constituye un valor contemplado en todas las actuaciones administrativas (art. 2 del CCA), lo cual tiene una relación directa con la facultad constitucional que posee el Estado de intervención en los servicios públicos para mejorar la calidad de vida de los habitantes del país desarrollando los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad (art. 39 y 334 de la CP)²⁹⁷. Por tanto, en estos eventos,

esta obra.), y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador. Luego por regla general, la prestación del servicio público no constituye función pública, salvo que la ley, de manera explícita, atribuya potestades propias del Estado”. Lo que esta entre paréntesis es fuera de texto. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 17 de febrero de 2005, Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Expediente 27673. Actor: Rodrigo Villamil Virguez, Demandado: Nación Ministerio de Comunicaciones y otros. Providencia publicada en la revista de agosto de 2005 de jurisprudencia y doctrina de Legis, páginas 1087 a 1107.

²⁹⁷ “De manera que los derechos colectivos que se involucran en la prestación de los servicios públicos no aluden a la función pública propia del Estado, sino a una actividad económica que por implicar el tráfico de servicios inherentes a la finalidad social del Estado que la doctrina colombiana, con base en expresión foránea, llama bienes meritoris, exige la intervención del mismo a través de los instrumentos tradicionales de policía administrativa: regulación y control (C.N., art. 365 inc. 2º). En otras palabras, el bien jurídico colectivo por proteger no refiere a la función administrativa, sino a los derechos propios de los consumidores y usuarios particularmente en lo relativo a la calidad del servicio y a su precio”. Consejo de Estado, Sala de

donde una entidad pública presta un servicio público, es necesario siempre adelantar un proceso de selección objetiva con el objeto de contratar con el mejor postor, como consecuencia de la aplicación de los principios consagrados en el artículo 3 del CCA, desarrolladores de los valores contemplados en el artículo 2 de la misma codificación. Como corolario, en materia de contratación estatal, la diferenciación entre servicio público y función pública pasa a un segundo plano, porque en ambos casos siempre se debe adelantar un proceso de selección que culmine con la adjudicación del contrato al mejor proponente.

Un ejemplo específico de la anterior conclusión se refleja en la contratación estatal de las empresas sociales del Estado prestatarias del servicio público de salud, donde el Consejo de Estado señala:

[...] los principios universales –asociados al interés general– contenidos en la Ley 80 de 1993 y relacionados con los fines de la contratación estatal (art. 3.), con los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas (arts. 4 y 5), y con la capacidad (art. 6), así no estuvieren vertidos en mandatos legales, deben presidir la contratación de las empresas mencionadas, pues son postulados que tocan con la moralidad, la continuidad y prestación eficiente de los servicios públicos, y con la garantía de los derechos de los administrados usuarios [...] Sin que haya lugar a recurrir al ordinal 8 del artículo 24 de la Ley 80, es evidente que, en los procesos de contratación de estas empresas, no se podrá actuar con desviación de poder y que las competencias se ejercerán exclusivamente para los fines previstos en la ley, pues ello emana de los principios contenidos en los artículos 121 y 209 constitucionales y 2 y 3 del CCA²⁹⁸.

A lo anterior hay que agregar que cuando una empresa social del Estado tiene la intención de celebrar un contrato de los contemplados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, este estatuto es aplicable en su integridad, porque en dichos eventos se equiparan a establecimientos públicos. Aunado a lo anterior y en consonancia a lo explicado en el aparte jurisprudencial transcrito, a los demás procesos de contratación que celebran las ESE'S se les aplica la selección objetiva por vía estatutaria y atendiendo los manuales internos de contratación, bajo la supervisión de los entes de control, con base en el artículo 365 de la Constitución Política y del 209 de la misma codificación,

lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 13 de mayo de 2004, radicación 5001–23–31–000–2003–00020–01, actor: Jesús María Quevedo Díaz, referencia AP–0020, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 6 de abril de 2000, exp. 1263, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce.

en este último caso, en virtud de lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

Aún más, además de lo dispuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, el Consejo de Estado advierte que la licitación pública opera frente a las entidades públicas que se someten al derecho privado en materia de contratación estatal, en atención a lo dispuesto en el artículo 860 del Código de Comercio, en el cual se expresa de siguiente modo: “Entonces, las entidades públicas cuya contratación está sometida al derecho privado, a las que se les ha restringido temporalmente la contratación directa, pueden seguir contratando, pero mediante la licitación pública regulada por el artículo transcrito; una de dichas entidades son los prestadores públicos de servicios públicos domiciliarios”²⁹⁹.

Sin embargo, en virtud de lo contemplado en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, las empresas industriales y comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta en que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento, sus filiales y las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al cincuenta por ciento, deberán cumplir el procedimiento de selección abreviada de menor cuantía, respecto de los contratos que a título enunciativo identifica el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Sin embargo, estas entidades no estarán sujetas a la ley de contratación en ningún evento cuando desarrollen actividades de naturaleza comercial, vinculadas de una u otra manera al tráfico jurídico sumido bajo concepto de competencia y mercado pero, en todo caso, deben respetar los principios del artículo 209 de la Constitución Política y, por ende, así utilicen el derecho privado, la teleología de dicha normativa deberá propender por el interés general y no por el simple ánimo de lucro particular.³⁰⁰

c. Juez competente: El artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece que el juez competente para conocer de las controversias que se susciten al interior de un contrato estatal, es el juez de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Desde esta perspectiva siempre que el contrato tenga la naturaleza de Estatal, tal como se vio líneas atrás, la jurisdicción ordinaria no podrá abocar el conocimiento de las controversias que se susciten alrededor del mismo. Desde este punto de vista, no compartimos la tesis del doctor Libardo Rodríguez, la cual se reduce a afirmar que cuando el contrato estatal no se celebra en virtud del

²⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo, Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de 2006 Ref.: Ley 996 de 2005. Restricción a la contratación directa. Extracto de concepto transcrito en la revista Jurisprudencia y Doctrina de Legis de abril de 2006, páginas 725 a 729.

³⁰⁰ SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública, ensayo publicado en la obra denominada Contratación Estatal, estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2007, compiladores José Luis Benavides y Jaime Orlando Santofimio, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009, página 28.

servicio o en él no se pactan cláusulas excepcionales, la jurisdicción competente es la jurisdicción ordinaria.³⁰¹

Es que el contrato estatal siempre lo será, así en su totalidad se le apliquen las normas del derecho privado y, en ningún momento, por regla general, la jurisdicción ordinaria podrá conocer de los mismo³⁰². Es obvio entender que el juez administrativo deberá interpretar normas del derecho privado, pero nunca se debe concluir que el régimen privado le quita su competencia para administrar justicia, ya que como lo vimos anteriormente, estas normas a pesar de estar codificadas en la legislación civil y comercial, adquieren la connotación de normas públicas y deben ser tratadas como tales, es decir, la autonomía de la voluntad debe ceder ante el interés general. Por tanto, por regla general, el juez competente para conocer las controversias que se deriven de los Contratos Estatales será el Contencioso Administrativo, a menos que la ley expresamente prevea otra cosa.³⁰³ A pesar de

³⁰¹ “[...] ya sabemos que cuando las normas especiales adquieren cierta importancia, aparece el concepto de derecho administrativo y la consiguiente competencia de la Jurisdicción Administrativa.” (Rodríguez R. Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Duodécima Edición, Editorial Temis, Página 334).

³⁰² En interesante Salvamento de Voto, el cual compartimos en un todo, la Magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, Leonor Perdomo Perdomo, señaló que los Contratos Estatales de administración de recursos del régimen subsidiado de salud previstos en la ley 100 de 1993, no perdían su naturaleza estatal por estar sometidos al régimen privado, veamos: “De su contexto integral, confrontado con el estatuto de la contratación pública, a mi juicio, el régimen de derecho privado ordenado por el Legislador para esta clase de acuerdos en la precitada norma, no tiene el alcance de enervar su naturaleza de contrato estatal, ni de sustraer a la jurisdicción contencioso administrativa del conocimiento de la controversias que en esta materia le fueron atribuidas, como quiera que el nombrado estatuto de la contratación pública no se basa en ese criterio para determinar si el contrato es o no de carácter estatal, pues basta simplemente, como se precisó, que en su celebración concurre un sujeto a quien la ley tenga señalado como estatal para efectos de someterlo a la aplicación del mismo, a menos que expresamente, por mandato legal, desligue alguno del ámbito de regulación contractual allí previsto, lo cual no dispuso la norma de la ley 100 en comentario”. (Salvamento de Voto a providencia del 12 de noviembre de 2003, dentro del proceso radicado bajo el No. 11001010200020033411 01 con ocasión del conflicto de competencias suscitado entre el Juzgado Primero Laboral Del Circuito De Armenia y el Tribunal Administrativo del Quindío).

³⁰³ Como era el caso de los Contratos Celebrados por las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, donde el Juez competente era el ordinario, salvo que se tratara de contratos cuyo objeto fuera la prestación directa del servicio, es decir, aquellos que se celebraban entre la Empresa Prestadora del Servicio Público y los usuarios de dicho Servicio. Sobre este asunto, el profesor Carlos Betancur Jaramillo, al interpretar los numerales 5 de los artículos 132 y 134B del CCA, precisó: “[...] se facilita con ello el control más ágil y eficaz de los actos y contratos de las E.S.P., dejando a la jurisdicción administrativa solo el control de los contratos de servicios públicos y de aquellos que contengan cláusulas exorbitantes y de los actos expedidos con fundamento en aquellos contratos y que de alguna forma afecten la prestación del servicio público o la ejecución del contrato, tales como la negativa a su celebración, la suspensión, terminación, corte y facturación que son típicos actos administrativos susceptibles no solo de agotamiento de vía gubernativa, sino también de control ante la jurisdicción administrativa. Adscribiendo a la jurisdicción ordinaria, el resto de los asuntos”. *Derecho Procesal Administrativo*, Quinta Edición, Señal Editora, Página 117. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la ley 1107 de 2006, los numerales 5 de los artículos 132 y 134B del CCA fueron derogados, pues “en adelante la jurisdicción administrativa conocerá de todos los contratos de las entidades prestadoras de servicios públicos de carácter estatal, tengan ellos o no vinculación directa con el servicio, en tanto esta exigencia desapareció del ordenamiento jurídico al adoptarse, como en efecto se adoptó, un criterio orgánico en el que resulta irrelevante la finalidad del contrato, en tanto esta responde al criterio material o funcional que se quiso justamente superar”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

lo mencionado anteriormente, existen posiciones doctrinales y jurisprudenciales, que en contravía al espíritu de la Ley 80 de 1993, hacen la siguiente ecuación: norma privada = juez privado³⁰⁴.

Se reitera, es necesario que la ley expresamente exonere al contrato estatal de la competencia del juez administrativo, para poder romper la regla general, lo cual en Colombia se había vuelto común y, por ende, la solución generadora de seguridad jurídica que la Ley 80 de 1993 buscaba materializar, al menos en materia de control jurisdiccional, estaba lejos de concretizarse.³⁰⁵ Sin embargo, con la llegada del artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, el cual modificó el artículo 82 del CCA, en el sentido de pasar de un criterio funcional a un criterio orgánico en materia de competencia en torno a las controversias de las cuales debe conocer la jurisdicción contencioso administrativa, parece haberse superado la inseguridad jurídica que reinaba en este tópico, pues basta que una de las partes contratantes sea una entidad pública para que el juez competente sea el contencioso administrativo, por ende, con el nuevo artículo 82 del CCA, se recuperó el espíritu del artículo 75 de la Ley 80 de 1993. Así lo concluyó el Consejo de Estado, luego de observar detenidamente la nueva fisonomía del artículo 82 plurimencionado, veamos:

De la lectura del aparte transcrito, se tiene que en adelante la cláusula general de competencia de la jurisdicción en lo contencioso administrativo ya no gravita en torno al “juzgamiento de controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado”, como señalaba la disposición expresamente derogada del artículo 30 de la Ley 446, que adoptaba un criterio material, sino que ahora se optó por un criterio orgánico, en tanto el objeto de esta jurisdicción quedó determinado por el sujeto a juzgar en tratándose del Estado y no por la naturaleza de la función que se juzga.³⁰⁶

Auto de 18 de julio de 2007. Expediente 29745. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de diciembre de 2007, páginas 2169 a 2188).

³⁰⁴ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, providencia del 12 de noviembre de 2003, dentro del proceso radicado bajo el No. 11001010200020033411 01 con ocasión del conflicto de competencias suscitado entre el Juzgado Primero Laboral Del Circuito De Armenia y el Tribunal Administrativo del Quindío

³⁰⁵ “No obstante lo anterior, el debate sobre esta materia no ha terminado en el derecho nacional. Diferentes disposiciones de naturaleza especial han invertido el principio de la Ley 80 de 1993 y trasladado al derecho privado la regla general en materia de contratación de ciertas entidades que, sin lugar a dudas, no son solo administrativas, sino que de muchos casos cumplen funciones públicas y prestan servicios públicos. Casos ejemplares y que merecen destacarse los tenemos en el régimen jurídico de los servicios públicos domiciliarios, contenidos en las Leyes 142 y 143 de 1994, y en las disposiciones dictadas a propósito de las Universidades Públicas (Ley 30 de 1992)”. SANTOFIMIO. Op. cit., p. 56.

³⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007.

IV. El acto administrativo

El cuarto instrumento jurídico, a través del cual se exterioriza la actividad de la administración pública, es el acto administrativo, el cual se podría definir como aquella decisión expresa³⁰⁷ o presunta³⁰⁸, por regla general voluntaria, de carácter unilateral, proveniente de la administración pública y susceptible de producir efectos jurídicos.³⁰⁹

A. Elementos de acto administrativo

1. **Expresión de la administración pública:** la decisión de la administración debe concretizarse en el tráfico jurídico, es decir, es una manifestación palpable de la voluntad de la administración. Con esto se quiere explicar que no se trata de una simple figura sin ningún peso jurídico, por el contrario es una institución que compromete a la administración y que se puede visualizar de manera nítida en la realidad.³¹⁰ Ya sea a través de un acto escrito suscrito por servidor público o particular en ejercicio de función administrativa, un acto verbal proveniente de esas mismas personas, un símbolo como una señal de tránsito o un tácito como una decisión expresa de la cual se colige una tácita. Consideramos que la no suscripción del acto administrativo escrito (firma de la autoridad), lo torna en un simple proyecto de decisión sin nota de existencia alguna.
2. **Unilateralidad:** en este elemento se debe precisar que la unilateralidad no significa violación del debido proceso para el administrado que resulta afectado con la decisión del acto administrativo. Significa que la decisión final la adopta la

Expediente 29745. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de diciembre de 2007, páginas 2169 a 2188.

³⁰⁷ El acto administrativo expreso puede ser verbal: como una orden militar, escrito, por símbolos: como en el caso de las señales de tránsito o tácito: cuando de una decisión expresa se infiere otra que no se manifiesta, por ejemplo: cuando se nombra a una persona en un empleo de libre nombramiento y remoción, se entiende que quién ocupa el cargo se declara insubsistente al interior del mismo.

³⁰⁸ Las decisiones que resultan del silencio administrativo.

³⁰⁹ El Doctor Santofimio Gamboa lo define como: “Toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendiente a la producción de efectos jurídicos” (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, página 131). Por otro lado, el Doctor Gustavo Penagos lo define como la “Decisión unilateral de naturaleza administrativa, de cualquier órgano del Estado, o de los particulares autorizados por la ley, con la finalidad de crear, modificar o extinguir una relación jurídica” (El Acto Administrativo, Tomo 1, Ediciones Librería Del Profesional, página 120). A su turno, el Profesor Fernando Garrido Falla anota: “Por todo lo dicho no tendríamos ningún inconveniente en coincidir con la definición de ZANOBINI: Es acto administrativo cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa”. (Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decima cuarta edición, Editorial Tecnos, con la colaboración Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, página 547).

³¹⁰ Se trata del medio idóneo y eficaz a través del cual se materializa la legalidad. Desde este punto de vista, constituye una forma legal de expresión de la administración” (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, página 129).

administración pública sin tener en cuenta injerencias del administrado al interior de la misma, no obstante, esta decisión deberá estar precedida de un proceso, por regla general, que haya agotado todo el contenido que contempla el artículo 29 de la Constitución Política.³¹¹

3. La voluntad: toda decisión implica un ingrediente volitivo que la dirige a materializar la finalidad que se busca con la misma. Dentro del derecho administrativo la voluntad no se puede confundir con el querer del servidor público que profiere el acto administrativo, sino con las normas que realizan al Estado Social de Derecho y posibilitan que se dé el bienestar social como una expresión del interés general. Es la voluntad administrativa, entonces un elemento en el cual se refleja el objeto social del Estado, consagrado en el ordenamiento jurídico³¹². Es importante que la voluntad estatal se materialice en el tenor literal del acto administrativo, a tal punto que si no se vislumbra, la decisión por regla general, se torna en inexistente³¹³. Esto es, si un acto de la administración carece de parte resolutive, es solo un documento sin concreción volitiva, es decir, no se sabe que es lo que quiere la administración pública, por tanto, no existe decisión. Este sería el caso, por ejemplo, de un acto que narra sobre una persona que solicitó se le reconociera su status pensional, pero no decide el asunto, otorgando o negando el status pensional.

El elemento volitivo se encuentra, generalmente, en los actos administrativos, sin embargo, existen algunos que no la poseen, por ejemplo, las certificaciones, donde simplemente se da cuenta de una información contenida en los archivos de la administración pública sin ningún tipo de argumentación adicional que resuelva algún asunto en particular o en general.³¹⁴

³¹¹“Lo unilateral es, única y exclusivamente, la decisión final, aquella a través de la cual se resuelve de fondo la actuación; aquella que se pueda calificar como acto administrativo.” (SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, páginas 128 y 129).

³¹²“La voluntad de la administración no puede ser otra que la establecida en la norma constitucional, legal o reglamentaria y que es desarrollada por el interprete y ejecutor de la administración, para el caso concreto el servidor público o el particular con funciones administrativas. La voluntad de la administración no puede confundirse con la voluntad del servidor público o del particular que ejerce funciones administrativas”. SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, páginas 128 y 129.

³¹³ Señala el profesor Brewer Carías: “La manifestación de voluntad es, entonces, una exigencia para que exista el acto administrativo; la cual tiene que haber sido emitida libremente por el órgano administrativo competente”. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 207”.

³¹⁴“El asunto es fácil de entender en la Legislación colombiana. Estaríamos frente a la regla general en relación con la voluntad en los eventos en que la administración debe reconocer un derecho, imponer una sanción, decidir una controversia, otorgar un permiso o una licencia, en fin, cuando se trate de poner término a un procedimiento administrativo. Sin embargo, por vía de expresa definición normativa determinadas situaciones jurídicas adquieren vida por simples actuaciones de las autoridades, en donde no interviene en absoluto la voluntad. El ejemplo lo encontramos en el inciso 3° del artículo 84 del CCA, que considera para todos los efectos actos administrativos de carácter individual a los de certificación y registro. En este sentido, actos

4. Proveniente de la administración pública: En este sentido hay que entender que la administración pública implica la gestión, dirección, ejecución, cuidado, decisión, orientación, aplicación, organización, planificación, dentro de un ámbito de legalidad, discrecionalidad y oportunidad con el objeto de conseguir los fines del Estado. Por lo tanto no importa la rama del poder público a la cual pertenezca el órgano que profiera la decisión, ni tampoco si se trata de un particular, ya que lo que interesa es que si la decisión que se adopta es una expresión de la administración pública, será un acto administrativo³¹⁵. Los artículos 82 y 83 del CCA, nos permiten visualizar normativamente este elemento.

Es pertinente advertir en este punto que las nociones de función administrativa y servicio público no se pueden equiparar, pues la primera se refiere al ejercicio de potestades administrativas en procura de satisfacer el interés general (decisión previa y ejecución de oficio), al paso que el segundo se dirige a describir aquellas prestaciones que buscan satisfacer las necesidades de la comunidad dentro del marco de una economía social de mercado. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, a propósito del nuevo concepto de servicio público domiciliario, en los siguientes términos:

Por manera que, la Carta de 1991 al regular los servicios públicos domiciliarios como un apartado especial de la Constitución económica “dejó atrás la noción de servicio público que lo asimilaba a una proyección de la función pública y optó por un nuevo servicio público basado en el modelo de servicios públicos competitivos: mercado a la vez libre e intervenido, ya que el Estado en su condición de director general de la economía se erigió en el garante

como los de mera certificación o simple conocimiento, actos de información o comunicación, siempre y cuando creen situaciones jurídicas o impongan obligaciones.” (SANTOFIMIO. Op. cit., p.134). También la doctrina extranjera acepta la existencia de actos administrativos que no poseen el ingrediente volitivo, así: “De la definición de acto administrativo por nosotros aceptada resulta la posibilidad de estos meris actos administrativos, que no consisten en declaraciones de voluntad productoras de efectos jurídicos. Ahora bien, actuaciones administrativas de este género se dan, tanto en la esfera interna administrativa, como en la esfera de sus relaciones con otros diferentes sujetos de Derecho. Hemos de advertir, por consiguiente, que, puesto que en otro lugar nos referimos nosotros a los actos administrativos internos que se integran en el procedimiento administrativo, aquí solamente interesan aquellos actos no negociables de carácter externo. Entre los más importantes merece que nos detengamos en los siguientes: las comprobaciones, los certificados, las inscripciones y la resolución de consultas”. (GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decima cuarta edición, Editorial Tecnos, con la colaboración Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, página 574 y 575). Aunque compartimos lo expuesto por el profesor Garrido Falla, nos apartamos de él al considerar los conceptos como actos administrativos, pues éstos carecen de fuerza vinculante.

³¹⁵ “El acto administrativo podría ser producido, por regla general, por los órganos del poder ejecutivo, y por regla de excepción, por las autoridades Legislativas, judiciales o de las entidades autónomas e independientes e incluso por los particulares, cuando les hubiere sido atribuidas funciones administrativas.” (SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, páginas 130).

—que no prestador monopólico—de los servicios. En otras palabras, se trata del cambio del modelo de Estado” (del carácter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios”, en contexto, Revista de Derecho y Economía, No 13, abril de 2002, Universidad Externado de Colombia, p. 22 y ss.). De suerte que, los servicios públicos domiciliarios dejaron de ser concebidos como función pública, a la manera de la escuela realista de Burdeos, para ser tratados como un capítulo singular de la Constitución económica dentro de un modelo “neocapitalista, propio de una economía social de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger el usuario final”. (“Legislador y Juez: ¿Garantías o amenazas al modelo de prestación de los servicios públicos domiciliarios?” en Revista Contexto, Revista de Derecho y Economía, Universidad Externado de Colombia, agosto de 2004, Edición especial No 18.).³¹⁶

La anterior diferenciación es definitiva para el tema que nos ocupa, pues los actos administrativos se predicán del ejercicio de funciones administrativas y no de la prestación de servicios públicos, salvo que en virtud de estos últimos se ejerciten prerrogativas públicas, las cuales deberán estar autorizadas expresamente por el legislador en caso de particulares prestadores de servicios públicos, tal como ocurre con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de carácter privado.

5. Decisión: Por otro lado, al expresarse que es una decisión, se quiere explicar que se trata de una manifestación de la voluntad de la administración que busca modificar una situación jurídica y no de una simple opinión o concepto que no deja de ser una sugerencia que queda bajo el libre albedrío del receptor de la misma, en el sentido de sacarla o no a la luz del mundo jurídico³¹⁷. Es pertinente advertir que la administración pública, en ocasiones, denomina como circulares, conceptos o cartas de instrucciones administrativas, que en principio serían simples opiniones o puntos de vista sin ninguna fuerza vinculante, a manifestaciones administrativas que se tornan en verdaderas decisiones y, por ende, como tales deben ser tratadas, jurídicamente hablando, especialmente a lo que su control atañe, debido a que tienen fuerza vinculante y crean o extinguen o modifican situaciones jurídicas.³¹⁸

³¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 18 de julio de 2007. Expediente 29745. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de diciembre de 2007, páginas 2169 a 2188.

³¹⁷ El Tratadista Penagos, afirma: “Se dice que el acto administrativo es una decisión, característica esencial, para diferenciarla de otras manifestaciones que son simples conceptos, deseos u opiniones” – El Acto Administrativo, Tomo I, Séptima Edición, Librería El Profesional, p. 120–

³¹⁸ “No obstante, puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se expidan decisiones, que

6. Susceptible de producir efectos jurídicos: Todo acto administrativo debe buscar producir efectos vinculantes para con la administración que la responsabilice o beneficie frente a los administrados, es entonces una fuente legal de obligaciones y derechos para la administración pública. Si la decisión administrativa no fuera generadora potencial de efectos jurídicos (crear, modificar o extinguir una situación jurídica), tal como se advirtió en el elemento anterior, sería un simple concepto y no habría necesidad de controlarla a través de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Es por esto, que las decisiones que adopta la administración en virtud del derecho de formulación de consultas consagrado en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, no son actos administrativos, porque no son obligatorias y, por ende, pueden o no ser ejecutadas.³¹⁹ Sin embargo, es importante anotar, además, que en la definición se utiliza la expresión susceptible, con el objeto de referirnos a la posibilidad de que un acto administrativo exista y produzca o no efectos jurídicos. En efecto, si un acto administrativo se profiere pero no se publicita; por medio de las formas consagradas por la ley según el caso (publicación, notificación, comunicación o ejecución); este carece de eficacia y no es oponible (arts. 43 a 48 del CCA). Por lo tanto, es un error definir el acto administrativo por sus efectos, tal como lo explica de manera acertada el Dr. Gustavo Penagos en su obra *El Acto Administrativo*.³²⁰

En el evento en que faltare alguno de los elementos estructurantes expuestos líneas atrás, se configuraría una inexistencia del acto administrativo. A contrario sensu, el acto administrativo solo existe cuando posee la totalidad de dichos elementos; por regla general como ya se explicó, pues en algunos eventos la voluntad no es necesaria.

B. Caracteres del acto administrativo

Los caracteres del acto administrativo se derivan del principio de autotutela administrativa que rodea a la administración pública y del principio de legalidad al

son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna pueden ser demandables por vicios de formación, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero. Bogotá, D.C., Dieciséis (16) de febrero del año dos mil uno (2001). Radicación número 3531, Actora Susana Montes de Echeverri. Acción de Nulidad.

³¹⁹ “La manifestación de voluntad debe provocar alteraciones jurídicas en el mundo exterior, modificando o extinguiendo las existentes o creando nuevas situaciones de relevancia ante el derecho, esto como efecto directo de su carácter decisorio”. (SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, páginas 131).

³²⁰ El Acto Administrativo, Tomo I, Editorial Librería El Profesional, Séptima Edición, Páginas 124 y 125.

cual debe estar sometida³²¹, habida cuenta que la misma busca materializar el interés general y los fines del Estado, sin estar sometida al querer de facciones o intereses particulares. Así lo explica el profesor Gustavo Penagos, en los siguientes términos:

Los caracteres exorbitantes del Acto Administrativo, son propios de la supremacía del Estado, que en sus relaciones de interés general, se rigen por el derecho público, Por eso los caracteres enunciados no se encuentran en los actos de derecho privado.

Se observa, además, que la presunción de legalidad, la ejecutoriedad, o bien la estabilidad de los Actos Administrativos que crean situaciones jurídicas a favor de un particular, encuentra apoyo y fundamento en la actividad misma del Estado de Derecho, que presume actúa siempre de acuerdo con la Constitución y leyes, conforme se deduce del artículo 6º [...] ³²²

Como corolario de lo anterior, los caracteres del acto administrativo son los siguientes:

- Se presume legal³²³ y veraz: tal como se explicó al abordarse el principio de legalidad, al ser el acto administrativo la expresión del bloque de legalidad, se sobreentiende que este lleva implícito todos los requisitos sustanciales y procesales que ordena el régimen jurídico para poder adoptar una decisión de la administración pública con efectos vinculantes. Es por esto que un acto administrativo solo puede desaparecer del ordenamiento jurídico si es revocado por la administración pública o si es declarado nulo por la jurisdicción contencioso administrativa. Si no fuere así, la actividad de la administración pública se vería obstaculizada, con grave detrimento en la satisfacción de los intereses del Estado³²⁴ Por otro lado, como consecuencia de la presunción de

³²¹ “A pesar de que durante el “ancien régime” en Francia se configura ya un recurso jerárquico que, consiguientemente, implica un examen jurídico de determinados actos de las autoridades administrativas, es la consagración del principio de la legalidad de la Administración pública posterior a la Revolución francesa la que concede a ciertos actos de la Administración la significación peculiar de actos administrativos. Del caos indisciplinado de operaciones materiales de todas clases que indiferenciadamente realizaba el Estado-policia se va a desprender la noción de acto administrativo para designar un acto jurídico de naturaleza específica que viene a determinar el sentido en que la regla de Derecho debe aplicarse al caso individual”. (GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decima cuarta edición, Editorial Tecnos, con la colaboración Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, página 537).

³²² El Acto Administrativo, Tomo I, Ediciones Librería del Profesional, página 446.

³²³ El Consejo de Estado explica sobre la presunción de legalidad lo siguiente: “Como es bien sabido, la presunción de legalidad, legitimidad, validez, ejecutividad o de justicia de que están dotados los actos administrativos y que le da plena eficacia y obligatoriedad a esta manifestación de la actividad de la administración, supone que todo acto administrativo está conforme al ordenamiento jurídico superior. Se trata, por supuesto, de una presunción legal o iuris tantum y no iuris et de iure, vale decir, que admite prueba en contrario y por lo mismo es desvirtuable ante los jueces competentes.” Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de diciembre de 2007. Expediente 16.503. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de octubre de 2008, páginas 1703 a 1712.

³²⁴ “De no existir tal principio, toda la actividad administrativa sería directamente cuestionable en principio

legalidad en cuanto a los fundamentos de derecho, también se evidencia la presunción de veracidad en cuanto a los fundamentos de hecho, habida cuenta que la administración pública debe actuar siempre acorde con el principio de buena fe y confianza legítima propio del bloque de legalidad (art. 83 de la Constitución Política)³²⁵.

La Corte Constitucional en la sentencia T-445 de 1994, precisó los fundamentos constitucionales y legales de la presunción de legalidad de los actos administrativos, así:

Entonces la administración está definiendo derechos y a la vez creando obligaciones inmediatamente eficaces, gracias a la presunción de validez y de la legitimidad de que gozan sus actos. La presunción de legalidad significa que los actos tienen imperio mientras la autoridad no los declare contrarios a derecho. Este carácter del acto administrativo llamado efecto de ejecutividad, tiene su fundamento en el artículo 238 de la Constitución Política por cuanto al establecer que la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por la vía judicial, significa a *contrario sensu* que mientras no se suspendan los efectos de los actos administrativos, son plenamente válidos.

También se encuentra contenido el principio de ejecutividad en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo, [...]

- Es ejecutivo y ejecutorio: en virtud del principio de autotutela administrativa, la administración pública no requiere de autorizaciones de otros órganos del Estado o de los administrados, para concretizar las decisiones que ella adopta, es decir, no necesita de una decisión judicial o de una Ley, o de la autorización de un particular para que la administración materialice los efectos jurídicos contemplados en el acto administrativo que quede en firme³²⁶.

(valga la redundancia) –aunque la legitimidad fuera patente– obstaculizando el cumplimiento de los fines públicos al anteponer un interés individual de naturaleza privada al interés colectivo o social, en definitiva, al interés público”. Juan Carlos Cassagne en cita que hace el profesor Cretella Junior, José, en su obra Principios Fundamentales del Derecho Administrativo, Tomo 1, pp. 52 y 53.

³²⁵ Sobre el particular el Consejo de Estado, en el caso de un acto administrativo que declaró la caducidad de un contrato estatal, señaló que el mismo se encontraba amparado por la presunciones de legalidad y veracidad, de lo cual se colige que ambas son propias de las decisiones administrativas, veamos: “Fueron estas las razones en que se fundamentó la decisión de declarar la caducidad, la cual se encuentra en firme luego de resolverse los recursos interpuestos contra la misma y no ha sido revocada o suspendida, lo que de suyo obliga a concluir que en el estado actual del proceso, se encuentra amparada por las presunciones de veracidad en cuanto a los hechos y de legalidad en cuanto a sus fundamentos de derecho”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 25000 23 26000 2002 1216 0127921 de 2004.

³²⁶ “Los actos jurídicos creados por el acto administrativo deben hacerse eficaces para lo cual el ordenamiento le

- **Carácter irretroactivo:** esta característica del acto administrativo busca darle plena validez al principio de seguridad jurídica que se deriva de la legalidad que debe imperar en todo Estado de derecho. Las situaciones jurídicas consolidadas o que generen derechos adquiridos³²⁷ no podrán verse alteradas por decisiones de la administración pública que se profieran en el futuro, ya que, en caso contrario la zozobra y el caos reinarían en el patrimonio del conglomerado³²⁸. En el evento de que un acto administrativo exprese en su tenor literal que sus efectos jurídicos rigen hacia el pasado, estaría viciado de nulidad por incompetencia, porque la administración se atribuye una potestad que no posee, la cual solo reposa en cabeza del legislador, situación que la doctrina ha considerado como uno de los eventos de exceso de poder³²⁹.

reconoce suficientes poderes de ejecución a la administración, no solo para que los de a conocer, sino también, si es del caso, para que los haga efectivos y eficaces unilateralmente, a través de los procesos o procedimientos operativos coherentes con lo dispuesto en ellos”. (SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, página 132).

³²⁷ Artículos 58, 332 y 336 de la Constitución Política y 73 del Código Contencioso Administrativo. Obviamente debe tratarse de derecho que ya ha ingresado al patrimonio de las personas, pues las meras expectativas no gozan de protección alguna, tal como sucede con los actos administrativos de carácter general que reconocen derechos a un número indeterminado de personas, los cuales pueden ser derogados en cualquier momento sin pedirle permiso a nadie. Cosa diferente ocurre con las decisiones de carácter particular que le otorgan derechos a personas perfectamente individualizadas, las cuales si gozan de protección por el ordenamiento jurídico superior. Otro tanto se puede manifestar de aquellas situaciones consolidadas que solo esperan del acto administrativo que las reconoce para su plena realización, tal como ocurre cuando una persona alcanza la edad requerida por la ley y las semanas cotizadas exigidas por el ordenamiento superior, para verse acreedor del status pensional. Aunque el Consejo de Estado, interpretando el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, considera que con el cumplimiento de las semanas cotizadas o el tiempo de servicios, ya se tiene el derecho adquirido y, por ende, la edad solo es un requisito accidental que se cumple cuando ya el status pensional se posee. Veamos lo que la máxima corporación de lo contencioso administrativo considera sobre este asunto: “Como se colige, el requisito de la edad tiene trascendencia, en algunos casos, para exigir la prestación, pues una vez completado el tiempo de servicios o las semanas cotizadas ya existe un derecho cierto para el trabajador, que no puede ser desconocido por el Legislador. Y no se trata aquí de una expectativa, pues el derecho se consolidó, por haber completado o bien el tiempo de servicios o bien el número de cotizaciones, sin embargo lo que sucede es que su reconocimiento y pago pende o bien de la llegada de la edad o del acacimiento de la muerte. Puede decirse entonces que existe una situación jurídica que no puede ser desconocida por el Legislador. Debe hablarse pues de un derecho adquirido cuando se completa el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios requeridos, que debe ser protegido por el Legislador, ya que como es sabido, a este, por mandato constitucional, se le impone respetar todos los derechos, garantías y beneficios adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores. Por ello, dentro de la previsión que consagra la ley 100 de 1993 en su artículo 11 debe entenderse que queda amparado también el trabajador que habiendo cotizado al sistema de seguridad social o servido al Estado las semanas y el tiempo requerido, no hubiere cumplido, a su entrada en vigencia, la edad cronológica para exigir la prestación”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Bogotá, D.C., trece (13) de marzo de dos mil tres (2003), Radicación número 17001-23-31-000-1999-0627-01 (4526-01), Actor: Carlos Enrique Ruiz Restrepo, Demandado: Universidad Nacional de Colombia.

³²⁸ El Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Segunda, mediante Sentencia de diciembre 12 de 1984, con ponencia de Álvaro Orejuela manifestó “[...] de la irretroactividad de la Ley se deduce la irretroactividad de los actos administrativo, los cuales no pueden surtir efectos con anterioridad a su vigencia. Solo en forma excepcional puede un acto administrativo tener efectos hacia el pasado y siempre con base en una autorización legal [...]”

³²⁹ El profesor Gustavo Penagos explica que “el acto administrativo no produce efectos sino para el futuro.

A pesar de lo mencionado anteriormente, nuestro ordenamiento jurídico contempla dos excepciones al principio de irretroactividad de los actos administrativos, sin dejar de advertir que la ley puede contemplar expresamente otras excepciones³³⁰, así:

1. Por regla general³³¹, los actos administrativos generales que excepcionalmente³³² consagren sanciones, como por ejemplo: los reglamentos de policía departamentales adoptados mediante ordenanzas³³³. En estos casos, en virtud del principio de favorabilidad, la sanción más benigna, aunque sea normada posteriormente al momento del acaecimiento de la conducta reprochable, deberá ser la que se aplique. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en los siguientes términos:

El principio de legalidad de las sanciones indica de un lado que corresponden al legislador crear, modificar o suprimir los tipos penales y establecer, modificar o suprimir sanciones. De otro significa también que dicho señalamiento debe ser anterior al hecho

Enseña el profesor Rivero que la aplicación con retroactividad de un Acto Administrativo puede dar lugar a su declaratoria de nulidad por exceso de poder, pues la administración no puede hacer remontar los efectos de su decisión mas allá de los límites autorizados por la ley". El Acto Administrativo, Tomo II, Ediciones Librería del Profesional, Sétima Edición, página 798.

³³⁰ Sin embargo, desde nuestro punto de vista, estas excepciones legales deben estar acordes a nuestro sistema constitucional, en caso contrario podrían ser inconstitucionales porque vulnerarían postulados como el de los derechos adquiridos (Artículo 58 de la Constitución).

³³¹ En materia de sanciones administrativas por política económica, no se aplica la favorabilidad y por ende la retroactividad de los actos administrativos, tal como lo explica el Consejo de Estado, así: "[...] en materia de política económica, como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Corporación, no tiene aplicabilidad el principio de favorabilidad penal, pues su contenido hace relación a las definiciones propias de un momento dado y, por consiguiente, son por esencia cambiantes". (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de octubre de 2002, Radicación 1454, Consejera Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri). Sin embargo, en reciente pronunciamiento la DIAN, mediante concepto 4525 de enero 25 de 2012, señaló que la favorabilidad opera en todos los ámbitos punitivos. Así las cosas, este principio también se aplica en los procesos sancionatorios cambiarios adelantados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

³³² La regla general es que las sanciones solo pueden ser tipificadas por la ley expedida por el Congreso de la República, tal como lo explica la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en los siguientes términos: "En virtud del principio de legalidad consagrado constitucionalmente en el artículo 29, solo la ley o norma que tenga igual jerarquía normativa, puede tipificar las faltas y señalar las sanciones correspondientes; es lo que se conoce con la denominación de "reserva legal". En consecuencia, no es jurídicamente posible que normas de carácter reglamentario puedan señalar faltas penales o delitos, ni tampoco las de carácter disciplinario o contravencional, ni sanciones aplicables a cada uno de los casos anteriores". (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 16 de octubre de 2002, Radicación 1454, Consejera Ponente: Dra. Susana Montes de Echeverri).

³³³ "[...] la Sala estima que las Asambleas Departamentales no pueden reglamentar lo relativo a las medidas correctivas establecidas por el Código Nacional de Policía, de tal manera que toda regulación debe atender lo dispuesto por dicho Código. La Constitución Nacional en esta materia le ha dado atribuciones específicas al Legislador, por lo mismo, es a él al que corresponde –en cumplimiento de la cláusula general de competencia de expedir las leyes– determinar todo lo relativo a la policía tanto a nivel nacional como local y, solo cuando la ley no haya regulado aspectos de la policía local, le corresponde a las Asambleas Departamentales hacerlo, siempre que se guarde la debida armonía entre el ordenamiento legal y el proveniente de la ordenanza". Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 25 de mayo de 1989. Radicación 277. Consulta del Señor Ministro de Gobierno.

que se pretende sancionar. No obstante, este último alcance del principio de legalidad de las sanciones no es absoluto, pues una persona puede resultar sancionada conforme a una ley que no estaba vigente al momento de cometer el delito o la falta, siempre y cuando sea más favorable que la que tenía vigencia en el momento en que se infringió la ley³³⁴

De este mismo parecer es la doctrina extranjera, la cual se expresa en los siguientes términos:

Por lo que se refiere a los actos administrativos de carácter normativo, hay que partir indudablemente de la aplicabilidad del artículo 2 o 3 del Código civil, según el cual “las leyes no tendrán efectos retroactivos si no dispusieran lo contrario”. Ahora bien, ésta, que no es sino una regla de interpretación respecto de las leyes formales, se ha querido elevar por algún sector doctrinal, tratándose de disposiciones administrativas, a la categoría de prohibición absoluta, negando a todo Reglamento la posibilidad de autodeclararse retroactivo. Si bien es cierto que es ésta una cuestión en la que pueden encontrarse argumentos en pro y en contra, también lo es que, entre nosotros, los Reglamentos suelen dictar con inclusión de una cláusula de respeto para los “derechos adquiridos”, que vienen así a convertirse en el auténtico límite de su retroactividad, como se desprende del artículo 9.3 de la Constitución. En todo caso, son nulos los reglamentos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 de la Constitución y art. 62.2 de la LRJ y PAC). A sensu contrario, las disposiciones sancionadoras favorables al presunto infractor producirán efectos retroactivos (art. 128.2 de la z y PAC).³³⁵

2. En materia laboral administrativo, siempre y cuando la favorabilidad opere sobre derechos adquiridos con justo título. Es el caso, por ejemplo, de un acto administrativo que liquida una mesada pensional, en cuyo evento, la reliquidación se entiende desde el momento en que se adquirió el status. Así lo ha explicado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] los funcionarios del orden judicial al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, y por consiguiente, con ese criterio han de interpretarse y aplicarse las

³³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-922 de agosto 29 de 2001.

³³⁵ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, 2005, Editorial Tecnos, con la colaboración Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, página 642.

disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho. Y también, porque no debe olvidarse que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador y además porque la norma que se adopte debe aplicarse en su integridad, como lo dispone el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, precepto este que en opinión de la Sala de lo Contencioso Administrativo opera no solo en el sector privado sino también en el oficial.³³⁶

C. Clasificación de los actos de la administración pública

Con el objeto de determinar de manera precisa la naturaleza jurídica del acto administrativo, es necesario analizar la clasificación de los actos de la administración pública, los cuales son controlables en su totalidad por la rama jurisdiccional³³⁷, con el fin de que no se confundan con el acto administrativo, ya que los actos de la administración pública son el género³³⁸ y los actos administrativos la especie³³⁹. Sin olvidar que los actos administrativos son una expresión de la teoría general del acto jurídico como fuente de las obligaciones³⁴⁰, tema que se analiza en el ordenamiento positivo, en especial en el derecho común (civil y comercial).

³³⁶ Sentencia del 15 de abril de 1970, Referencia 1563. Resoluciones Ministeriales.

³³⁷ Excepto cuando actúa como Juez, en cuyo caso cabrían los recursos en sede judicial o la acción de tutela de manera excepcional, o cuando profiere actos incontrovertibles jurisdiccionalmente, simples conceptos sin poder vinculante o cuando actúa como Legislador.

³³⁸ Contratos, actos que se equiparan a la ley, decisiones jurisdiccionales, simples conceptos sin poder vinculante o actos privados.

³³⁹ El Estado moderno, no siempre se manifiesta con las prerrogativas de supremacía, pues en ocasiones realiza actos de derecho privado, contratos con particulares, ejerce funciones industriales y comerciales, a través de las Sociedades de Economía Mixta, y de las Empresas Industriales y Comerciales, en donde se aplica el Derecho Civil y el Comercial, por mandato expreso de la misma ley, ejemplo artículos 93 y 97 de la Ley 489 de 1998.” Penagos Gustavo, *El Acto Administrativo*, Tomo I, Ediciones Librería del Profesional, Séptima Edición, página 445.

³⁴⁰ “Acto jurídico es la manifestación unilateral o bilateral de la voluntad ejecutada con arreglo a la ley y destinada a producir un efecto jurídico que puede consistir en la creación, conservación, modificación, transmisión, transferencia o extinción de un derecho”. (Arturo Alessandri Rodríguez. *De los contratos*, Temis Editorial Jurídica de Chile, p.1.). El profesor Fernando Garrido Falla considera los actos administrativos que materializan la voluntad del órgano administrativo como negocios jurídicos y los diferencia de los meros actos administrativos en el hecho de que estos últimos simplemente ejecutan la ley, veamos: “Si, pues, en los negocios jurídicos el órgano administrativo quiere el acto en sí y quiere igualmente los efectos jurídicos que el acto está destinado a producir, en cambio, en los meros actos administrativos la voluntad del órgano se dirige únicamente al cumplimiento del acto. Es solo voluntad de cumplir la norma, por lo que los efectos jurídicos que se producen no derivan de la voluntad de la autoridad administrativa, sino de la ley, a cuya simple el acto se dirige”. (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo cuarta edición, con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, página 568).

De acuerdo a su connotación jurídica:

a. Actos políticos o de gobierno: son aquellos que surgen del artículo 115 Constitucional, que expresa que el presidente de la República es el jefe de Gobierno y este se encuentra conformado por el presidente, los ministros del despacho y los directores de los departamentos administrativos. La jurisprudencia ha discriminado, entre otros, los ámbitos dentro de los cuales se profieren este tipo de actos del siguiente modo: cuando se trata de las relaciones internacionales; cuando se trata de actos ante las otras ramas del poder público; y cuando se trata de guerra exterior y en general de estados de excepción, siendo los actos políticos o de gobierno una especie de los actos administrativos³⁴¹. Desde nuestro punto de vista, un ejemplo típico de un acto administrativo de carácter político o de gobierno es el que declara un estado de excepción, toda vez que a la luz de la Constitución Política, solo los decretos legislativos que se dictan con fundamento en tal decisión administrativa pueden ser considerados actos con la misma entidad que la ley en sentido formal. Algunos ejemplos se pueden encontrar en los incisos primero y segundo del artículo 215 de la Constitución Política.³⁴²

b. Actos administrativos: son el resultado de las actuaciones de la administración pública tendientes a cumplir los fines estatales, como expresión de dirección, cuidado, gestión decisión, orientación, aplicación, organización y planificación del sector público. Por ejemplo: el reconocimiento de una pensión por parte de la administración pública.

2. De conformidad a la situación jurídica:³⁴³

³⁴¹ "Los actos internacionales de la administración pública no son más que modalidades teóricas de los actos políticos o de gobierno y que la Ley Colombiana los acepta como sujetos al control jurisdiccional contencioso administrativo, lo que conduce a deducir que entre los actos administrativos pueden existir algunos que merezcan calificativo de acto de gobierno, circunstancia que no excluye su calidad de actos administrativos con todas las consecuencias que se deriva, una de ellas, la posibilidad de ser impugnados mediante recursos administrativos o jurisdiccionales[...]" (Consejo de Estado, 23 de octubre de 1992). A diferencia de lo que ocurre en Colombia, algún sector de la doctrina española no califica los actos políticos o de gobierno como administrativos, veamos: "La definición del acto administrativo que acabamos de ofrecer excluye del concepto aquellas actuaciones que no son una consecuencia del ejercicio de una potestad administrativa. Por consiguiente, quedan fuera del concepto, y cabalmente, por tal razón, los llamados actos de gobierno y los actos sometidos al régimen privado. Como puede verse, esta es la única relevancia que, a efectos del régimen jurídico, tienen en esta materia los puntos de vista no estrictamente formales". (GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo cuarta edición, con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, página 548).

³⁴² Sin embargo nuestra Corte Constitucional ha considerado que el Decreto que declara un estado de emergencia no es un acto administrativo, sino un decreto con el mismo grado de la ley en sentido formal y como tal ha asumido su control, como en efecto lo advierte el tratadista José Gregorio Hernández Galindo, así: "[...] la Corte ha ejercido el control material de los decretos que han puesto en vigencia los estados excepcionales. Ha declarado la mayoría de ellos ajustados a la Constitución, pero en tres ocasiones los ha hallado inconstitucionales. Así puede verse en las sentencias C-300 del 1 de julio de 1994, C-466 del 18 de octubre de 1995 y C-122 de marzo de 1997[...]" (Poder y Constitución, Legis, p. 170).

³⁴³ Sobre las situaciones jurídicas generales y las situaciones jurídicas individuales, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos: "En relación con las situaciones jurídicas la Sala trae las siguientes observaciones:

Las situaciones jurídicas están constituidas por un conjunto de derechos a todos los individuos que se encuentran

- a. Actos regla: aquellos que crean, modifican o extinguen situaciones generales, impersonales y abstractas, ejemplo un decreto reglamentario.
- b. Actos subjetivos: crean, modifican o extinguen una situación jurídica, individual o concreta, ejemplo un acto administrativo sancionatorio. La subjetividad se traduce en una determinabilidad de los afectados con la decisión a tal punto que puedan ser individualizados con sus nombres y cédulas.
- c. Actos condición: sitúan al particular en una situación jurídica general, previo el cumplimiento de ciertos requisitos, a la cual se somete por su propia voluntad³⁴⁴, por ejemplo: quién se acoge a un cargo de libre nombramiento o remoción sabe de antemano que no posee fuero de estabilidad alguno y en cualquier momento puede ver revocado su nombramiento³⁴⁵. Este tipo de actos administrativos generan una situación jurídica previamente establecida en la ley.³⁴⁶

3. De conformidad al papel cumplido por la administración:

- a. Actos de poder: en este evento la administración pública actúa dentro de un ambiente de prerrogativas y poder que la ubican por encima de los administrados, ejemplo acto administrativo.

en igualdad de condiciones, se tiene la situación general, impersonal, abstracta. En cambio, cuando ese conjunto de derechos y obligaciones se predica de una persona o de varias personas que se pueden determinar fácilmente, se tiene la situación individual, subjetiva, concreta. Anotan los tratadistas como caracteres de la situación jurídica general los siguientes: es impersonal y abstracta, esto es, se refiere a un número indeterminado de casos; es permanente, esto es, no se extingue, por el ejercicio de los derechos y obligaciones que por medio de ella se crean; es esencialmente modificable por la ley o por el reglamento. Por tanto, no se puede alegar que la norma que crea la situación jurídica general constituya un derecho irrevocable.

En la situación jurídica individual se encuentra precisamente los caracteres contrarios. Es personal y concreta, o sea que los derechos y obligaciones que la constituyen solo existen para una persona determinada o un grupo de personas determinables; es temporal, es decir, se extingue por el ejercicio de los derechos que otorga o por el cumplimiento de las obligaciones que impone; es inmodificable por un acto creador de situaciones jurídicas generales, y no es revocable”. (Consejo de Estado, Sentencia de 20 de abril de 1971, publicada en Anales del Consejo de Estado, Tomo XLVII Nos. 429 a 430, 1971, páginas 262 y ss.).

³⁴⁴ La génesis del acto condición la encontramos en la teoría general del contrato estatal, donde la administración pública ofrecía un derecho bajo ciertas condiciones a una persona y esta presentaba una respuesta positiva, es decir, acogía el derecho bajo las condiciones propuestas. El Dr. Santofimio explica: “El consentimiento típico del contrato se explicaba por esta corriente ideológica, no como la conjunción de voluntades en torno a un propósito común, sino como la declaración de dos voluntades que individualmente constituían actos jurídicos distintos y de diferente naturaleza: la voluntad del Estado, de derecho público, y la voluntad del particular, de derecho privado, constituyendo esta última, frente al acto administrativo estatal, una respuesta a la que se le dio el nombre de acto condición”. Tratado de derecho administrativo, Tomo IV, Universidad Externado de Colombia, página 36.

³⁴⁵ RODRÍGUEZ R, Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Duodécima edición, Editorial Temis, página 205.

³⁴⁶ “Los actos condición los define la doctrina y la jurisprudencia como aquellos que colocan a una persona en una situación jurídica general, impersonal y objetiva, o sea que no crea situaciones jurídicas individuales, puesto que la persona designada va a ser investida de una situación ya existente y determinada por ley o reglamento. Señalan así mismo que el acto condición típico es el de nombramiento”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto de septiembre 3 de 1998. Expediente 2034. Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

b. Actos de gestión: la administración pública se coloca al mismo nivel de los particulares, nivel atemperado por el interés general: el contrato estatal, los convenios o los actos privados.

4. Desde el punto de vista del contenido:

a. Los actos generales: son aquellos que se refieren a personas indeterminadas, sin importar el número de las mismas, por ejemplo, los decretos reglamentarios³⁴⁷.

b. Los actos particulares: se refieren a personas determinadas o determinables, sin importar el número de las mismas, por ejemplo un acto administrativo que reconoce una pensión³⁴⁸.

c. Los actos mixtos: los cuales por su contenido derivan las dos connotaciones, esto es, actos de contenido general y de contenido particular y concreto³⁴⁹.

5. De conformidad a las voluntades que intervienen en su elaboración

a. Los actos unilaterales: el ejemplo es obvio, el acto administrativo, ya que la decisión proviene de la administración pública en exclusividad como una manifestación de su poder exorbitante.

b. Los actos bilaterales: en este evento participan más de una voluntad para su nacimiento jurídico, por ejemplo: los contratos estatales o los convenios en general.

6. De conformidad a la laxitud de la ley que los precede:

a. Actos que emanan de una potestad reglada: son el resultado de una ley que no permite un mayor margen de actividad por parte de la administración pública y

³⁴⁷ “Por actos administrativos de contenido general se entienden aquellos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de carácter impersonal, objetivo, abstracto; no son obligatorios mientras no hayan sido debidamente publicados; contra ellos no proceden recursos en vía gubernativa. En el derecho colombiano se incluyen dentro de esta modalidad, los actos normativos, cuyo prototipo es el decreto reglamentario”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 10227. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez., Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de junio de 2007, páginas 914 a 920.

³⁴⁸ “Por actos administrativos de contenido particular se entienden aquellos que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas de carácter personal, subjetivo o concreto; su eficacia depende de que hayan sido debidamente notificados –excepcionalmente comunicados v.gr. nombramientos– y se encuentren en firme; contra ellos, por regla general, proceden recursos en la vía gubernativa.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 10227. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez., Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de junio de 2007, páginas 914 a 920.

³⁴⁹ “Para eventos en los cuales un acto administrativo incorpore simultáneamente decisiones de contenido general y de contenido particular, esta corporación ha admitido la existencia de los actos mixtos, cuyo régimen jurídico aplicable es el que corresponda a la naturaleza de la respectiva decisión.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 10227. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez., Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de junio de 2007, páginas 914 a 920.

solo permiten la adopción de la decisión en un solo sentido, por ejemplo un acto administrativo que reconoce una pensión.

b. Actos que emanan de una potestad discrecional: son el resultado de una ley que le permite a la administración moverse con mayor libertad y adoptar un acto administrativo, mediando la posibilidad de varias opciones de decisión, por ejemplo lo dispuesto por el Decreto 1950 de 1973, en el artículo 210 que dice: “Cuando sea necesario proveer un empleo por vacancia o creación y no fuere posible hacerlo por ascenso, deberá designarse a una de las personas que se encuentren entre los cinco primeros de la lista de elegibles formado por concurso público”.³⁵⁰

7. De conformidad al procedimiento utilizado:

a. Actos simples: son aquellos que no necesitan de aprobaciones o autorizaciones adicionales para ser expedidos. Por ejemplo: un acto de libre nombramiento o remoción.

b. Actos complejos: requieren de varias autorizaciones o decisiones (actos preparatorios) para salir a la vida jurídica. Por ejemplo: el acto administrativo que permite, en receso del Senado, el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República, requiere de dictamen del Consejo de Estado y pronunciamiento del presidente de la República (numeral 7 del art. 189 de la Constitución Política). Otro ejemplo se da en el evento del compromiso de vigencias futuras en materia presupuestal, de las entidades territoriales. En estos casos, las autorizaciones para comprometer vigencias futuras serán impartidas por la asamblea o concejo respectivo, a iniciativa del gobierno local, previa aprobación por el Confis territorial o el órgano que haga sus veces (art. 12 de la Ley 819 de 2003). A los dos ejemplos anteriores se suma el de las ordenanzas, es decir, el proyecto aprobado más la sanción del gobernador.³⁵¹

Es pertinente anotar que las autoridades u órganos que se pronuncian pueden estar al interior de una misma entidad pública o pertenecer a diferentes

³⁵⁰ En estos eventos la Corte Constitucional ha precisado que siempre debe preferirse quién este en el primer lugar y así sucesivamente, veamos: “Por tanto, quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás en orden descendente. Si se procede de otro modo, habría que preguntarse, como lo hace el demandante, ¿para que el concurso de méritos y calidades, si el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias? De este campo, es preciso desterrar la arbitrariedad y, justamente, para ese propósito se ha ideado el concurso. En él, por tanto, se ha de calificar no solo la idoneidad profesional o técnica del aspirante, sino también su solvencia moral, su aptitud física y su sentido social, de acuerdo con la categoría del empleo y las necesidades del servicio. Hay que hacer de la carrera administrativa el instrumento eficaz para lograr una administración pública en la que se garantice la eficiente prestación del servicio público, la idoneidad y moralidad de sus funcionarios y la prevalencia del interés general sobre el particular”. Corte Constitucional, Sentencia C-040 del 9 de febrero de 1995, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

³⁵¹ Sentencia de noviembre 28 de 1998 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Álvaro Lecompte Luna, Expediente 1053.

entidades³⁵², por tanto, se trata de decisiones previas que emanan de una o de diferentes personas jurídicas que en conjunto van definiendo el sentido de la decisión final, como por ejemplo un comité de evaluación de propuestas en materia de procesos de selección relacionados con la contratación estatal de una entidad: emite el acto preparatorio de calificación de las propuestas, que deberá ir suscrito por el representante legal de la entidad contratante y que finalmente arrojará al mejor postor, quién se verá favorecido con el acto de adjudicación (complejo) emitido por la misma entidad (art. 30, Ley 80 de 1993).

Las características de los actos administrativos complejos son las siguientes³⁵³:

- Fusión de voluntades de dos o más órganos: como consecuencia cada voluntad constituye un acto administrativo individualmente considerado, pero simplemente de carácter preparatorio.
- Unidad de contenido: todas las voluntades se refieren a un mismo asunto.
- Unidad de fin: todas las decisiones apuntan a una misma meta o finalidad.
- Interdependencia de las voluntades de los órganos que intervienen en su formación: funcionalmente hablando existen nexos entre los órganos que profieren las decisiones.
- Inexistencia del acto sino se da la fusión de las voluntades que exige la ley para que se tipifique la complejidad: es decir un mero acto preparatorio por si solo impide el nacimiento del acto complejo.
- La voluntad declarada es única: finalmente la fusión de los actos preparatorios le dan vía libre al complejo constituyéndose este último en la decisión unificada de todas las voluntades que participaron en su expedición.

Es importante señalar que la jurisprudencia en ocasiones confunde el acto complejo con la figura de la unidad inescindible que surge en virtud de los actos administrativos que resuelven los recursos en vía gubernativa y confirman o modifican la decisión inicial. En el primer caso, el acto administrativo no surge a la vida jurídica hasta que no se presenta la fusión de voluntades, al paso que en el segundo caso cada acto administrativo conserva su existencia jurídica propia.³⁵⁴

³⁵² “Por lo demás, cuando las voluntades concurrentes a la formación del acto complejo pertenecen a la misma entidad, se dice que se trata de un acto complejo interno. Si las voluntades pertenecen a distintos entes habrá complejidad externa; en este caso el acto complejo se llama también acuerdo”. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 3170, julio 28 de 1980. C.P.: Jacobo Pérez Escobar. Fragmento publicado en Código Contencioso Administrativo de Legis, hojas sustituibles, páginas 64 y 65.

³⁵³ Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo II, parte especial, Ediciones Librería del Profesional, Séptima Edición, páginas 7 y 8.

³⁵⁴ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 23 de agosto de 2007. Radicación 25000-23-24-000-2003-00046-02. Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont

8. De conformidad a su posición en el actuar de la administración:

- a.** Actos preparatorios, de trámite y ejecutorios o conexos: los actos preparatorios son aquellos que se encuentran inmersos dentro de un trámite para expedir un acto complejo, siempre y cuando posean voluntad independiente. Los de trámite le dan impulso al proceso administrativo y los ejecutorios se encuentran inmersos en una operación administrativa. Por ejemplo: Un acto administrativo que se profiera durante la actuación administrativa es un acto administrativo de trámite, siempre y cuando implique mero impulso procesal³⁵⁵, toda vez que si se trata de una autorización o una aprobación de un órgano o autoridad, será preparatorio. Es nuestra opinión que este tipo de decisiones son verdaderos actos administrativos, toda vez que reúnen todos los elementos expuestos líneas atrás, sin embargo para algunos doctrinantes son actos de la administración pública pero no administrativos, porque no poseen poder decisorio³⁵⁶, lo cual es impreciso, ya que su poder decisorio redunda o se ve reflejado al interior del procedimiento. Por ejemplo: el acto administrativo de trámite que ordena la vinculación y cita a los terceros con interés directo en el proceso para que hagan valer su derecho de defensa (artículo 14 del CCA).
- b.** Actos definitivos: son aquellos que le ponen fin al proceso administrativo. Una ilustración es el acto que reconoce una pensión.

9. De conformidad a su posición jerárquica en el ordenamiento jurídico:

- a.** Actos con fuerza de ley: los que se equiparan a la ley. Por ejemplo los decretos legislativos o decretos leyes.
- b.** Actos al nivel del reglamento: son aquellos que están por debajo de la ley. Por ejemplo los decretos de los alcaldes o gobernadores³⁵⁷.

Pianeta. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de noviembre de 2007, páginas 1999 a 2006. En dicha providencia se sostiene la siguiente tesis errónea: “por consiguiente, esas decisiones pueden tomar las formas básicas del acto administrativo, como son la expresa, cuando la decisión se produce oportunamente, y la presunta o ficta, que resulta del silencio administrativo, el cual respecto de ellas se entiende favorable al peticionario o reclamante; así como la de actos complejos, que surgen cuando interviene la Superintendencia de Servicios Públicos mediante el recurso de apelación; y simples, que se dan cuando el peticionario o reclamante no hace uso del recurso de apelación, cuya interposición solo procede de manera subsidiaria”.

³⁵⁵ Por ejemplo, el acto administrativo que declara la incompetencia para resolver un derecho de petición y lo remite al competente de conformidad con el artículo 33 del CCA.

³⁵⁶ “[...] se hace diferencia de tratamiento para los actos administrativos que de por sí y materialmente implican interlocución y decisión, y para otras manifestaciones como las de simple trámite o sustanciación o sustanciación, preparatorios, de ejecución, de los cuales no puede deducirse más que operatividad administrativa, pero no decisión ejecutoria en los términos estudiados. Por regla general este tipo de actos no administrativos, sino de la administración, no son recurribles ni mucho menos controvertibles ante la jurisdicción contenciosa administrativa, excepto cuando de manera anormal llegaren a contener alguna decisión definitiva creadora de situaciones jurídicas particulares”. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, Página 161.

³⁵⁷ RODRÍGUEZ R, Libardo, Derecho administrativo general y colombiano, Duodécima edición, Editorial Temis, página 221.

10. De conformidad al actuar positivo o negativo de la administración:

- a. Actos administrativos concretos: aquellos que resultan de la actividad de la administración. Por ejemplo una resolución.
- b. Actos administrativos presuntos: resultan del abstencionismo o no actuar de la Administración. Estos son producto del silencio administrativo.

11. De conformidad al poder vinculante de su contenido:

- a. Actos Administrativos: buscan crear, modificar o extinguir una situación jurídica en el tráfico jurídico. Por ejemplo: un acto de libre nombramiento y remoción.
- b. Criterios o conceptos: simplemente son opiniones o puntos de vista expresados por la administración, que en ningún momento obligan a quienes los solicitan o receptionan. Por ejemplo: Los actos que surgen del ejercicio del derecho de petición de consultas. Obviamente si estos conceptos obligan en virtud de la ley (como por ejemplo los que emite la oficina jurídica de la Dian a nivel nacional) o del hecho de que disfrazan una decisión, podrán ser atacados en sede administrativa y judicial porque son verdaderos actos administrativos.

12. Clasificación de los actos administrativos por sus efectos en la esfera jurídica de su destinatario³⁵⁸:

- a. Actos administrativos favorables: son aquellos que de una u otra forma le generan un enriquecimiento al patrimonio del favorecido, como por ejemplo los nombramientos, las autorizaciones, las licencias y en general los actos administrativos que resuelven de manera positiva un derecho de petición (inscripción en un registro público, reconocimiento de una pensión, etc.).
- b. Actos administrativos de gravamen: son aquellos que disminuyen de una u otra manera el patrimonio del perjudicado, como por ejemplo la imposición de obligaciones, de sanciones, la revocación de actos favorables y, en general, las respuestas negativas a las peticiones.

Sobre la importancia de esta última clasificación, el Consejo de Estado destaca: “La Sala no vacila en destacar la importancia de esta clasificación toda vez que, aspectos como la publicidad, la motivación, el derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo, entre otros, cobran mayor relevancia, intensidad y exigencia cuando se trata de la expedición de actos de gravamen, al paso que el régimen para la revocatoria directa de actos favorables resulta ser más severo”³⁵⁹.

³⁵⁸ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 10227. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez., Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de junio de 2007, páginas 914 a 920.

³⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 10227. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez., Extracto jurisprudencial

D. Requisitos para la validez del acto administrativo.

Para que un acto administrativo nazca a la vida jurídica pleno de legalidad, debe reunir unos requerimientos previos que le exige el mismo ordenamiento jurídico. Son los siguientes: requisitos externos del acto administrativo (el sujeto activo - la competencia y la voluntad-, el sujeto pasivo, el ministerio público y las formalidades del acto) y los internos del acto administrativo (el objeto, los motivos y la finalidad).

Algunos doctrinantes denominan los requisitos de validez del acto administrativo como los requisitos de fondo del mismo. Este es el caso del profesor Allan R. Brewer Carias, quién manifiesta: “En primer lugar, están los elementos de fondo de los actos administrativos o requisitos de validez, que se refieren, en general, a la competencia, a la manifestación de voluntad, a la base legal, a la causa o presupuestos de hecho o de derecho, a la finalidad y al objeto de los actos administrativos, respecto de los cuales el derecho positivo ha venido precisando aspectos que, anteriormente, solo la jurisprudencia y la doctrina habían definido”.³⁶⁰

La transgresión a estos requisitos es lo que configura los vicios invalidantes del acto administrativo, los cuales redundan en las causales de nulidad contempladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

1. Los requisitos externos del acto administrativo.

1. El sujeto activo: Es por regla general la entidad perteneciente a la administración pública que emite la decisión, la cual lo hace a través de una persona natural, que es el servidor público o el particular en ejercicio de funciones administrativas que interpreta la voluntad estatal dentro de un ámbito de competencia. Se dice que por regla general es la administración pública la que asume el papel de sujeto activo en la relación jurídico-administrativa, habida cuenta que no es una posición en términos absolutos. La doctrina nos explica este punto de la siguiente forma:

1. Si bien es cierto que en toda relación de esta naturaleza ha de estar presente la administración –pues en caso contrario no estaría regulada por el Derecho Administrativo- y que aquélla asume normalmente el papel del sujeto activo, no puede olvidarse, en primer lugar, que las relaciones jurídico-administrativas son en muchos casos complejas: los sujetos que en ellas intervienen actúan al mismo

publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de junio de 2007, páginas 914 a 920.

³⁶⁰ Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 186.

tiempo como titulares de derechos y obligaciones. Recuérdese al respecto el contenido de la relación de servicio, existente entre la administración y sus funcionarios.

Además, en ocasiones, incluso, la administración actúa como sujeto pasivo exclusivamente. Tal ocurre, por ejemplo, en los casos en que está obligada a indemnizar a particulares lesionados por el funcionamiento de los servicios públicos.

2. Los sujetos de la relación jurídico-administrativa no siempre son un ente público –administración- y un particular –administrado-. Antes al contrario, cada día son más numerosos los casos de relaciones jurídico-administrativas en que los sujetos que en ellas intervienen tienen carácter público.³⁶¹

Es menester advertir que la entidad que profiere el acto administrativo, podrá ser de la rama legislativa del poder público, de la rama judicial del poder público o de naturaleza privada, siempre y cuando la decisión que expida, se produzca en ejercicio de funciones administrativas (arts. 209 y 210 de la Constitución Política).³⁶²

a. El servidor público como intérprete de la voluntad de la administración pública: esta necesariamente debe actuar a través de una persona natural, debido a que es una masa incorpórea que no ofrece una individualidad antropomorfa que le permita interpretar por sí misma y hacer efectiva su voluntad³⁶³.

Ahora bien, los servidores públicos a través del proceso administrativo, deben cumplir dos fases para que la voluntad de la administración pública se exteriorice y se haga efectiva en el tráfico jurídico, estas fases son:

³⁶¹ ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho Administrativo. Volumen 1. Tecnos, Madrid séptima edición 1981, páginas 168 a 170. Citado por PENAGOS, Gustavo, El Acto Administrativo, Séptima Edición, Ediciones Librería del Profesional, páginas 702 y 703.

³⁶² “[...] podría señalarse el Código Colombiano que si bien no define al acto administrativo, da pie para identificar una definición funcional del mismo vinculada al ejercicio de la función administrativa. En este sentido se identifica como acto administrativo a cualquier manifestación de voluntad para producir efectos jurídicos, que se dicte en ejercicio de la función administrativa, por cualquier órgano del Estado, e incluso, por los particulares (arts. 1º y 82).” Allan R, Brewer Carías, Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 185.

³⁶³ “[...] entrar al estudio del sujeto activo implica abordar, en estricto sentido, el problema institucional del ejercicio del poder administrativo, el cual irremediamente implica la intervención de personas naturales que interpretan y aplican el ordenamiento jurídico público; esto es, que los actores directos del Estado son simples personas naturales que actúan ante la carencia de entidad corporal de los órganos públicos para el cumplimiento de sus atribuciones.”(SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, página 141).

Fase interna: la decisión adoptada por la administración se encuentra inmersa dentro de la respectiva entidad pública, por lo tanto, no altera, modifica o extingue situaciones jurídicas, simplemente es una decisión que en potencia producirá efectos jurídicos frente a derechos subjetivos o situaciones generales. En este evento la voluntad de la administración se encuentra dentro del fuero interno de la misma, bajo la égida de los servidores públicos que la han interpretado y la han dirigido en un sentido particular, dentro del marco del principio de legalidad y de las finalidades de la función administrativa. En esta oportunidad la decisión no tiene fuerza vinculante y, por lo tanto, el conglomerado en general o una persona en particular no se verá afectada con la misma³⁶⁴.

Fase externa: la decisión adoptada se publicita a través de la notificación, publicación, comunicación o ejecución del acto administrativo, dependiendo de las características que revista la misma. Solo en este momento, la voluntad de la administración se da a conocer, tiene fuerza vinculante y es oponible frente al conglomerado en general o el administrado en particular. Mientras la decisión no se publicite, la administración podrá modificarla en las oportunidades que lo considere conveniente, ya que aún no reviste características de eficacia jurídica³⁶⁵, pero, siempre y cuando actúe de conformidad al principio de legalidad porque, en caso contrario, por principio de conservación, si la administración pública profiere un acto administrativo conforme al bloque de legalidad, está obligada a conservarlo. Por otro lado, esta exteriorización también puede ser presunta, como en el caso del silencio administrativo, donde la decisión ficta nace a la vida jurídica y se da a conocer por el transcurso del tiempo.

Es importante agregar a este acápite que la *voluntad administrativa puede ser expresa o tácita*. En el primer caso, se trata de aquellos actos administrativos que contienen, o de ellos se infiere, la voluntad inequívoca de la administración, mientras en el segundo, la ley permite que cuando la administración profiera determinado acto administrativo, de él se infiere la voluntad sin que esta se encuentre plasmada expresamente. Por ejemplo: “[...] cuando en una resolución se declara insubsistente un empleado del cargo que venía desempeñando, pero la administración puede prescindir de dicha declaratoria y nombrar a un nuevo empleado para desempeñar el mismo, conforme lo preceptúa el artículo 107, inciso 2° del decreto 1950 de 1973[...]”.³⁶⁶

³⁶⁴ “Dentro de la fase interna la compleja materialización de la intensión y demás elementos recopilados por la administración, llevan a la constitución de la decisión de la administración, pero caracterizada de carecer del poder de oponibilidad frente a terceros” (SANTOFIMIO GAMBOA. Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, página 147).

³⁶⁵ Es importante acotar que luego de publicitado el acto administrativo que reconoce un derecho, así no esté en firme, la decisión ya es oponible y, por tanto, no puede ser modificada por la autoridad mientras no obtenga el consentimiento del interesado, siempre y cuando dicha modificación sea más gravosa para él.

³⁶⁶ PENAGOS, Gustavo, Teoría del Acto Administrativo, Tomo I, Ediciones Librería el Profesional, Páginas

Cuando el servidor público actúa bajo el amparo de una voluntad viciada con error, fuerza o dolo, se entra dentro de los linderos de los vicios invalidantes de la expedición irregular del acto administrativo o del desvío de poder, vicio que es causal de nulidad (artículo 84 del Código Contencioso Administrativo)³⁶⁷. Casos como la imposición de una sanción a la persona equivocada por homonimia, el otorgamiento de una pensión a una persona que acreditó los requisitos para obtener el status con documentos falsos o la producción de una decisión en determinado sentido por amenaza, son ejemplos de este vicio invalidante por irregularidades en el consentimiento del operador jurídico.

b. La competencia: por principio de legalidad, en la administración pública no existirá potestad atribuida a una autoridad administrativa, sin que esté contemplada previamente en la ley, por tanto, en derecho administrativo, la competencia no se presume (inciso 1 del art. 122 de la Constitución Política). Esta máxima es explicada por el profesor Allan R. Brewer Carias en los siguientes términos: “El primer principio relativo a la competencia en materia administrativa, es que la misma no se presume; por el contrario, debe emanar de una norma expresa que la atribuya al órgano, [...]. Este principio respecto de la competencia, en todo caso, contrasta con el de la capacidad en el derecho privado, la cual se presume, siendo la incapacidad la excepción. En el ámbito del derecho público, al contrario, la competencia requiere texto expreso, y así se regula, además, textualmente en las leyes de procedimiento administrativo”³⁶⁸.

Las decisiones de la administración pública no podrán ser adoptadas indiscriminadamente por cualquier órgano de la estructura estatal, sino que deberán obedecer a unos factores precisos de competencia³⁶⁹, los cuales se pueden discriminar en los siguientes:

Factor del grado: De conformidad con la estructura jerárquica de la entidad pública, dependerá el tipo de acto administrativo que se adopte. De esto se

288 y 289.

³⁶⁷ Señala Brewer Carias: “La consecuencia, por supuesto, es que los vicios del consentimiento provenientes del derecho civil, también se aplican a la manifestación de voluntad en el acto administrativo, pudiendo resultar viciado cuando sea el producto de un error, de una actividad dolosa o de la violencia”. Principios del procedimiento administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 207.

³⁶⁸ Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 187.

³⁶⁹ Algunas Legislaciones han positivizado los factores de competencia. El profesor Brewer Carias, lo advierte a propósito de la Ley de Costa Rica, así: “Estos principios de la necesidad de texto expreso y de la reserva legal aparecen consagrados en las leyes de procedimiento administrativo. Un ejemplo de ello está en la Ley de Costa Rica, al establecer que la competencia será regulada por ley, siempre que contenga la atribución de potestades de imperio (art. 59,1). Además, en dicha ley se detalla cómo se limita la competencia por razón del territorio, del tiempo, de la materia y del grado; y también por la naturaleza de la función que corresponda a un órgano dentro del procedimiento administrativo en que participa” (art. 60, 1 y 2). Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 190.

colige que este factor se encuadraría dentro del factor funcional del derecho común. Ejemplo: el acto de apertura de una licitación pública lo profiere el jefe de la entidad contratante o su delegatario (Numeral 1° del art. 30, Ley 80 de 1993).

Factor de la materia: De conformidad con objeto o ámbito de aplicación en que se mueve la entidad pública dependerá el tipo de acto administrativo que se adopte. Ejemplo: el Instituto Colombiano Agustín Codazzi profiere actos administrativos de avalúo catastral.

Factor del territorio: Obedece al ámbito espacial dentro del cual se encuentra ubicada la entidad pública, es decir del orden nacional, del orden departamental o del orden municipal. Aunque también hay entidades que sin ser del orden departamental cobijan un ámbito mayor al orden municipal, como las asociaciones de municipios y, por otro lado hay entidades que sin ser del orden nacional abarcan espacios mayores a los departamentos, como podría ser el caso de las áreas metropolitanas.

Factor tiempo: Obedece a los términos temporales que consagra el ordenamiento jurídico, dentro de los cuales se deben proferir las decisiones de la administración, por ejemplo: el candidato que es elegido como presidente de la república, tiene cuatro años para proferir decisiones administrativas respaldadas en tal investidura.

Cuando el servidor público actúe sin atender los factores de competencia anteriores la decisión que adopte se verá viciada de nulidad por incompetencia.

Las características que debe reunir toda competencia administrativa son las siguientes³⁷⁰:

1. Expresa: “En el Estado Social de Derecho no puede existir actuación o actividad del funcionario que no esté determinada en la Constitución, La Ley o El Reglamento” (art. 123, Inc. 2, CP).
2. Improrrogable o estricta sujeción al marco jurídico: “La competencia hállase establecida en interés general, y debe constar en una norma legal, no dependiendo ni de los administrados, ni del órgano-institución, ni del órgano-individuo. La única excepción a la improrrogabilidad, son los casos de delegación conforme a la Constitución que la autoriza en el artículo 211, y de acuerdo a la Ley 489 de 1998, artículo 9”.

³⁷⁰ PENAGOS, Gustavo. Teoría del Acto Administrativo. Tomo I, ediciones Librería el Profesional, p. 283. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II, Op. cit., p.147.

Es necesario advertir que la competencia es excepcionalmente delegable y no es negociable por la administración, es decir, no está bajo su voluntad ejercerla o no, o realizar tal ejercicio por fuera de los fines esenciales del Estado (art. 2º CP), debido a que su estricto cumplimiento procura la satisfacción de intereses generales y el beneficio del ordenamiento jurídico³⁷¹.

3. Irrenunciable: El servidor público, mientras ostente su investidura, deberá cumplir con las obligaciones y actividades que disponga, respecto a su cargo, el bloque de legalidad, es decir, le es prohibido declinar al ejercicio de sus potestades³⁷². A diferencia de la improrrogabilidad, donde el servidor público no cumple o difiere injustificadamente el ejercicio de sus funciones, en este caso, renuncia a algunas de las atribuciones derivadas de su investidura, sin que medie ningún tipo de autorización legal.

El servidor público solo podrá desprenderse de sus atribuciones en virtud de la avocación, delegación, desconcentración o descentralización, figuras jurídicas que deberán estar expresamente contempladas en la ley para que puedan operar como una desviación de la competencia.

La avocación es la posibilidad que tiene el superior jerárquico de revisar y si es del caso asumir las funciones de sus inferiores, fenómeno conocido por la doctrina como el de poderes implícitos³⁷³. Por otro lado, la descentralización y la desconcentración permiten distribuir competencias, mientras, la primera exige personalidad jurídica, autonomía administrativa y presupuestal, y las entidades que posean tales condiciones asumen responsabilidad exclusiva de las decisiones que adopten, la segunda ocasiona que los órganos continúen vinculados al poder central y las decisiones que adopten lo involucran y obligan.

³⁷¹ Señala el profesor Brewer Carias: “La consecuencia fundamental de la atribución de competencia a los órganos administrativos por ley, es que el ejercicio de la misma no es potestativo para la Administración, sino que el principio general es que la competencia es de ejercicio obligatorio, no constituyendo una facultad del funcionario, salvo que así esté establecido por ley, como una potestad discrecional”. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 190.

³⁷² Brewer Carias recalca: “La consecuencia del principio de que la competencia es improrrogable, es decir, que es de ejercicio obligatorio, es que el funcionario no puede deshacerse de ella, a menos que la delegación o la avocación estuvieren expresamente autorizadas “. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 191.

³⁷³ El profesor Brewer Carias nos ilustra el particular con el siguiente ejemplo: “En estos supuestos, además de ser el reglamento de organización la fuente de la competencia de los distintos órganos; habiendo sido el Ministro quien distribuye la competencia, se presume que tiene el poder genérico de avocación, en el mismo sentido que tiene el ejercicio de las competencias derivadas de la propia jerarquía administrativa, tales como revisar las decisiones del inferior; dirigir con carácter general la actividad de los inferiores mediante instrucciones y circulares; y delegar el ejercicio de competencias que se atribuya en los inferiores”. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, Página 194.

Por último, en lo referente a la delegación, la responsabilidad pasa del delegante al delegatario, sin embargo, el delegante continuará obligado en lo referente al control y la vigilancia del actuar del delegatario (art. 211 CP). Lo anterior determina la diferencia entre la delegación y la desconcentración, en donde quién desconcentra, continúa siendo responsable de las actuaciones del servidor público que ejerce la funciones desconcentradas.

4. Corresponde al órgano-institución y no al órgano-individuo: Esta característica nos explica que la competencia administrativa emana de la entidad pública con personalidad jurídica y no del servidor público que la ejerce, por lo tanto, el ejercicio de la misma debe sujetarse a los designios constitucionales, legales y reglamentarios que regulen la determinada entidad.

1.2. El sujeto pasivo: Este posee tres modalidades, el administrado o entidad pública directamente afectada con la decisión, los terceros determinados e indeterminados y los agentes oficiosos. Con respecto a estas dos últimas figuras se hablará cuando se entre a analizar el proceso administrativo, y con respecto a la primera, simplemente se quiere indicar que es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho público o derecho privado, en la cual recae los efectos jurídicos de la decisión. No hay que olvidar la anotación que hicimos cuando abordamos el tema del sujeto activo, toda vez que excepcionalmente el administrado podrá tomar dicha posición al interior de la relación. Las irregularidades en este aspecto generan expedición irregular del acto administrativo.

1.3. El ministerio público: De conformidad con lo estipulado en el artículo 277, numeral 7 de la Constitución Política, el ministerio público podrá intervenir en toda actuación judicial o administrativa en procura de defender el ordenamiento jurídico y los intereses de la sociedad. Por otro lado el artículo 75 del Código Contencioso Administrativo le asigna al ministerio público la misión de velar por el derecho de petición, particularizándola especialmente en uno de los miembros de dicho órgano autónomo de control, que no es otro que el personero municipal. Si al representante del ministerio público no se le permite intervenir en el procedimiento administrativo, se genera expedición irregular del acto administrativo

1.4. Formalidades del acto administrativo: Para abordar este tema, debemos diferenciar tres conceptos, veamos:

a. Procedimiento: Son todos los trámites que debe agotar la administración pública, para obtener como resultado, el acto administrativo.³⁷⁴

b. La forma: Es la manera como se realiza la presentación del acto administrativo, es decir, su encabezado, su parte motiva y su parte resolutive³⁷⁵. Es importante anotar que si un acto administrativo carece de parte motiva estará viciado de nulidad por expedición irregular, al paso que si carece de parte resolutive deberá ser considerado como inexistente.

c. Formalidades: Son los requisitos anteriores, concomitantes y posteriores que deben cumplirse para darle validez y eficacia al acto administrativo. Es decir, son todos aquellos presupuestos que se deben cumplir durante la actuación administrativa, el contenido del acto administrativo, la publicitación del acto y la vía gubernativa.

Ahora bien, solo aquellas formalidades que afecten el debido proceso y los principios propios de la función administrativa (artículos 29 y 209 de la Constitución Política) de tal forma que alteren el sentido de la decisión, son susceptibles de viciar de nulidad el acto administrativo, en caso contrario serán solo formalidades accidentales, que no incidirán en el sentido de la decisión y, por lo tanto si no se observan no afectan la validez del acto administrativo. Por otro lado, cabe advertir que las irregularidades en las etapas de publicitación y vía gubernativa, no afectan la validez del acto administrativo, sino su eficacia.

Por último es menester manifestar que el procedimiento administrativo no está sometido a la ritualidad del procedimiento jurisdiccional, solo se exige que garantice el debido proceso³⁷⁶. Ahora bien, en el caso de que se expida un acto administrativo con ausencia total de procedimiento, estaríamos en presencia de una vía de hecho que torna al acto administrativo en irregular. En este caso y en el caso de que se trate de vicios sustanciales, se configura la causal, *expedición irregular*, contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

³⁷⁴ El doctor Jaime Orlando Santofimio, señala que el procedimiento está conformado por las “vías de producción del acto administrativo, las cuales estarían integradas por el conjunto de trámites legales para llegar al producto final – el acto –” (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, página 154).

³⁷⁵ El doctor SANTOFIMIO, dice que es el “modo o manera en que la voluntad se manifiesta para dar vida al acto administrativo” SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p.154.

³⁷⁶ “El procedimiento administrativo es flexible; indica al funcionario que lo impulsa que simplemente garantice los extremos del debido proceso sin exigir etapas o periodos predeterminados en materia probatoria ni formalidades excesivas” SANTOFIMIO. Op. cit., p. 155.

2. Los requisitos internos del acto administrativo.

La legalidad interna de las decisiones administrativas hace referencia a lo sustancial, es decir, a la razón de ser del acto administrativo como una manifestación perteneciente de manera armónica al sistema jurídico normativo junto con la Constitución y la Ley, por tanto, su origen, su finalidad y sus efectos deben estar acordes a tal sistema.

1. El objeto del acto administrativo: Es la situación jurídica que se busca crear, extinguir o modificar con la decisión administrativa. Por lo tanto, se está dentro de un campo específico del tráfico jurídico en donde un caso concreto va a ser afectado con la decisión, sea este laboral administrativo (reconocimiento de una pensión), contratación estatal (adjudicación de un contrato), derecho electoral (nombramiento de un funcionario), entre otros.³⁷⁷

El objeto se debe caracterizar por ser lícito, posible y existente. Sobre estas características el profesor Allan R, Brewer Carías, se pronuncia en los siguientes términos: “La consecuencia de estas exigencias legales respecto del objeto, es que un acto administrativo cuyo contenido sea indeterminado, de imposible ejecución, ilegal en sí mismo o de ilegal ejecución, no puede ser válido y estaría viciado [...]. Por ejemplo, el nombramiento como funcionario de una persona fallecida o un decreto de expropiación de unos inmuebles que ya han sido expropiados”³⁷⁸.

Cuando se detecte que la decisión de la administración se dirige a crear, extinguir o modificar una situación jurídica sobre la cual no está facultada para actuar, estaríamos ante el vicio invalidante de la incompetencia.³⁷⁹ Aunque es necesario advertir que, específicamente, en este aspecto en particular, las irregularidades que se presenten también configuran la causal invalidante de la transgresión de las normas en que debería fundarse la decisión.

³⁷⁷ “El objeto consiste en todo aquello sobre lo que incide la voluntad y constituye un elemento determinado anteriormente, en el llamado contenido del acto, pero materializado fuera de él, se puede entender así mismo, como el mundo jurídico por modificarse o alterarse en la ejecución del acto administrativo.” SANTOFIMIO. Op. cit., p. 149.

³⁷⁸ Principios del procedimiento administrativo en América Latina, editorial Legis, páginas 215 y 216.

³⁷⁹ “[...] el objeto se halla íntimamente ligado a la competencia que tiene atribuida el órgano administrativo; se relaciona con ésta precisamente porque es la que determina el campo de acción de las autoridades sobre lo que puede validamente ocuparse las autoridades.” SANTOFIMIO. Op. cit., p. 150.

2. Causa o motivo del acto administrativo: Son las razones jurídicas³⁸⁰ y fácticas³⁸¹ que obligan a la administración pública a adoptar una decisión que produce efectos jurídicos. Esas razones jurídicas y fácticas, obviamente, se encuentran consagradas en la normativa que faculta a la entidad estatal, para decidir de una u otra manera. Es así, entonces, que la causa es el móvil o circunstancia jurídica o fáctica que obliga a la administración a adoptar determinada decisión.

Ahora bien, esas causas, razones, móviles o motivos deberán estar plasmados en el acto administrativo, con el objeto de ejercer el control gubernativo o jurisdiccional correspondiente, salvo las excepciones que consagra la ley.³⁸² Atendiendo a lo anterior, la motivación variará si se trata de actos derivados de una potestad reglada o de actos derivados de una potestad discrecional, veamos:

a. Actos que emanan de potestad reglada: en este evento podrá ser:

- **Simplemente de forma:** se indica la base normativa que le sirvió de fundamento a la administración pública, para adoptar la decisión. Este tipo de motivación, se da en los actos de carácter general.

- **Sustancial:** cuando, además de la indicación de la base normativa, se compara esta con los presupuestos fácticos que dieron lugar a la expedición del acto administrativo y se hace un análisis jurídico del cual se concluye por qué dichas normas se aplican y bajo qué sentido, en el caso concreto. Esta situación por regla general, se presenta con los actos administrativos de carácter particular y concreto. Es así como el artículo 35 del CCA, expresa: “[...] dando oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria, si afecta a particulares. En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite [...]”.

³⁸⁰ Explica Brewer Carias: “El requisito de la base legal se refiere al fundamento de derecho, a la causa jurídica o al motivo de derecho de los actos administrativos”. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, p. 208.

³⁸¹ Señala Brewer Carias: “El presupuesto de hecho de los actos administrativos constituye sus motivos de hecho, que son parte esencial de su causa, la cual está configurada no solo por la base legal o fundamentos de derecho del acto, antes señalados, sino por sus presupuestos de hecho”. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, p. 210.

³⁸² El artículo del Decreto– Ley 2400 de 1968, consagra: “El nombramiento hecho a una persona para ocupar un empleo del servicio civil que no pertenezca a carrera, puede ser declarado insubsistente libremente por la autoridad nominadora, sin motivar la providencia”.

Es pertinente anotar que la expresión en *forma sumaria* que trae a colación el artículo 35 del CCA, no significa motivación insuficiente o ambigua, sino motivación corta pero completa, así lo explica la Corte Constitucional en los siguientes términos: “Aquí debe manifestar la Corte su acuerdo con el concepto del Procurador General en el sentido de que lo sumario de la motivación no puede confundirse con su insuficiencia o superficialidad. Alude a la extensión del argumento y no a su falta de contenido sustancial, de suerte que el señalamiento de los motivos en que el acto encuentra soporte, no por sumario puede tildarse de incompleto y menos de inexistente”.³⁸³

b. Los actos que emanan de potestad discrecional: se parte de la base de que la decisión deberá motivarse en virtud de una ley que le sirve de causa, es decir, a pesar de que la Administración puede tomar una decisión dentro de un campo de acción más amplio, tal facultad proviene de una ley que así la permite y el contenido del acto administrativo deberá reflejar los designios legales.

Esto es lo que reza el artículo 36 del CCA, cuando consagra: “[...] en la medida en que el *contenido* de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que lo autoriza y proporcionada a los hechos que le sirven de causa [...]”. La *expresión contenido* que posee esta disposición, nos permite concluir sin lugar a duda que todo acto discrecional debe ser motivado por regla general.

Cuando la motivación del acto administrativo no corresponde a la voluntad de la administración pública, a la realidad fáctica del tráfico jurídico y no es acorde con el ordenamiento jurídico, la decisión se encontrará viciada de nulidad y la causal será la falsa motivación.

Si se trata de actos administrativos que emanan de la potestad discrecional frente a los cuales la ley les otorga la posibilidad de no ser motivados, la irregularidad que se configura es el desvío de poder y no la falsa motivación porque no existe tal motivación. En estos casos deberá desvirtuarse, además de la presunción de legalidad, la presunción del buen servicio, consistente en que la decisión se adoptó con el fin de cumplir de una manera más precisa con los principios de la función administrativa (art. 209, CP).³⁸⁴ De lo anterior se colige que en los eventos de no motivación por disposición legal, se debe analizar la decisión discrecional, no solo frente a la ley que la faculta, sino

³⁸³ Corte Constitucional, Sentencia C-371, mayo 26 de 1999; exp. D-2250.

³⁸⁴ La sección segunda de la Sala De Lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el expediente 4152, Sentencia del 16 de marzo de 1992, Consejero Ponente: Álvaro Lecompte Luna, manifestó: “[...] Cuando hay poder discrecional, la ley, habiendo creado la competencia, deja al agente la libertad de escoger el sentido en que lo ejercerá, le deja juzgar, apreciar, medir o pensar la oportunidad de su decisión, quedando el acto amparado, además, por la presunción de legalidad que le protege en virtud de su propia naturaleza.”

también, frente a la finalidad que se persigue, la cual no es otra que buscar el mejoramiento del servicio público.

3. Finalidad del acto administrativo: La finalidad se equipara a las metas que debe cumplir la administración pública con su actividad, plasmadas en el bloque de legalidad³⁸⁵.

El doctor Santofimio Gamboa, en análisis que realiza de sentencia del Consejo de Estado, nos suministra las siguientes reglas:

a. El servidor público no puede perseguir finalidades diferentes a la de satisfacer el interés general (art. 2, 123 inciso 2, y 209 de la *Constitución Política*).

b. El servidor público debe enmarcar el fin de la decisión en el bloque de legalidad, es decir, debe ser lícito.

c. La finalidad que persigue la decisión debe ser de aquellas que surgen del ámbito de competencia de la entidad pública o privada con funciones públicas, que la adoptó.

d. La decisión debe ser de aquellas, que de conformidad con la ley, se puede expedir para alcanzar el interés general. Es decir, de suyo, debe ser teleológico.³⁸⁶

e. La finalidad de la decisión, en ocasiones, no debe responder solamente a una finalidad genérica sino también a una meta específica previamente determinada de manera concreta en el ordenamiento jurídico.³⁸⁷

La transgresión a este requisito interno del acto administrativo, configura la causal de la desviación de poder, ya que la decisión adoptada por la administración pública, por ejemplo, no busca satisfacer el interés general sino, el interés particular del servidor público que la profiere.

³⁸⁵ “La actividad administrativa en el Estado de Derecho está condicionada por la ley, siempre, a la obtención de determinados resultados”. Principios del procedimiento administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 216.

³⁸⁶ El doctrinante en su Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, páginas 152 y 153 analiza la sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, de noviembre 25 de 1971, Consejero Ponente Eduardo Aguilar Vélez.

³⁸⁷ Sobre el particular, el profesor Brewer Carías señala: “Ahora bien, en relación con la finalidad del acto administrativo se puede hacer una distinción entre el fin genérico de la acción administrativa y la finalidad específica del acto. Estos fines de la actividad administrativa pueden ser específicos, teniendo en cuenta la particular actuación de la Administración, o en todo caso, son los fines genéricos de servicio público o que informan la función administrativa”. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 216.

A manera de conclusión traemos a colación la siguiente expresión del Dr. Santofimio: “Si en el objeto encontramos el contenido sobre el que actúa la administración, y en los motivos los antecedentes de hecho o de derecho que estimulan la actuación de las autoridades, en el fin encontramos las metas que debe lograr la administración pública con su actividad”.³⁸⁸

Cabe advertir que frente a un acto administrativo se pueden configurar simultáneamente, diferentes tipos de vicios invalidantes ya que, la expedición de dicha decisión puede incumplir con varios de los requisitos vistos líneas atrás.

E. Casos específicos de control gubernativo y jurisdiccional del concepto de acto administrativo.

Con el objeto de llevar a nuestra realidad jurídica, en sentido operativo, el concepto de acto administrativo, analizaremos cinco fenómenos que en un momento dado pueden causar confusión en lo que tiene que ver con el control de decisiones de la administración pública. En adelante se presentaran los casos.

1. La impugnación y demanda de los actos de trámite, preparatorios y de ejecución

Tal como se observó en la clasificación de los actos de la administración pública, discriminada líneas atrás, los actos de trámite son actos administrativos, ya que reúnen todos los elementos necesarios para considerarlos como tales pues son una decisión de la administración pública susceptible de producir efectos jurídicos³⁸⁹.

Ahora bien, los actos administrativos de trámite no pueden confundirse con los actos administrativos preparatorios, con los de ejecución y mucho menos con los definitivos. Los actos administrativos de trámite son aquellos que se expiden en el proceso administrativo y lo impulsan; los administrativos preparatorios son decisiones previas al acto administrativo complejo, los ejecutorios se expiden para darle cumplimiento al acto administrativo definitivo al interior de una operación administrativa y los actos administrativos definitivos, son el resultado de la primera etapa del proceso administrativo, esto es, la actuación administrativa y la

³⁸⁸ SANTOFIMIO. Op. cit., p. 153.

³⁸⁹ No compartimos la tesis del profesor Santofimio Gamboa, en el sentido de que los actos administrativos de trámite son actos de la administración pero no actos administrativos porque carecen de fuerza ejecutoria, por el contrario, su poder vinculante gira en torno al impulso del procedimiento administrativo y, por ende, sus efectos jurídicos son vinculantes tanto para la administración como para el administrado al interior del mencionado procedimiento. Ver: SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op.cit. p.161.

publicitación del acto administrativo y la vía gubernativa, generan la eficacia y la firmeza del mismo.

Por otro lado, los actos de trámite susceptibles de ser impugnados en sede gubernativa y demandados en sede jurisdiccional son los que se expiden con anterioridad a la publicitación del acto administrativo y a la vía gubernativa, es decir, en la etapa de la actuación administrativa, ya que el acto administrativo que se publicita y se ve sometido a la vía gubernativa siempre será un acto administrativo definitivo y, por otro lado, el acto administrativo que decide los recursos, no es un acto administrativo de trámite, por el contrario, constituye una unidad inescindible con el definitivo si lo confirma o lo modifica, sin embargo, si lo revoca, este último será el definitivo (art. 138 del CCA). Por tanto, los actos administrativos de trámite proferidos durante las etapas de publicitación y vía gubernativa, solo buscan consolidar la eficacia y la firmeza del acto administrativo, pero sin afectar su legalidad.

Otro tanto se puede predicar de los actos administrativos preparatorios, en el sentido de que los mismos podrán ser impugnados en sede administrativa o demandados en sede jurisdiccional, cuando impidan que se configure el acto administrativo complejo, es decir, cuando terminan de manera anticipada la actuación administrativa; por eso en este caso deben notificarse en debida forma, tal como lo exige el Código Contencioso Administrativo.

En este sentido, el consejo de Estado manifestó: “[...] los actos de trámite que tienen la virtud de convertirse en actos administrativos definitivos, son los que se producen en la etapa de la *actuación administrativa*. De allí que esta necesaria relación con dicha etapa del procedimiento administrativo, aparezca recogida con meridiana claridad en el inciso último del artículo 50 del Código Contencioso Administrativo, al decir que “Son actos definitivos, que ponen fin a una *actuación administrativa*, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando *hagan imposible continuarla*”³⁹⁰. Ahora bien, a pesar de la claridad de lo expuesto en este párrafo, en el artículo 43 del nuevo Código de *Procedimiento Administrativo* se denomina al acto administrativo definitivo como aquel que hace imposible continuar la actuación, lo cual denota falta de técnica legislativa, pues los actos definitivos son los que resuelven de fondo el asunto y no simplemente los que terminan la actuación por cualquier otra razón.

Ante lo analizado anteriormente, es menester concluir que solo aquellos actos de trámite o preparatorios que se expiden en la etapa de la actuación administrativa,

³⁹⁰ Sección primera, Sentencia 5262, noviembre 25/99. MP. Juan Alberto Polo Figueroa. Negrita del autor.

y que hacen imposible continuarla, pueden ser susceptibles de ser impugnados en vía gubernativa y controlados en sede jurisdiccional.

En esta dirección, el Consejo de Estado³⁹¹, concluyó: “Los actos de trámite, equivalentes a los definitivos y pasibles por lo mismo de los recursos gubernativos y de examen del juez, únicamente se producen en la etapa de la actuación administrativa y no en la vía gubernativa, pues es en aquélla, y no en esta, donde podría quedar desprotegido y sin garantías el derecho del particular; las dos instituciones (actuación administrativa y vía gubernativa) si bien son especies del mismo género (los procedimientos administrativos) tienen notas características que los diferencian. Esta es una de ellas.”

De todo lo anterior se coligen tres cosas:

- Por regla general, los actos de trámite no son susceptibles de ser impugnados ni demandados jurisdiccionalmente (art. 49, CCA), salvo, si ponen fin a la actuación administrativa, es decir, si hacen imposible continuarla. (Inciso final del art. 50, del Código *Contencioso Administrativo*).
- Por regla general los actos ejecutorios no son susceptibles de impugnarse (art. 49, CCA), solo son controlables a través de la acción de reparación directa, impetrada en contra de la operación administrativa a la cual pertenecen. Aunque existen excepciones, como el caso del acto administrativo que liquida la indemnización por supresión del cargo o el acto administrativo que le niega el derecho de reintegro por supresión del cargo a un empleado de carrera administrativa³⁹².
- Los actos administrativos preparatorios, los cuales se profieren de manera previa a la expedición del acto complejo, se controlan a través de la demanda de este último, y, por lo tanto, por si solos no son susceptibles de ser demandados (art. 49, CCA). Por ejemplo, no se demanda el dictamen del Consejo de Estado que autoriza el paso de tropas extranjeras por el territorio de la República, en receso del Senado, sino el permiso del Presidente de la República, que junto con tal dictamen, conforman un acto complejo (numeral 7 del art. 189 de la Constitución Política). Sin embargo, tal como se advirtió líneas atrás, si impiden continuar la actuación administrativa, deberán ser notificados en sede administrativa y, por tanto, serán pasibles de los recursos en vía gubernativa y demandable en sede jurisdiccional.

³⁹¹ Auto de 27 de febrero de 1992, expediente 7087 Consejero Ponente, doctor Daniel Suárez Hernández

³⁹² La Corte Constitucional señaló que el derecho a reintegro por supresión del cargo solo beneficia a los empleados de carrera (Corte Constitucional, Sentencia C-431 de junio 2 de 2010, Magistrado Ponente: Mauricio González.)

2. Las circulares de servicio

De conformidad al inciso final del artículo 84 del CCA, las circulares de servicio también son susceptibles de anulación a través de decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ante esta premisa es menester manifestar que las circulares de servicio son actos administrativos, ya que reúnen todos los elementos de dicho concepto. La jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha pronunciado en este sentido, veamos:

Las circulares o instrucciones que expide la administración para dar a conocer el pensamiento o política del gobierno sobre determinada materia, tienen por objeto ilustrar tanto a los funcionarios públicos como a los administrados sobre una determinada gestión. Estas instituciones, como la que se demanda, contiene un conjunto de reglas de carácter interno, emanadas del superior, expedidas en ejercicio de sus atribuciones legales y destinadas a los funcionarios de la administración para que ajusten determinada actividad a lo que en ellas se establece. Expide entonces la administración en ejercicio de sus funciones, opiniones, interpretaciones, pareceres que se convierten en reglas, que vinculan a los particulares ante la administración.³⁹³

De lo anterior se colige que las circulares de servicio son decisiones unilaterales de la Administración susceptibles de producir efectos jurídicos y, por ende, podrán ser demandadas ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (último inciso del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo).³⁹⁴

³⁹³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de marzo 29 de 1996, Expediente 7324, Magistrado Ponente, Julio E. Correa Restrepo.

³⁹⁴ Algunos doctrinantes extranjeros no consideran a las circulares o instrucciones de servicio como normas jurídicas, ante esta concepción podría pensarse su incontrolabilidad en sede judicial, lo cual como se ha visto, es abiertamente contrario a lo considerado en el ordenamiento jurídico colombiano. El profesor Fernando Garrido Falla, al explicar la postura de Donati, precisa: "Para DONATI (en I caratteri della legge in senso materiale, en Riv. Di Dir. Pubbl., 1910, pp. 291 ss.), mandato Legislativo es lo que una voluntad (la del órgano estatal competente) dirige a otra para que haga o se abstenga de hacer algo en relación con una tercera, la cual, por tal motivo, se hace titular de una expectativa; mientras que el mandato administrativo es un mandato que se agota entre la voluntad de que emana y la voluntad que lo recibe, es decir, es el mandato que una voluntad dirige a otra de hacer u omitir algo. Se deduce de lo anterior que las instrucciones y reglamentos de servicio no son normas jurídicas, porque no originan relaciones jurídicas, sino que cuando más son el desarrollo de una relación jurídica anterior (la relación de supremacía jerárquica, o de supremacía política del Estado sobre los ciudadanos). Sin ejemplo de mandatos administrativos: las disposiciones o reglamentos porque se rige una biblioteca pública, el prohibido fumar en lugares públicos, la disposición de un Gobernador prohibiendo a las señoras que tengan el sombrero puesto en los espectáculos, etc. La potestad reglamentaria de la Administración comporta solo, normalmente, para Donati, mandatos administrativos". (Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimocuarta Edición, Editorial Tecnos, con la colaboración de

A pesar de lo anterior, es menester manifestar que la circular debe poseer fuerza vinculante y demás elementos de existencia propios de todo acto administrativo, en caso contrario sería incontrovertible jurisdiccionalmente. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Esa posibilidad de demandar las circulares de servicio está condicionada a que las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, para efectos de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces la circular no será un acto pasible de demanda”³⁹⁵.

3. Los actos de certificación y registro

El último inciso del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, establece que los actos de certificación y de registro también pueden ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Los actos de certificación son actos administrativos eminentemente reglados y constatarios de situaciones jurídicas y fácticas anteriores, por lo tanto son de naturaleza declarativa, aunque en ellos no intervenga en absoluto la voluntad, como se explicó en párrafos anteriores. Poseen todo un proceso de comprobación antes de ser expedidos:

- a. Constatación de un hecho, situación o conducta para luego poder certificar su existencia.
- b. Juicio técnico (necesario en ocasiones para constituir la base de certificación).
- c. Con los elementos fácticos y técnicos se fundamenta el acto de certificación cuyo efecto jurídico es darle veracidad a tales constataciones y juicios.
- d. La administración, una vez realizado el acto de certificación, no determina sus efectos, es decir, solo certifica la situación jurídica que contiene pero ignora para que se va a utilizar el instrumento jurídico, salvo si el interesado de la certificación se lo advierte en la petición respectiva (pasaporte, vinculación a una entidad pública o privada, a una institución educativa, etc.).³⁹⁶

Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, páginas 72 y 73).

³⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, Expediente 5064, Magistrado Ponente: Manuel Urueta Ayola, Sentencia de 14 de octubre de 1999.

³⁹⁶ Penagos, Gustavo, Teoría del acto administrativo, Ediciones Librería del Profesional, Séptima Edición, pp. 242 y 243.

Por otro lado, el acto de registro “es el acto por el cual la administración anota, en la forma prescrita por el hecho objetivo, determinados actos o hechos cuya realización se quiere hacer constar en forma auténtica”.³⁹⁷ Ejemplos: la inscripción de los nacimientos y defunciones. El registro de otros tantos hechos: la inscripción de los contratos de compraventa, hipoteca y arriendo de inmuebles, el registro de actos celebrados entre particulares. El acto de registro puede hacerse de oficio, a petición de parte o de mandato de autoridad competente. A veces es facultativo, otras, obligatorio.³⁹⁸

Es importante anotar sobre los actos de registro, que estos se entienden notificados en el momento en que se hace su anotación, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 19 de la Ley 962 de 2005, así: “Los actos de inscripción a que se refiere este artículo (se refiere a los regulados en los artículos 14, 15 y 28 del CCA) se entenderán notificados frente a los intervinientes en la actuación y frente a terceros el día en que se efectúe la correspondiente anotación”. Lo que está entre paréntesis es fuera de texto.

Lo que realmente se impugna en vía gubernativa y se demanda en vía jurisdiccional, en los actos de registro y certificación es el contenido, es decir, no se impugna el hecho de registrar o certificar, sino la veracidad de lo que se expresa, porque no hay duda que la Administración Pública está investida de la facultad certificante y registral.³⁹⁹

Un ejemplo claro de una entidad privada que cumple estos dos tipos de funciones públicas son las cámaras de Comercio, que certifican la existencia y representación de las sociedades mercantiles y administran el registro mercantil y el registro de proponentes.

4. El reglamento y el acto administrativo mixto

Es necesario también tener en cuenta en cuanto al control gubernativo y jurisdiccional de los actos administrativos los fenómenos jurídicos del reglamento y el acto administrativo mixto. Antes de atender cada una de estas modalidades, es importante recordar la diferenciación entre acto administrativo general y acto administrativo particular, entendiendo el primero como aquel cuyos efectos jurídicos recaen sobre un número plural de personas indeterminado, al paso que el segundo, es aquel cuyos efectos jurídicos recaen sobre una persona natural o jurídica o un número plural de personas naturales o jurídicas determinadas o

³⁹⁷ Preste, Tomo I, p. 175, Nos 78.

³⁹⁸ Penagos, Gustavo, El Acto Administrativo, Tomo II, Ediciones, Librería del Profesional, Séptima edición, p. 233.

³⁹⁹ “La administración puede en virtud del principio de buena fe y como depositaria del interés general, expedir actos administrativos de certificación y de registro, haciendo constar la existencia de un hecho, relación jurídica, modificación o extinción de la misma, en cumplimiento de normas legales”. Penagos, Gustavo, Ediciones Librería del Profesional, Séptima Edición, p. 234.

determinables con nombres y cédulas (personas naturales) o razón social y NIT (personas jurídicas). Ahora, bien, teniendo clara esta diferenciación analizaremos las dos especies de actos administrativos expuestos, así:

- El reglamento: Pertenece al género actos administrativos de carácter general. Este tipo de acto administrativo de carácter general es aquel que busca desarrollar los postulados de una ley, una ordenanza o un acuerdo, por tanto, la potestad reglamentaria solo reposa en cabeza del presidente de la República con la colaboración del ministro del ramo o del director del departamento administrativo⁴⁰⁰ (art. 115 de la Constitución Política); en lo que atañe a la ley expedida por el Congreso y dentro de sus límites⁴⁰¹; del gobernador; en lo que atañe a las ordenanzas; y del alcalde; en lo que atañe a los acuerdos municipales.⁴⁰² De lo anterior se colige que los demás actos administrativos de carácter general que expidan las demás autoridades administrativas, de conformidad con la ley, no pueden ser considerados como reglamentos, como sería el caso de los actos administrativos de carácter general expedidos por las comisiones de regulación en materia de servicios públicos o las mismas ordenanzas expedidas por las asambleas departamentales o los acuerdos expedidos por los concejos municipales.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto en la última parte del párrafo anterior, con el advenimiento de la Constitución de 1991 la potestad reglamentaria se disgregó, es decir, la misma no reposa exclusivamente en el presidente o en el gobernador o en el alcalde; en la actualidad existen otras entidades públicas con competencia para expedir actos administrativos reglamentarios, es decir, regulaciones que buscan desarrollar lo expuesto en una ley. Veamos lo que se expone sobre el particular por el Consejo de Estado:

⁴⁰⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de febrero de 2000, Expediente S. -7018-

⁴⁰¹ Explica el profesor Gustavo Penagos: “[...] el Gobierno al reglamentar la ley, tiene como finalidad lograr su efectiva aplicación, pero dentro de los límites de la misma ley, no pudiendo ni adiccionarla, suplirla o complementarla”. Como corolario el autor anotado advierte sobre la pérdida de vigencia de las teorías de las facultades implícitas y del complemento de leyes incompletas por el ejecutivo, habida cuenta que son una transgresión al numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, así: “La peligrosa doctrina de las facultades implícitas, se fundamentaba en la obligación del gobernante en reglamentar las disposiciones constitucionales no desarrolladas en la ley. Se llegó a considerar la capacidad jurídica del Ejecutivo de completar las llamadas leyes incompletas para justificar la intervención de dicha rama del poder público en la Legislativa. Tesis que conduce, desde luego, a la arbitrariedad política, y a un ejercicio abusivo de la facultad discrecional, que es mas ostensible cuando se reglamenta la ley”. (El Acto Administrativo, Tomo II, Ediciones Librería Del Profesional, Séptima Edición, página 368).

⁴⁰² “Las principales manifestaciones de los actos administrativos de carácter general las encontramos en los actos expedidos a partir del ejercicio de la potestad reglamentaria de todas las leyes sin limitación alguna, atribuida por la Constitución al Presidente de la República, al igual que en las potestades reglamentarias de otras normas diferentes a las leyes, como los acuerdos u ordenanzas por parte de los alcaldes y gobernadores en ejercicio de sus atribuciones legales” SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p.162 y 163.

Tras la vigencia de la Constitución de 1991 ya no es posible afirmar, al menos tan categóricamente como antes, que el poder reglamentario, tanto el ordinario como el ampliado vinculado a las leyes marco, pertenece con exclusividad al Presidente de la República. Organismos como el Consejo Superior de la Judicatura y la Junta Directiva del Banco de la República, son buen ejemplo para mostrar esta disgregación del poder reglamentario que se produce bajo las nuevas normas constitucionales. [...]. Y en el caso específico de la Junta Directiva del Banco de la República, igualmente con un poder o facultad reglamentaria, directa y excluyente, que le permite “regular la moneda, los cambios internacionales y el crédito...”; pero adicionalmente, también con la facultad de desarrollar las leyes marco que el Congreso dicte en materia de cambios internacionales, función ésta que anteriormente competía al Presidente de la República y que ahora, solo mantiene en relación con las materias diferentes de las cambiarias, que deban ser objeto de este tipo de leyes.⁴⁰³

La diferencia sustancial es palpable, ya que el reglamento busca hacer operativos, es decir, materializables en la vida práctico-jurídica los designios legales, ordenanzaes o provenientes de acuerdos municipales, a *contrario sensu*, los demás actos administrativos de carácter general buscan regular una materia específica de conformidad al ámbito de competencia de la entidad pública que lo expide. Ahora bien, ni el reglamento ni los demás actos administrativos de carácter general, deben agotar un procedimiento democrático riguroso como el proveniente de las leyes expedidas por el Congreso de la República, sin embargo, siempre estarán sometidos al principio de legalidad y serán controlables sin excepción alguna, por la jurisdicción contencioso administrativa.

A pesar de lo expuesto líneas atrás, donde se advierte que el reglamento debe estar sometido al principio de legalidad, lo que quiere decir que debe estar sometido a la ley formal expedida por el Congreso de la República, en nuestro ordenamiento jurídico se presenta un fenómeno curioso en relación con la potestad reglamentaria del Banco de la República. En efecto, el Consejo de Estado ha manifestado que las decisiones que profiere el Banco de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria se equiparan a la ley en estos ámbitos, es decir, sus efectos tiene la misma jerarquía o el mismo poder vinculante de la ley en sentido formal expedida por el

⁴⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 20 de mayo de 1994, Expediente 5185, Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte, Consejero Ponente: Guillermo Chaín Lizcano.

Congreso de la República; lo que quiere decir que una Resolución del Banco de la República puede derogar leyes. Este fenómeno es un punto de quiebre al paradigma de la jerarquía normativa, pues estamos en presencia de actos administrativos que derogan leyes formales y que son controlados por la jurisdicción contencioso administrativa y no por la constitucional. Veamos lo que ha manifestado el Consejo de Estado al respecto: “[...] como ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, las regulaciones de la Junta Directiva del Banco de la República sobre las condiciones, requisitos y demás reglamentaciones específicas necesarias para el funcionamiento y desarrollo de la actividad cambiaria, asumen la misma posición o valor de la ley, es decir, como si hubieran sido establecidos por el propio Congreso. Vale decir, que en esta materia la Junta actúa como legislador, en virtud del mandato constitucional”⁴⁰⁴.

Sin embargo, lo anterior se explica porque los reglamentos constitucionales autónomos y los que emanan de leyes marco⁴⁰⁵, no se rigen por el principio de jerarquía normativa sino por el criterio de distribución de las materias⁴⁰⁶. Por otro lado, cabe aclarar que los reglamentos residuales actúan en defecto de la ley y, por ende, no son actos administrativos sino leyes que se rigen por los criterios de interpretación tradicionales para resolver conflictos normativos (especialidad, temporalidad, etc.) y no por los criterios de jerarquía o de distribución de las materias. Para entender con mayor claridad este párrafo a continuación traemos a colación la clasificación de los reglamentos.

Teniendo en cuenta los parámetros anotados, la jurisprudencia ha clasificado los reglamentos de la siguiente manera:⁴⁰⁷

1. Reglamentos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria constitucionalmente atribuida al presidente de la República. (art. 189, Núm. 11 de la CP). Este tipo de reglamentos están subordinados a la ley. El control es del contencioso administrativo.

⁴⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, Bogotá, D.C., Veinticuatro (24) de mayo de dos mil siete (2007), Radicación número: 11001-03-27-000-2005-00023-00 (15397), Actor: Juan Diego Cossio Jaramillo, Demandado: Banco de la República.

⁴⁰⁵ Salvo en lo atinente a la relación del reglamento que desarrolla una ley marco con el contenido de esta última, la cual es jerárquica.

⁴⁰⁶ El criterio de distribución de las materias consiste en asignar a ciertas fuentes normativas la regulación de determinadas materias y solo de ellas. Como consecuencia, la ley en sentido formal no debe inmiscuirse en las mismas, so pena de inconstitucionalidad o ilegalidad e, incluso, derogación o modificación por el reglamento, pues en virtud de la materia este último se equipara a la ley.

⁴⁰⁷ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de agosto de 2008. Expediente 16230. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de noviembre de 2008, páginas 1949 a 1983.

2. Reglamentos constitucionales autónomos: Son aquellas disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto expedidas por una pluralidad de autoridades a las cuales les ha sido asignada una competencia normativa directamente por la Constitución y sin sujeción a la ley. Se caracterizan, en consecuencia, por constituir un desarrollo directo de la Constitución, por manera que, en el sistema de fuentes del derecho, ostentan una jerarquía igual a la de la ley. Ejemplo: el artículo 268, numeral 12 de la Carta Magna, faculta al contralor general de la República con el propósito de “dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial”. Así mismo las corporaciones públicas de elección popular de las entidades territoriales –asambleas departamentales y concejos municipales– tienen la facultad de desarrollar directamente la Carta, en los asuntos que atañen al núcleo esencial de la autonomía, competencia que pueden ejercer mediante la expedición de reglamentos constitucionales autónomos en el correspondiente ámbito territorial. El control es del contencioso administrativo.
3. Reglamentos que desarrollan leyes marco: Estos han sido denominados reglamentos legislativos dado que pueden derogar leyes ordinarias que regulen aspectos comprendidos dentro de dicha específica competencia regulatoria. Sin embargo no se pueden inmiscuir dentro del ámbito regulatorio de la ley marco de la cual emanan, esto es, el exclusivamente referido a la formulación de principios y parámetros generales, empero, la lógica a la inversa opera de la misma manera, es decir, la ley marco no puede ocuparse del detalle o la exhaustividad del tema a reglamentar. Algunas ilustraciones son: el campo económico, el comercio exterior y el régimen de cambios internacionales (art. 150.19 de la CP). El control es del contencioso administrativo.
4. Reglamentos que desarrollan leyes habilitantes: Se trata de todas las hipótesis en las cuales la Constitución utiliza la fórmula de conformidad con la ley, al asignar potestades normativas al gobierno, a organismos autónomos o a otras autoridades –verbigracia, a las asambleas departamentales o a los concejos municipales con la ayuda de los gobernadores y los alcaldes como se vio al inicio de la exposición de este tema-. Este tipo de reglamentos siempre están subordinados a la ley. El control es del contencioso administrativo.
5. Reglamentos residuales: Cuando el gobierno entra a reglamentar en defecto del legislativo, tal como ocurre con los eventos en los cuales el gobierno debe poner en vigencia el plan de desarrollo cuando el Congreso no lo aprueba dentro de los tres meses siguientes a su presentación (art. 341 de la CP). Conoce la Corte Constitucional en los casos contemplados en el artículo 241 de la CP y son leyes no actos administrativos

6. Reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas, en asuntos especializados relativos a la órbita de sus competencias: estos casos no emanan propiamente de la potestad reglamentaria otorgada por la Constitución Política, por ende, preferimos llamarlos simplemente actos administrativos de carácter general y los mismos no solo se encuentran sometidos a lo contemplado en la constitución y la ley sino también a los Decretos Reglamentarios que emanan del artículo 189-11 de la CP y a otros actos administrativos de carácter general que emanen de autoridades de superior jerarquía, según el caso. Estos reglamentos se evidencian en las circulares de las Superintendencias, las resoluciones de las Comisiones de Regulación de los servicios públicos domiciliarios o de los conceptos que expide la Dian.

- **El acto mixto:** Es una modalidad de acto administrativo que tiene la doble dimensión de ser de carácter general y de carácter particular, es decir, dentro de su contenido hay estipulaciones que afectan al conglomerado social indeterminado y a una persona o grupo de personas determinadas o determinables. Este acto puede ser controlado en vía gubernativa y jurisdiccional en cuanto atañe a sus decisiones particulares y jurisdiccionalmente en lo que tiene que ver con los generales.⁴⁰⁸ Sobre el acto mixto, el Consejo de Estado ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre su control jurisdiccional, así:

Reitera la sala lo dicho en el auto objeto del recurso, en el sentido de que los apartes demandados son de alcance particular o concreto, pese a estar contenidos en un acto predominantemente de carácter general como lo es la resolución 28 de 1995. Se insiste en este aserto porque si el acto fuera únicamente de carácter general cualquiera lo habría podido demandar sin limitaciones temporales y su nulidad no tendría efectos restablecedores para nadie en particular; el acto solo desaparecería del ordenamiento jurídico.⁴⁰⁹

5. Las órdenes administrativas

Esta modalidad de actos administrativos comparte la naturaleza de las circulares de servicio habida cuenta que se trata de decisiones internas de las entidades

⁴⁰⁸ “Esta modalidad surge sin duda sobre la base de ofrecer respuestas procesales a situaciones creadas por la administración que no lograban obtener respuesta en las interpretaciones tradicionales de la teoría del acto administrativo, y que en muchas ocasiones llevaban indefiniciones jurídicas o incluso a claras hipótesis de inseguridad y ausencia de control para la administración productora de este tipo de actos administrativos”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 165.

⁴⁰⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Bogotá D.C., septiembre 19 de 1996, Expediente No. 11.977, Actor Telecom.

y órganos administrativos dirigidas a los servidores públicos que laboran en los mismos dentro de un ámbito de jerarquía. En este sentido se pronuncia el profesor Gustavo Penagos en los siguientes términos: “Generalmente el tema de las órdenes, circulares e instrucciones, se ubica en la organización interna de la administración, es decir, se refiere a relaciones *inter orgánicas*. Pero si alteran el status del funcionario o del empleado, excede por sus efectos el ámbito de la administración, pues invade el campo de terceros, calificativo que la doctrina atribuye en especie al carácter que revisten los servidores públicos. En este supuesto, la actividad de la administración deja de ser inter orgánica, para convertirse en actividad “externa”.⁴¹⁰

Ahora bien, teniendo en cuenta el aparte doctrinal transcrito, aunado a lo que anotamos líneas atrás cuando abordamos el tema de las circulares de servicio, se puede colegir que las administrativas son perfectamente demandables ante la jurisdicción contencioso administrativa cuando se profieren con vicios invalidantes en su expedición.

Finalmente, es importante anotar que las órdenes administrativas, como las circulares de servicios y las instrucciones internas no se notifican ni publican, porque se trata de decisiones administrativas dirigidas a los servidores públicos para su acatamiento en aras de cumplir con las funciones administrativas a que están obligados y en obediencia a los superiores jerárquicos dentro de la estructura orgánico funcional de la administración pública, por tanto, simplemente se comunican por cualquier medio hábil y contra ellas no cabe ningún recurso. El profesor Juan Carlos Cassagne precisa esta particularidad de la siguiente manera: “El régimen de publicidad se diferencia tanto de los Actos Administrativos (de alcance particular) como de los reglamentos, puesto que no es necesaria la notificación personal ni la publicación que se exige para la vigencia de los actos de alcance general, bastando con el conocimiento que hubiere tomado el órgano administrativo”⁴¹¹.

F. El mérito del acto administrativo.

Cuando hablamos del mérito del acto administrativo, nos referimos a la conveniencia u oportunidad del mismo, por lo tanto, los aspectos jurídicos no se encuentran contemplados dentro de este ámbito. La doctrina ha precisado que la administración pública puede estudiarse desde dos ámbitos: la ciencia de la administración (excluye los aspectos jurídicos) y el derecho administrativo (se ocupa de la sujeción del

⁴¹⁰ El acto administrativo, Tomo I, Parte General, Ediciones Librería del Profesional, séptima edición, página 269.

⁴¹¹ Citado por Gustavo Penagos en la obra: el acto administrativo, Tomo I, Parte General, Ediciones Librería del Profesional, séptima edición, página 262.

Estado al bloque de legalidad). Cuando se aborda el acto administrativo dentro del ámbito de la oportunidad o la conveniencia, estamos en presencia de la ciencia de la administración y por ende los juicios jurídicos se encuentran ausentes. Veamos lo que ha expresado sobre el particular el profesor Fernando Garrido Falla al comentar a la doctrina italiana:

Igualmente ocurre en L. MEUCCI, para quien la distinción de la ciencia de la Administración con el Derecho administrativo consiste en atribuir a este último el elemento formal (es decir, cuanto se refiere a la estructura de la Administración y a las normas que presiden las relaciones jurídicas con los ciudadanos) y a aquélla lo que se refiere a la recíproca acción entre Estado y sociedad en cuanto se desarrolla con relaciones económico-administrativas, lo cual supone estudiar la Administración en el aspecto de su oportunidad, conveniencia y aptitud intrínseca, lo que supone también su conceptualización como ciencia política.⁴¹²

Ante lo anterior, cabe anotar que estamos dentro del campo de acción meramente político del Estado, donde las decisiones que este adopta giran en torno a su capacidad gobernante, es así como, siempre en los actos administrativos que la Administración Pública profiera, se analiza si el mismo es conveniente para el conglomerado social, o si de acuerdo a la situación económico-social de la sociedad resulta oportuno adoptar una posición sobre determinado asunto. Como ejemplo a los juicios de mérito que debe realizar la Administración Pública al momento de proferir un acto administrativo estarían los siguientes: ¿qué es más conveniente para el municipio en este momento, la construcción de un puente o del alcantarillado?, ¿resulta oportuno para el hospital, suprimir 800 cargos en virtud de una reestructuración de la estructura orgánico-administrativa de la empresa social del estado?⁴¹³

⁴¹² Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimocuarta edición, con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, Editorial Tecnos, página 175.

⁴¹³ Sobre la supresión de cargos como medida de conveniencia u oportunidad incontrovertible por la vía judicial, la Corte Suprema de Justicia expuso a propósito de una reestructuración de un Municipio, lo siguiente: “Ahora bien, determinar la conveniencia o inconveniencia de suprimir los cargos es tarea que corresponde a las autoridades municipales en tanto se trata de una evaluación política, inmune por lo mismo, esa sí, al control jurisdiccional. De ahí que no tenga ninguna repercusión frente al fallo del tribunal el estudio realizado por la Contraloría General de la República sobre el porcentaje de los ingresos de libre destinación dedicados a los gastos de personal, ni las reflexiones del recurrente en ese sentido encaminadas a demostrar la ineficacia del despido sobre la base de que lo gastado por el municipio de planta de personal no alcanzaba el porcentaje máximo permitido legalmente”. (Sala de Casación Laboral, Sentencia de Anulación, 11 de agosto de 2004. Radicación 24.603. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Isaac Ander, publicada en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis, de octubre de 2004, páginas 1526 y ss.)

El mérito del acto administrativo no se controla a través de la vía jurisdiccional, ya que la inconveniencia o inoportunidad no son causales contempladas en el artículo 84 del CCA, es decir, no configuran vicios de invalidez del acto administrativo, por la sencilla razón de que el bloque de legalidad no es el que se transgrede, sino las políticas de determinada entidad pública, reflejadas en el impacto económico-social que generan en la comunidad, o sea, en el campo del mérito del acto administrativo la ley no es el fundamento de dicho campo.⁴¹⁴

Sin embargo, algunos autores no comparten el anterior criterio, cuando se trata de actos que emanan de potestades discrecionales⁴¹⁵. Pero, si leemos con detenimiento el artículo 36 del Código Contencioso Administrativo, se debe concluir que las causales de invalidez frente a los actos administrativos de este tipo, siempre se encontrarán empotradas en la norma que autoriza la facultad discrecional, por lo tanto, en estos casos estaremos ante juicios jurídicos y no de conveniencia u oportunidad⁴¹⁶. Por ejemplo: una ordenanza autoriza al gobernador para que celebre un empréstito con el objeto de construir un alcantarillado sin precisar especificación alguna en torno a la obra. Si el gobernador, con base en el dinero obtenido por el empréstito, adjudica un contrato para hacer un estadio de fútbol, el acto administrativo de adjudicación estará viciado de nulidad por vulnerar las normas en que debería fundarse. A *contrario sensu*, si con base en la suma prestada al departamento, el gobernador adjudica un contrato para hacer un alcantarillado que pasará por ciertos barrios, la longitud de la red de alcantarillado y los barrios beneficiados no son problemas jurídicos, sino de conveniencia u oportunidad, incontrovertibles

⁴¹⁴ A propósito del mérito del Acto Administrativo, el Dr. Santofimio, argumenta: “Lo que sí resulta claro en nuestro ordenamiento es que este elemento no genera vicios en la legalidad del acto. Al contrario de lo que ocurre en otras Legislaciones, en nuestro medio puede generar controles políticos o juicios administrativos, pero de ninguna manera contencioso administrativos. Si confrontamos las causales de nulidad establecidas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, ninguna causal nos permitirá tipificar la violación al mérito como causal de nulidad del Acto Administrativo. Su desconocimiento podría implicar responsabilidad personal para el agente productor del acto, pero no alteración de la legalidad del mismo”. (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Página 156).

⁴¹⁵ “Este artículo 36 da unos amplios poderes a los órganos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el control de las decisiones discrecionales de la Administración, pues por medio de la adecuación y proporcionalidad de la decisión el juez administrativo se encuentra obligado no solamente a hacer un juicio de legalidad sino también de conveniencia u oportunidad”. (Urueta Ayola Manuel S. El poder discrecional. Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina, memorias del coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado Francés, Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis, 1999, Página 242).

⁴¹⁶ “La justicia administrativa se distingue por su función según le incumba examinar la juridicidad o el uso que se haya hecho del poder discrecional. En el primer caso se examina si el acto administrativo concuerda con el derecho que era de aplicar al producirse el acto. En el segundo, se examina el uso que se haya hecho del arbitrio permitido por el derecho referente al acto, examinándose, por lo tanto, la acomodación al fin [...], todo acto reglado o de aplicación del derecho es también discrecional en cierta medida, y todo acto discrecional es también acto de aplicación, y pretende ser acto administrativo, acto de ejecución, acto estatal”. Merkl, Adolfo, citado en Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 16 de marzo de 2005, expediente 27.971, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Revista Jurisprudencia y Doctrina de Legis de septiembre de 2005, páginas 1277 a 1283.

judicialmente, toda vez que la ordenanza simplemente facultó al gobernador para obtener dinero con el objeto de construir un alcantarillado sin ningún requerimiento u orden adicional.

Por otro lado, no le es dado a la Jurisdicción Contencioso Administrativo coadministrar, es decir, asumir el papel de administradora pública haciendo análisis de conveniencia u oportunidad, ya que esto es propio de la administración pública y no es una función jurisdiccional. La administración es la que debe determinar, por ejemplo, que obras públicas son prioritarias para el bien común o qué medidas deben adoptarse para conjurar problemas de orden público y no son los jueces quienes deben juzgar si este tipo de decisiones son convenientes o inconvenientes para el conglomerado social.

A propósito de lo anterior, el Dr. Gustavo Penagos, al citar al profesor Prat en cuanto a la potestad discrecional, argumenta: “Este poder es discrecional porque el Juez nunca puede sustituirse al administrador en la apreciación de la oportunidad o conveniencia del dictado de la medida. La apreciación de la oportunidad está enteramente dejada a la administración activa, constituye su dominio reservado”.⁴¹⁷

Lo que sí debe quedar muy claro es que lo incontrolable es la potestad discrecional, empero, luego que se adopta la decisión que surge como consecuencia de la misma, esta sí es controlable jurisdiccionalmente a la luz de la norma que autorizó el ejercicio de la potestad y dentro del marco factico correspondiente al caso concreto⁴¹⁸.

Como corolario de lo expuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Estado ha establecido las pautas que debe tener en cuenta el control judicial frente a decisiones que emanan de una potestad discrecional, en los siguientes términos:

En conclusión, pueden formularse los siguientes parámetros en punto a los alcances del control judicial de la actividad administrativa, valiéndose, tanto aquél como esta, del método de la ponderación:

⁴¹⁷ El Acto Administrativo, Editorial Librería el Profesional, séptima edición, Página 459

⁴¹⁸ “La tarea de los tribunales no consiste, por tanto, en repetir el mismo ejercicio que la administración al llegar, a través de él, al mismo o diferente resultado, lo que les convertiría, ciertamente en administradores, sino en verificar si en el ejercicio de su libertad decisoria la administración ha observado o no los límites con los que el derecho acota esa libertad y si, finalmente, la decisión adoptada puede considerarse, en consecuencia, como una decisión racionalmente justificada o, por el contrario, como el simple fruto de la voluntad desnuda de quien la ha adoptado”. García de Enterría, E. Y Fernández T.R. Citado en Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 16 de marzo de 2005, expediente 27.971, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Revista Jurisprudencia y Doctrina de Legis de septiembre de 2005, páginas 1277 a 1283.

a. En los casos en los que el tribunal concluya que la decisión administrativa no es ponderada, debe proceder a declarar su invalidez.

a.1. Si, adicionalmente, como resultado de la actividad probatoria desplegada a lo largo del proceso y de las normas y/o principios jurídicos aplicables al caso, el juez puede también concluir que existe solamente una alternativa de solución conforme al ordenamiento jurídico y con las exigencias de la “ley de la ponderación”⁴¹⁹, puede –y debe– imponer esa única decisión ponderada.

a.2. Si, en cambio, tras concluir que la solución por la que ha optado la administración no es ponderada, igualmente advierte que existen varias posibles soluciones satisfactorias de acuerdo con los postulados de la ponderación, no puede el juez sustituir con una de ellas la determinación administrativa previa, como quiera que la formulación del criterio de decisión correspondiente es del resorte de la administración.

b. Si la decisión administrativa enjuiciada respeta las exigencias de la ponderación, aunque pudieran identificarse en el proceso judicial otras soluciones ponderadas, tampoco corresponde al juez sustituir la opción elegida por la administración.

c. El control judicial que apunta a establecer si la administración ha elegido o no una alternativa ponderada, cuando ejercita facultades discrecionales, parte de la previa atribución de valor o peso a los diferentes valores, derechos o intereses contrapuestos en el caso concreto. El quid de la cuestión radica en que no siempre –de hecho son escasas las ocasiones que así ocurre– el ordenamiento se ocupa de prefiar esos criterios de jerarquización, con lo cual el establecimiento de los mismos queda deferido a la instancia aplicativa, esto es, a la administración que ejerce las facultades discrecionales correspondientes, eligiendo los criterios objetivos con base en los cuales optará entre las diferentes alternativas de que dispone.⁴²⁰

⁴¹⁹ Cuanto mayor sea el grado de detrimento del principio que ha de retroceder, mayor ha de ser la importancia del cumplimiento o satisfacción del principio que prevalece.

⁴²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá D.C., veintiséis de octubre de dos mil seis (2006), Radicación número: 630012331000200500708 01, Expediente número: AP–2005–00708, Actores: Héctor Buitrago Ospina y otros, contra el Municipio de Armenia y otra.

Teniendo en cuenta el aparte jurisprudencial transcrito, se observa que el método de interpretación denominado ponderación o balance de intereses se impone como la herramienta hermenéutica ideal para controlar los actos administrativos proferidos como consecuencia de la potestad discrecional, de tal forma que la administración de justicia no se inmiscuye en los linderos políticos y solo se queda del lado jurídico. Ahora bien, la Corte Constitucional ha diseñado un test que el juez debe aplicar cada vez que deba hacer uso del criterio de la ponderación y aunque lo explica desde la óptica constitucional es perfectamente aplicable para el asunto que nos ocupa, así:

El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado.

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.⁴²¹

Eventos donde se discute la posibilidad de que el juez haga juicios de conveniencia

Conciliaciones extrajudiciales:

En el caso de las conciliaciones extrajudiciales cuando estas versan sobre los efectos económicos de los actos administrativos, el juez administrativo deberá estar atento a que el acto administrativo se encuentre dentro de las causales contempladas en el artículo 69 del CCA, pero desde una óptica netamente jurídica, por tanto, en la decisión de aprobación o improbación de un acuerdo en las anteriores condiciones, no se podrían tocar aspectos diferentes a la legalidad por parte del juez administrativo⁴²² (artículo 71 de la Ley 446 de 1998, el cual modificó el artículo 62

⁴²¹ Sentencia C-022 de 1996, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

⁴²² En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Ahora, si al juez del conocimiento le corresponde observar las limitaciones previstas en la norma, la aprobación de la conciliación está sujeta no solo a razones de política económica o de conveniencia sino legales o jurídicas, de oportunidad y

de la Ley 23 de 1991). Sobre este punto, el Consejo de Estado es contundente en señalar respecto a las causales consagradas en el artículo 69 del CCA lo siguiente:

[...] las tres causales son en definitiva de legalidad y, por ello, el juez debe entrar a cotejar si el acuerdo se aviene al orden jurídico. La potestad de revocación, en todo caso, sea basada en razones de estricta legalidad o en motivos de oportunidad relacionados con la valoración del interés público, tiene como límite el ordenamiento jurídico (que no es una restricción baladí). En otras palabras, si bien la administración está encargada de la satisfacción de los intereses públicos, esta finalidad ha de lograrse, por supuesto, dentro de los límites de la ley.⁴²³

Acciones Populares:

Ahora bien, resisten comentario aparte las acciones populares, habida cuenta que, tal como lo señalamos cuando abordamos el principio de autotutela administrativa, está proscrita la posibilidad de anular actos administrativos a través de las mismas. Consideramos que bajo la égida de estas acciones se deben emitir juicios estrictamente jurídicos y no de conveniencia y oportunidad, incluidos aquellos que giren en torno a los actos administrativos a pesar de que estos no sean susceptibles de anulación, toda vez que ellas buscan proteger derechos colectivos que son conceptos jurídicos indeterminados⁴²⁴, los cuales constituyen derechos que en principio están regulados en la ley, y en lo que no lo estén, se complementan con líneas jurisprudenciales sólidas, conceptos técnicos y el principio de planeación administrativa.

lesividad para una debida protección del patrimonio público. Al juzgador no solo le corresponde decidir si esta produce o no efectos por reunir los requisitos legales (solicitud oportuna, capacidad, competencia, requisitos de forma), sino que le asiste el deber de protección del patrimonio público, por eso debe ejercer su función con mayor celo, puesto que aparecen comprometidos intereses públicos”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de 4 de noviembre de 2004. Expediente 24.225. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra).

⁴²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 16 de marzo de 2005, expediente 27.971, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Revista Jurisprudencia y Doctrina Legis de septiembre de 2005, páginas 1277 a 1283.

⁴²⁴ “La redefinición, pues, del ámbito de la discrecionalidad y su limitación a través del control jurisdiccional es la lucha del derecho administrativo en los últimos cincuenta años, que cobija incluso a los llamados conceptos jurídicos indeterminados que en realidad no le dejan a la administración la libertad de optar entre varias posibilidades de actuación, en tanto no hay múltiples soluciones para la administración, sino una sola justa, esto, es, ajustada a los fines del derecho. Al fin y al cabo, la limitación de la actividad discrecional en función de la idea de fin, únicamente puede hacerse efectiva mediante la fiscalización jurisdiccional, en tanto, –como afirma Vedel – discrecionalidad no quiere decir arbitrariedad, es más se trata de conceptos antagónicos.” Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 16 de marzo de 2005, expediente 27.971, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Revista Jurisprudencia y Doctrina Legis de septiembre de 2005, páginas 1277 a 1283.

Como corolario estamos totalmente de acuerdo con algunos doctrinantes que consideran que los juicios que se emiten al interior de una acción popular son estrictamente jurídicos, lo cual genera seguridad jurídica y le impide al juez decidir con base en opiniones personales o subjetivas. Veamos: “[...] la Ley 472 no avala un control a la administración por razones de conveniencia u oportunidad [...] Si se observa detenidamente el contenido de la Ley 472, *conditio sine quanon*, para imputar la violación o amenaza a un derecho colectivo al demandado exige que se demuestre su infracción a una norma jurídica (Constitución, Ley o tratado internacional suscrito por Colombia) que defina y regule tal derecho colectivo”⁴²⁵.

El hecho de que una norma constitucional, legal o internacional acogida por Colombia, regule el derecho colectivo lo torna en jurídico y debe ser considerado como tal, y el juez se debe mover dentro de esos estrictos marcos legales a menos que la ley no lo pueda prever y regular todo, algo muy común en materias indeterminadas como las que se refieren a derechos colectivos, en cuyo caso se tendrá que echar mano de las líneas jurisprudenciales sobre el asunto, los experticios técnicos que se practiquen al interior del proceso y el principio de planeación administrativa. En este sentido la jurisprudencia del Consejo de Estado, a propósito de los derechos colectivos de la moralidad administrativa y el patrimonio público, se pronunció, así:

De todas maneras, la positivización de estos intereses no excluye su textura abierta, ni los convierte en conceptos unívocos que puedan ser aplicados por el juez a través de silogismos, ni mucho menos contienen significados previamente definidos por una autoridad concreta. Por el contrario, en una sociedad democrática y pluralista, el contenido de la moralidad administrativa y la protección del patrimonio público deben asumirse como un proceso de concretización de la voluntad constitucional y legal frente al caso concreto. Dicho de otro modo, el contenido de los conceptos jurídicos de moralidad administrativa y patrimonio público no puede encontrarse en abstracto sino que debe surgir de la voluntad política, del análisis judicial concreto de cada caso y de la ponderación de los intereses en conflicto. Precisamente por ello, la dificultad en la hermenéutica de estos conceptos es indudable, puesto que, en algunas ocasiones, no es clara ni precisa la frontera entre su significado jurídico y su contenido político.⁴²⁶

⁴²⁵ Dr. Luis Felipe Botero Aristizábal, Publicación *Ámbito Jurídico*, sección Jurisrítica, Bogotá, 7 al 20 de febrero de 2005.

⁴²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 24 de agosto de

Por tanto, es necesario impedir el uso y el abuso de las acciones populares, toda vez que se pueden tornar en instrumentos que desnaturalicen la tridivisión del poder público. En efecto, en los tiempos que corren, es común observar decisiones de los jueces bajo el amparo de acciones populares, que antes de su advenimiento solo eran del resorte de los administradores públicos, tales como el diseño de una política ambiental en torno a la descontaminación del río Bogotá⁴²⁷ o el orden de reapertura de un museo arqueológico⁴²⁸, decisiones que son viables solo en los estrictos términos contemplados en las normas superiores que rijan la materia y no en concepciones personales o subjetivas de los jueces.

Como corolario, podemos concluir sin temor a equívocos que los jueces no pueden coadministrar mediante estas acciones, deben estar sujetas al principio de legalidad, por tanto debemos hacer un llamado a la ponderación de nuestros administradores de justicia, con el objeto de que las decisiones que adopten en estos procesos, sean acordes a las normas que regulan el derecho colectivo, a las líneas jurisprudenciales elaboradas en torno al mismo, a los resultados que arrojen los dictámenes periciales que se practiquen en el proceso y al principio de planeación administrativa y no obedezcan a soluciones inmediatistas, desorganizadas y oportunistas con impacto negativo en la gobernabilidad (autonomía e independencia de las autoridades administrativas), legitimidad y realidad presupuestal de nuestras instituciones públicas y en los derechos colectivos que buscan proteger⁴²⁹. Aún más, consideramos que las sentencias incompatibles con las políticas administrativas por ser dictadas bajo supuestos de conveniencia u oportunidad, serían inconstitucionales, habida cuenta que atentarían contra la tridivisión del poder público y el principio de colaboración armónica entre sus ramas, consagrado en el último inciso del artículo 113 de la Constitución Política.

2001, exp. AP-100, C.P.: Darío Quiñónez Pinilla.

⁴²⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Acción Popular No 01-479 del 25 de agosto de 2004, Magistrada Ponente: Nelly Yolanda Villamizar Peñaranda, Actor: Gustavo Moya Ángel y otros

⁴²⁸ Tribunal Administrativo del Quindío, Sentencia del 4 de julio de 2003, Rad. 63-001-2331-2002-01189-00, Magistrada Ponente: María Luisa Echeverri Gómez.

⁴²⁹ Bajo esta óptica. Compartimos en un todo la conclusión del Dr. Óscar Darío Amaya Navas, Director del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia, quien manifestó, a propósito de los fallos tendientes a proteger el medio ambiente sano, lo siguiente: “La política ambiental del país no puede ser dictada desde los estrados judiciales, debe reconstruirse y retomarse desde las instancias oficiales y privadas, sin desconocer el grado de participación que tenemos los ciudadanos. Se hace necesario promover en el país una tregua ambiental, de lo contrario no habrá presupuesto oficial ni privado que resista el embate de los fallos judiciales que se avecinan, bien sea por contaminación, por degradación de fuentes hídricas, o por cualquier otra causa de raigambre ambiental. El nuestro es un país altamente dependiente de sus recursos naturales, por lo que resultan inevitables los procesos contaminantes. La clave del asunto es diseñar un modelo de desarrollo sostenible a la colombiana. Ese es el reto del siglo que comienza a despuntar”. Publicación *Ámbito Jurídico*, Sección *Juriscrítica*, Bogotá, 6 de diciembre de 2004 al 9 de enero de 2005.

Afortunadamente el Consejo de Estado ha sido consciente de nuestra preocupación y en reciente jurisprudencia trazó los lineamientos que debe tener el juez popular cuando está de por medio la obligación de amparar derechos colectivos que implicarían fuertes erogaciones presupuestales, veamos:

[...]el juez popular, en principio, no debe incursionar en ámbitos en los cuales la administración ejerce su discrecionalidad planificadora, salvo en los casos en los cuales el órgano administrativo actuante incurra en manifiestas arbitrariedad, irrazonabilidad, desproporcionalidad o desatención de preceptos que orientan la distribución del gasto –como, señaladamente, lo hace el inciso segundo del artículo 366 constitucional. [...] corre, [...], por cuenta de la administración demandada, la carga de demostrar [...] que no resulta procedente, en el caso concreto, que el juez popular imparta una específica orden de hacer o de ejecutar obras públicas, que impliquen llevar a cabo inversiones económicas, porque el presupuesto de la correspondiente entidad, para la respectiva vigencia fiscal, ha sido ya programado, de acuerdo con los preceptos constitucionales y legales aplicables, destinándose para la atención de necesidades, la materialización de derechos o la satisfacción de intereses de la misma o superior entidad constitucional o legal, de aquellos cuya protección se reclama a través del ejercicio de la acción popular.

[...] Si la administración no demuestra, entonces, que ha ejercitado, ajustándose a derecho, su discrecionalidad planificadora y que ha determinado los referidos órdenes de prioridades observando los parámetros que le impone el ordenamiento, no se advierten para el juez, en el caso concreto, más límites que los derivados de su prudencia y del propio Derecho, de manera tal que se ve abocado a procurar la protección, con las mayores eficacia y prontitud, de los derechos colectivos cuya vulneración o amenaza le haya sido acreditada dentro del respectivo proceso judicial.

Ahora bien, la circunstancia de que el juez popular, aun habiéndose puesto de presente –dentro del curso del expediente– la amenaza o vulneración de un derecho colectivo, se abstenga de proferir órdenes de ejecutar obras públicas para no invadir la órbita de la discrecionalidad planificadora de la administración y atendida la “relatividad”⁴³⁰ de las obligaciones a cargo del Estado

⁴³⁰ El Consejo de Estado en este fallo previamente abordó la aplicabilidad de la falla relativa del servicio al

con respecto a la materialización de derechos de prestación, no debe de entenderse como una patente de curso para que la entidad pública responsable continúe desatendiendo indefinidamente su obligación de proteger los derechos colectivos conculcados o bajo riesgo. En tales supuestos, el juez popular debe impartir la orden de llevar a cabo las obras o actividades que sean del caso, tan pronto como las posibilidades presupuestales lo permitan, es decir, en cuanto haya de establecerse un nuevo orden de prioridades para la ejecución del gasto, en la vigencia fiscal que corresponda. El juez puede garantizar el cumplimiento de dicha determinación, valiéndose de los mecanismo previstos por los artículos 34, y 41 y siguientes de la ley 472 de 1998.⁴³¹

Órganos competentes para decidir sobre la conveniencia u oportunidad:

En este punto de la disertación, es oportuno preguntar: ¿Qué órganos o entidades son las competentes para decidir sobre los juicios de conveniencia u oportunidad que se presenten en contra de las decisiones que profiera la Administración Pública? La respuesta es simple, es la misma Administración Pública la competente, para pronunciarse sobre los juicios de conveniencia u oportunidad que se profieran en contra de sus decisiones, veamos algunos ejemplos:

- a. Los artículos 267 y 344 constitucionales otorgan a las contralorías y a las oficinas de planeación la evaluación de la gestión de la administración.
- b. El artículo 69, numeral segundo, del Código Contencioso Administrativo, permite revocar los actos administrativos por razones de oportunidad o mérito.
- c. El artículo 59 del Código Contencioso Administrativo establece que, los actos administrativos también se podrán motivar por razones de conveniencia, por lo tanto, a través de la vía gubernativa se podrán impugnar por inconvenientes.
- d. Los alcaldes o los gobernadores podrán objetar por inconvenientes los acuerdos de los concejos o las ordenanzas de las asambleas, según el caso. (Artículos 305, numeral 9 y 315, numeral 6, constitucionales, respectivamente).

interior de la teoría de las acciones populares, bajo el entendido de que el Estado no puede ser obligado a lo imposible.

⁴³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enriquez, Bogotá D.C., veintiséis de octubre de dos mil seis (2006), Radicación número: 630012331000200500708 01, Expediente número: AP-2005-00708, Actores: Héctor Buitrago Ospina y otros, contra el Municipio de Armenia y otra.

G. Validez, existencia y eficacia del acto administrativo.

Con el objeto de dar por terminado el tema del acto administrativo como instrumento a través del cual se exterioriza el comportamiento de la Administración Pública, debemos tener desde ahora en cuenta tres conceptos relacionados con la naturaleza jurídica del mismo; a pesar que sobre tales conceptos ahondaremos más tarde; los cuales se suelen confundir, siendo completamente diferentes, veamos:

a. Validez: hace referencia a que el acto administrativo reúna los requisitos internos y externos, es decir, que no se encuentre inmerso en alguna de las causales de nulidad contempladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

b. Existencia: se refiere a que el acto administrativo se adopte (adopción que implica el cumplimiento de sus elementos estructurantes: expresión, unilateralidad, voluntad, proveniente de la administración pública, decisión y susceptible de producir efectos jurídicos), es decir, que la Administración Pública tome la decisión, ya sea verbal o escrita. En este aspecto no importa si el acto administrativo es válido o inválido. Desde esta perspectiva un acto administrativo puede existir y ser válido o puede existir y ser inválido, o sea, el acto administrativo existe cuando se adopta por escrito o verbalmente independientemente de los posibles vicios invalidantes en que se pueda ver inmerso.

c. Eficacia: preceptúa que mientras el acto administrativo no se publicite, es decir, no se dé a conocer, no produce efectos jurídicos. Con esto se quiere decir, que un acto administrativo puede existir, ser válido, y no producir efectos jurídicos, a pesar de que potencialmente los tiene, por la sencilla razón de que no ha sido publicado, notificado, comunicado o ejecutado según el caso. La publicitación no es requisito de validez, salvo si la ley contempla otra cosa, como es el caso de las liquidaciones oficiales de impuestos y las resoluciones que desatan recursos contra dichas liquidaciones, donde la falta de notificación de tales decisiones genera un vicio de invalidez y no de ineficacia (Artículo 730, numeral tercero -3º- del Estatuto Tributario).

Esta tesis es producto de un análisis sistemático del ordenamiento jurídico colombiano, así:

Los artículos 43 y 44 del Código Contencioso Administrativo, consagran que los actos administrativos no serán obligatorios mientras no se publiquen, lo equivale a decir, que existen pero no son oponibles. El 48 del CCA establece que si los actos administrativos de carácter particular, no se notifican, no producen efectos legales. El artículo 61 del mismo documento, manifiesta que las decisiones se

notificarán de conformidad a los artículos 44, inciso 4 y 45, esto es, que a pesar que no se notifiquen ya son decisiones, o sea, actos administrativos. El artículo 62 señala cuando los actos administrativos quedan en firme, y se deduce de ello, que se requiere necesariamente su notificación para que adquieran firmeza, por ende, cuando se profiere el acto solo adquiere firmeza formal y cuando se notifica y transcurre el término de ejecutoria en los casos previstos en el mencionado artículo, adquiere firmeza material y puede ser ejecutado, salvo las excepciones contempladas en la ley, como por ejemplo, lo consagrado en el inciso 2 del artículo 119 de la Ley 734 de 2002, donde la providencia se hace ejecutoria el mismo día en que sea suscrita por el funcionario correspondiente, es decir, basta la firmeza formal en estos casos para la viabilidad de su ejecución y oposición al afectado si es del caso.

CAPÍTULO IV. EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

Introducción.

Una vez analizados los principios bajo los cuales debe actuar la Administración Pública y los Instrumentos Jurídicos a través de los cuales materializa su actividad, es pertinente adentrarnos en los senderos ciertos y determinados por el bloque de legalidad, por medio de los cuales debe “caminar” el Estado para producir Actos Administrativos en firme. Tales senderos están determinados por el proceso administrativo.

Por proceso administrativo debemos entender aquellos trámites o etapas coordinadas necesarias que debe adelantar la administración, con el fin de producir un acto administrativo en firme, dentro del cual deben operar los principios del debido proceso, la autotutela administrativa y la legalidad.

De conformidad al concepto anterior, el proceso administrativo se diferencia claramente del judicial y del legislativo, en su producto, ya que el primero busca producir un acto administrativo, el segundo una sentencia y el tercero una ley.

Por último en esta parte introductoria, es necesario precisar que el proceso administrativo no debe confundirse con la operación administrativa, habida cuenta que esta última busca materializar los efectos jurídicos del acto administrativo en firme, el cual es producto del proceso administrativo, por tanto, la operación administrativa, necesariamente es posterior al mencionado proceso. Proceso administrativo y operación administrativa son dos conceptos que se complementan, en donde uno precede al otro.

I. Alcance del concepto de proceso administrativo

El proceso administrativo siempre será uno solo de conformidad al tipo de decisión administrativa que se debe adoptar, al paso que el procedimiento administrativo es de varias clases dependiendo de la normativa que lo regule, es así como por regla general existe un procedimiento ordinario y a título de excepción una serie de procedimientos especiales. Para poder entender de manera precisa este último planteamiento, en las próximas líneas abordaremos in extenso la diferencia entre proceso administrativo y procedimiento administrativo para determinar el real alcance de estos dos conceptos.

A. Diferencias entre proceso administrativo y procedimiento administrativo

Estos dos conceptos son perfectamente diferenciables, sus distinciones son las siguientes:

1. El proceso administrativo es la actividad y el procedimiento administrativo es el motor a través del cual se desarrolla: Mientras el proceso contempla el plan a seguir para producir la decisión, el procedimiento contempla el trámite a través del cual se va a ejecutar el mencionado plan. Es por lo anterior que se debe concluir que el proceso administrativo establece a que se quiere llegar y bajo qué condiciones, al paso que el procedimiento obedece a las etapas que se deben recorrer para poder llegar a la meta presupuestada.

2. Todo proceso implica la existencia de uno o más procedimientos para el logro de sus finalidades: Esto quiere decir que, mientras el proceso siempre será uno solo, los procedimientos que buscarán cumplirlo podrán ser uno o más, es así como en nuestro ordenamiento podríamos señalar que el proceso debe garantizar tres etapas: la actuación, la publicitación y la vía gubernativa, cada una de ellas con un procedimiento diferente para llevarse a cabo. Lo mismo se puede manifestar de los procedimientos especiales que emanan del proceso administrativo, cuya decisión debe surgir al interior de un ordenamiento jurídico especial, pues los mismos deben contemplar trámites para expedir, publicitar y controvertir los actos administrativos que de ellos emanen.

3. El procedimiento es el camino que debe seguirse para obtener el resultado que contempla el proceso: A manera de ejemplo práctico, podríamos señalar lo siguiente, si mi meta es llegar a Cali, yo busco la vía más confiable, más segura y más cómoda, esto sería el proceso, y el procedimiento sería, proceder a hacerle un mantenimiento al automóvil, si escogí la vía terrestre, viajar preferiblemente de día e incluso la acción de prender el carro, viajar a moderada velocidad, etc. Es decir, el procedimiento es simplemente agotar los pasos necesarios para cumplir con el objeto del proceso bajo los parámetros trazados.

De las anteriores diferencias, se puede concluir que el proceso administrativo contempla el tipo de acto administrativo que se debe producir y bajo qué principios se debe actuar para producirlo, mientras que el procedimiento nos ilustra los trámites y formalidades que se deben cumplir para hacer efectivos los principios y configurar la naturaleza jurídica que debe poseer la decisión a proferir. A manera de ejemplo podemos señalar la licitación pública como el proceso administrativo que por regla general, se debe cumplir, para producir un acto de adjudicación de

un contrato estatal, y las etapas reguladas en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 como el procedimiento a seguir para proferir dicha adjudicación.

Este procedimiento debe cumplir con los principios de todo proceso administrativo de selección como son la publicidad, la igualdad y la selección objetiva.

De conformidad a lo anterior, el procedimiento administrativo debe entenderse como aquel conjunto de pasos y ritualidades establecidos en el bloque de legalidad, que debe cumplir la Administración Pública, para poder producir un acto administrativo en firme.

B. Justificación político-legislativa de la existencia de un proceso

1. Con el proceso administrativo se busca concatenar lo sustancial con lo adjetivo, es decir, que el objeto jurídico y social de cada Entidad Estatal, posea un trámite procedimental para poderlo hacer realidad a través de respuestas concretas a los administrados.

2. Es necesario que la Administración cumpla con ciertas formalidades para producir sus decisiones, ya que esto le otorga a los administrados la posibilidad de ejercer un control y de participar en la actividad Estatal.

Mediante la primera justificación los actos administrativos de carácter particular y concreto adquieren existencia, legalidad y eficacia y a través de la segunda el proceso administrativo se constituye en una garantía para el administrado. El profesor Garrido Falla explica sobre el particular lo siguiente: [...] el procedimiento administrativo aparece así como un conjunto de formalidades arbitradas, las más de las veces, en garantía del particular. Lo cual no debe hacernos olvidar, sin embargo, la segunda de las finalidades perseguidas con este mismo procedimiento: lograr el mayor acierto y eficacia en las resoluciones administrativas.⁴³²

C. La Naturaleza Jurídica del Proceso Administrativo

El proceso administrativo, como toda institución jurídica, es un deber ser, es un ideal y como tal debe entenderse. El paradigma al cual quiere llegar todo proceso administrativo, se resume en desaparecer todo indicio de arbitrariedad de la administración pública frente a los administrados, donde los poderes exorbitantes

⁴³² GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Editorial Tecnos, 2005, página 612. Con la colaboración de PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ Herminio.

de aquella sean controlados a través de principios y regulaciones, en conclusión, que la desigualdad evidente entre el poder Estatal y los particulares no se convierta en un cauce de ilegalidad, absolutismo o despotismo.⁴³³

D. Diferencias entre el proceso administrativo y el contencioso administrativo

1. El proceso contencioso administrativo es el que se surte ante los jueces, es decir, su naturaleza es judicial, al paso que el proceso administrativo, se surte directamente con la administración pública.

2. Son procesos complementarios, ya que en ocasiones, se exige el agotamiento previo de la vía gubernativa para luego poder acudir a la vía jurisdiccional, como es el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a actos administrativos de carácter particular y concreto sujetos a la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En este evento hay que provocar la decisión, a través del derecho de petición, antes de acudir a la vía judicial

3. El proceso administrativo es estudiado por el derecho procesal administrativo, el cual lo define el Dr. Santofimio, como “el conjunto coordinado de reglas y principios reguladores del procedimiento seguido por los órganos administrativos, en ejercicio de la función administrativa, que persigue la estructuración de una decisión”, al paso que el proceso contencioso administrativo es analizado por el derecho contencioso administrativo, el cual, tal como lo afirma el mencionado tratadista, “comprende el conjunto de normas y principios reguladores de los procedimientos que han de seguirse ante los tribunales jurisdiccionales especializados, para resolver las diferencias, controversias o litigios suscitados entre la Administración Pública y sus contradictores.”⁴³⁴

4. En el proceso administrativo, quien decide es una de las partes involucradas en la actividad, en cambio, en el proceso contencioso administrativo, quien decide es un juez singular o colegiado. Sin embargo, la tendencia moderna del derecho procesal administrativo es la de considerar a la administración pública dentro del proceso administrativo, de dos maneras diferentes, así: como parte interesada, cuando reconoce un derecho o impone una sanción, o como tercero imparcial, cuando resuelve conflictos. En esto último puede ser similar a la

⁴³³ “[...] estamos incurso en un fenómeno de proceso jurídico, que explica los principios y conceptos garantizadores de los derechos de quienes se involucren en la formación de toda decisión administrativa”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 169.

⁴³⁴ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 173.

administración judicial, pero sin las connotaciones jurídicas que tal ámbito del poder público genera (cosa juzgada por ejemplo).⁴³⁵ Sin embargo, es pertinente anotar que cuando actúa como conciliadora extrajudicial en materia contencioso administrativa, el acta como tal se equipara a una sentencia judicial, esto es, hace tránsito a cosa juzgada.

5. El proceso administrativo no es litigioso, es una actividad propia de la administración pública y como tal, obedece a su propia naturaleza jurídica que no es otra que la de cumplir con los cometidos estatales, al paso que el contencioso, busca definir una controversia o restablecer un derecho subjetivo.

6. El proceso administrativo debe culminar con un acto administrativo en firme, al paso que el contencioso administrativo debe culminar con una sentencia en firme.

E. Finalidad del procedimiento administrativo

La finalidad del procedimiento administrativo es triple, veamos:

a. Acatamiento al principio de legalidad: Con el procedimiento administrativo, se busca que la administración transite por caminos predeterminados en la ley o al menos bajo los principios que esta misma contempla, esto crea la certeza en los administrados que las decisiones que adopte el Estado, no serán el fruto de la arbitrariedad sino del cumplimiento de los fines estatales, sin importar si se trata de decisiones regladas o discrecionales, lo cual redundará en seguridad jurídica.⁴³⁶

b. La garantía del respeto a los intereses de los particulares: Los derechos fundamentales de los administrados que se vean inmersos en los procesos administrativos son intocables, especialmente el debido proceso, es por esto que en los procedimientos existe la publicidad, la contradicción, el derecho a ser

⁴³⁵ “Los senderos procesales establecidos como generales en el Decreto 01 de 1984 permiten tramitar todo tipo de asuntos administrativos sin diferencia sustancial, material o de naturaleza, esto lo hace en nuestra opinión un procedimiento mixto o promiscuo, que sirve en consecuencia para adoptar decisiones tendientes al simple reconocimiento de derechos, al igual que a la imposición de sanciones administrativas o incluso para la resolución de conflictos por parte de la administración”. Ibid., p. 190. Esta opinión tiene aún mayor pertinencia con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, pues esta codificación contempla de manera expresa cuatro tipos de procedimientos, como lo veremos en su oportunidad, así: el general, el sancionatorio, el tendiente a producir actos administrativos de carácter general y el de cobro coactivo, aunque en nuestro concepto este último hace parte de una operación administrativa y no de un proceso administrativo.

⁴³⁶ “[...] se viene sosteniendo en el Derecho Administrativo la necesidad de incorporar para el cabal cumplimiento de la legalidad un elemento adicional, que consolida la seguridad jurídica en la actividad administrativa: se trata del proceso, institución desarrollada para el ejercicio de otras actividades estatales, como la judicial, y que no puede ser extraña para el eficaz encauzamiento de la actividad administrativa”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 168.

asistido por un abogado, etc.⁴³⁷ Aunque es menester resaltar que tales derechos implican unos deberes correlativos en cabeza de los administrados, tales como la lealtad procesal frente a la administración, la buena fe en todas sus actuaciones ante la administración, la colaboración permanente con los Servidores Públicos para el cabal cumplimiento de las funciones que debe cumplir la administración, etc.

c. El cumplimiento de los cometidos estatales: Es decir, la autotutela de la administración pública como garante del interés general en toda su extensión, donde toda decisión que profiera la administración pública debe redundar en beneficio para el conglomerado social y en busca de proteger y hacer eficaz el cumplimiento de las funciones administrativas.⁴³⁸

En consonancia con esta triple finalidad, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo⁴³⁹ consagró de manera concreta la finalidad de la primera parte de dicha codificación en los siguientes términos:

Artículo 1º. Finalidad de la Parte Primera. Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

Se destaca de esta preceptiva legal la diferencia con el artículo 2º del antiguo CCA, dado que en el tenor literal de la disposición que se comenta no se contempla la prestación del servicio público como fin del proceso administrativo, lo cual compagina con lo dispuesto en nuestra Carta Magna, toda vez que en ella se diferencia de manera clara los conceptos de servicio público y función administrativa, donde se resalta que el servicio público no necesariamente debe ser prestado directamente por el Estado, al paso que la función administrativa, por regla general, debe ser realizada directamente por el Estado, tal como se explica más adelante.

⁴³⁷ “[...] los procedimientos administrativos encauzan los postulados y derechos fundamentales, cuando de relación entre la administración y los particulares se trata”. Ibid., p. 168.

⁴³⁸ “[...] el cumplimiento de los cometidos estatales, implica la concreción del mandato, competencia o atribución conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico, de lo contrario las decisiones que emanen de este complejo ejercicio se producirían con serios reparos de validez”. Ibid., p. 167.

⁴³⁹ Ley 1437 del 18 de enero de 2011, publicada en el Diario Oficial 47.956 del 18 de enero de 2011.

II. El procedimiento administrativo en el Código de Procedimiento Administrativo.

La primera parte del Código de Procedimiento Administrativo (Art. 1 al 102), regula lo concerniente al procedimiento administrativo que, por regla general, la Administración Pública debe cumplir para producir actos administrativos en firme⁴⁴⁰. Es pertinente anotar que el procedimiento administrativo siempre se debe aplicar en el evento de que con la decisión administrativa, un particular pueda resultar afectado con la misma, especialmente de manera negativa.

A. Excepciones a la aplicación del Procedimiento Administrativo contemplado en la primera parte del nuevo Código

1. Imposibilidad de procedimiento

Situaciones en las que resulta imposible aplicar un procedimiento administrativo para producir un acto administrativo en firme:

a. Los Actos Administrativos de mera manifestación:⁴⁴¹ son una modalidad de los actos administrativos discrecionales, se identifican con la manifestación de voluntad del representante legal de la Entidad Pública o de sus directivas, propia de su fuero interno y que se plasma en un documento por razones del servicio y de administración interna de la entidad, sin necesidad de agotar trámite alguno para su expedición y en algunas ocasiones sin motivación alguna por expresa autorización legal y con el objeto de materializar el principio de eficiencia, de tal suerte que no hayan obstáculos en el devenir cotidiano de la entidad al interior de la prestación de la función administrativa. La facultad de libre nombramiento y remoción (Inciso 2do, del artículo 2do del CPA y último inciso del artículo 1º del CCA) es el ejemplo clásico de esta modalidad de actos administrativos discrecionales. Otro ejemplo es la declaratoria de insubsistencia de un nombrado en provisionalidad⁴⁴², sin embargo, con el advenimiento de la Ley 909 de 2004, específicamente el parágrafo 2º del artículo 41, es obligatorio motivar para desvincular a un empleado que ocupa un cargo en provisionalidad, regla que fue

⁴⁴⁰ El antiguo Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), regula el procedimiento administrativo a partir del artículo 1º hasta el artículo 81. Se advierte al lector que se hará mención de esta codificación cuando se observe un cambio drástico o fundamental frente a la nueva regulación o para hacer paralelos importantes de reiteración normativa. Por otro lado, es importante precisar que cuando nos refiramos al nuevo código las siglas serán CPA y en relación con el antiguo las siglas serán CCA

⁴⁴¹ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 176.

⁴⁴² El artículo 107 del Decreto 1950 de 1973 señalaba: “En cualquier momento podrá declararse insubsistente un nombramiento ordinario o provisional, sin motivar la providencia, de acuerdo con la facultad discrecional que tiene el gobierno de nombrar y remover libremente sus empleados [...]”

confirmada en el Decreto Reglamentario 1227 de 2005, expedido por el Presidente de la República y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, en su artículo 10°. A más de los dos ejemplos anteriores también tenemos el caso de las circulares del servicio, las órdenes administrativas, las instrucciones internas, los permisos, la concesión de viáticos, las licencias y, en general, las decisiones administrativas que emanan de situaciones administrativas de carácter laboral o de carácter gerencial, por ser propias de la administración de personal. Solo por autorización expresa del ordenamiento jurídico, la administración pública puede proferir actos administrativos de esta naturaleza.

Es importante entender que será la ley, de la cual emane la potestad discrecional, la que determine si los actos administrativos de carácter general que se derivan de dicha facultad deben cumplir con un procedimiento administrativo previo para su expedición. Ahora bien, por regla general esta potestad debe cumplir con el procedimiento y a título de excepción la ley puede contemplar lo contrario, cuando de la misma dimanen actos administrativos de carácter particular y concreto. Por ejemplo: en virtud de las leyes marco generadoras de facultades reglamentarias en cabeza del ejecutivo, a la administración se le puede señalar o no, el cumplimiento previo de ciertos trámites, acordes a los principios de la función administrativa (art. 209 del CP) y a la misma naturaleza del objeto de que trata la ley marco, para poder proferir los actos administrativos reglamentarios (Numeral 19 del artículo 150 de la Constitución Política de Colombia).

b. Los especificados en el inciso 2do del artículo 2do del Código de Procedimiento Administrativo y en el inciso tercero del artículo 1° del Código Contencioso Administrativo: Esto es los procedimientos militares o de policía, ya que en ellos, se requiere de decisiones administrativas inmediatas con el objeto de preservar el orden público (defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas o cosas).

Las anteriores dos excepciones no se pueden ver inmersas dentro de los abusos o la arbitrariedad, por el contrario, deben respetar los derechos fundamentales de las personas que resulten afectadas y estar sujetas a los principios de legalidad e interés general, en caso contrario, las decisiones que se profieran en virtud de las mismas, estarán viciadas de nulidad o sus efectos serán irregulares. Por ejemplo: la reubicación de vendedores ambulantes debe obedecer a un procedimiento pacífico y concertado, en procura de armonizar el principio de confianza legítima con el del interés general.

Frente a la aprobación de trámites internos el párrafo 1° del numeral segundo del artículo primero de la Ley 962 de 2005, modificado por el artículo 39 del

Decreto-Ley 0019 de 2012, nos trae dos ejemplos que cabrían en la posibilidad de adoptar decisiones sin previo procedimiento o a través de trámites expeditos no previstos en el CPA, cuando se trate de conjurar asuntos de orden público, esto es: trámites autorizados por los decretos expedidos durante los estados de excepción, con motivo de la declaratoria de un estado de catástrofe o emergencia natural, o cuando se requiere la adopción inmediata de medidas sanitarias para preservar la sanidad humana o agropecuaria.

c. Los actos administrativos de carácter general: Con excepción de los que resulten del ejercicio del derecho de petición en interés general. En estos casos la administración pública no se ve compelida a cumplir con un trámite o procedimiento para adoptar este tipo de decisiones, habida cuenta que las mismas son el resultado de políticas de administración, de Gobierno y de Estado, donde no se ve afectado nadie en particular. Sin embargo, es preciso advertir que el legislador es libre de señalar trámites en esta materia si a bien lo tiene, de conformidad a su función constitucional, tal como ocurrió con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo cuyo comentario sobre el particular se hará más adelante.

2. Los procedimientos especiales

El procedimiento administrativo contemplado en la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo es la regla general, empero, existen procedimientos especiales, los cuales contienen trámites que tienen esa misma característica, regulados en leyes específicas, por tanto, no les es aplicable las reglas de la Ley 1437 del 2011⁴⁴³, salvo en los vacíos que contemplen, lo que los convierte en una excepción atemperada al procedimiento administrativo general.⁴⁴⁴

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que los procedimientos administrativos especiales deberán estar proferidos por una ley en estricto sentido formal, es decir, que emane directamente del Congreso de la República, salvo en materia departamental (por ordenanzas), distrital (por acuerdos distritales) o municipal (por acuerdos municipales). Es decir, ni siquiera a través de facultades extraordinarias, el Presidente de la República podrá regular

⁴⁴³ Sancionada el 18 de enero del año 2011 y publicada en el diario oficial 47.956 del mismo día y año.

⁴⁴⁴ El artículo 2do del Código de Procedimiento Administrativo, en su inciso tercero, consagra: “Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código”. Esta regla tiene la misma connotación contemplada en el inciso segundo del artículo 1º del CCA La DIAN en concepto 50135 de agosto 8 de 2012, señaló que las notificaciones de actos tributarios que posean regulación propia no se rigen por el CPA y únicamente se podrá acudir a este cuando no exista una norma específica para el caso concreto.

procedimientos administrativos, veamos: “[...] Estima la corte, que a partir de la Constitución de 1991, con la salvedad hecha en relación con los procedimientos especiales que puedan existir en el orden distrital, departamental y municipal, todo procedimiento administrativo especial debe regularse a través de la ley, e incorporarse al Código Contencioso Administrativo, como lo exige, con fines de sistematización, el aparte final del artículo 158 de la Constitución Política [...]”.⁴⁴⁵

Sin perder de vista el aparte jurisprudencial transcrito, la Corte Constitucional atiende a lo dispuesto en el artículo 158 de la Constitución Política, ya que todo procedimiento especial se entenderá incorporado al Código Contencioso Administrativo y, por lo tanto, hará parte integrante del mismo, lo que significa que tal procedimiento estará codificado de manera sistemática en el orden que contempla la Ley 1437 del 2011 y estará gobernado por los principios consagrados en el artículo 3° de tal ordenamiento y en el artículo 209 superior.

Aunado a lo anterior el último inciso del numeral décimo del artículo 150 de la carta magna, consagra claramente la imposibilidad de que se profieran códigos mediante Decretos Leyes, lo que reafirma aún más la tesis de la prohibición de proferir procedimientos administrativos especiales a través de normas que no surjan directamente del Congreso de la República, habida cuenta que los mismos se entienden incorporados al Código Contencioso Administrativo, así: “Estas facultades (las extraordinarias) no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20 del presente artículo, ni para decretar impuestos.” (Lo que está entre paréntesis y entre comillas es fuera de texto).

En el sentido expuesto en los párrafos anteriores se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

De igual forma se advierte que los procedimientos administrativos se pueden guiar por otro tipo de normas, con la precisión de que tales procedimientos deben estar regulados “por leyes especiales”. Empero, ¿cuál es el alcance de la expresión anterior?, ¿Esas leyes especiales podrían tomarse en sentido material o en sentido formal? Si se escogiera la primera hipótesis podría sostenerse que bajo el criterio material la regulación especial de los procedimientos administrativos podría darse a través de cualquier norma de rango inferior a la ley, al tiempo que si se optara por la segunda hipótesis,

⁴⁴⁵ Sentencia C-252 de mayo 26 de 1994, magistrados ponentes: Vladimiro Naranjo Mesa y Antonio Barrera Carbonell.

orientada por un criterio formal, únicamente la regulación especial podría provenir de una ley expedida por el Congreso de la República. No obstante la duplicidad de posibilidades, para la Sala no hay duda que cualquier regulación especial sobre procedimientos administrativos para encausar el cumplimiento de las funciones administrativas debe ser dictado por el legislador.

Admitir la posibilidad contraria sería como habilitar a cada entidad administrativa, de cualquier orden o nivel, para que expida o regule sus procedimientos administrativos, lo que además de caótico, contraría la reserva legal que en punto de la vía gubernativa ha previsto el constituyente, por tratarse de un asunto que está expresamente regulado en el Código Contencioso Administrativo.

En resumen, la expresión acusada del numeral 3º del artículo 10 del Decreto 2244 de 2005, expedido por el Presidente de la República, contraría el ordenamiento jurídico, en particular porque con la misma el Jefe de Estado excedió el ejercicio de su potestad reglamentaria al haber regulado un aspecto de la vía gubernativa, materia sobre la que existe reserva legal por hacer parte del Código Contencioso Administrativo. Por tanto, esa parte del decreto será anulada, sin que ello signifique que en lo pertinente del proceso de elección del miembro de la junta directiva de la Comisión Nacional de Televisión de que trata el literal d del artículo 1º de la ley 335 de 1996 ha quedado desprovisto de regulación sobre esa función administrativa, pues siguiendo lo dispuesto en el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo es viable aplicar a ese proceso administrativo las normas de esta codificación.⁴⁴⁶

En armonía con lo hasta ahora expuesto se esgrime que otorgarle al Gobierno la posibilidad de expedir códigos a través de facultades extraordinarias o por medio del ejercicio de la potestad reglamentaria, es ingresar a la zozobra de la inseguridad jurídica. Los Códigos son la columna vertebral de los derechos y deberes de las personas, por tanto, debe permitirse que se decanten para su aplicación. Situación que requiere años y no meses o días. Si al Gobierno se le da la posibilidad de expedir códigos, estos proliferarán convirtiendo al ordenamiento jurídico en un panorama ambiguo y oscuro, difícil de aplicar y atentatorio en últimas del ejercicio de los deberes y derechos. Por tanto, es absolutamente justificable que

⁴⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 14 de septiembre de 2007. Expediente 11001-03-28-000-2007-0018-00. Consejera Ponente: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de diciembre de 2007, páginas 2208 a 2213.

la potestad de expedir Códigos recaiga única y exclusivamente en el Congreso de la República.

No obstante, el numeral 1º del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, contempla una excepción a la imposibilidad de que procedimientos administrativos especiales puedan ser regulados por normas que no provengan directamente del Congreso de la República, además de la señalada en materia de procedimientos adoptados por Asambleas o Concejos, así: “En las normas de selección y en los pliegos de condiciones o términos de referencia para la escogencia de contratistas, se cumplirán y establecerán los procedimientos y etapas estrictamente necesarios para asegurar la selección objetiva de la propuesta más favorable”.⁴⁴⁷ Esta excepción se nos antoja inconstitucional porque está abriendo la posibilidad de que a través de leyes habilitantes la administración pública pueda regular procedimiento administrativos, lo que es contrario a la voluntad del constituyente como ya se explicó.

Por otra parte, cabe resaltar otra excepción a la cláusula exclusiva de competencia en materia de regulación de códigos en cabeza del Congreso de la República y es la circunscrita a las figuras de los reglamentos constitucionales autónomos, esto es, actos administrativos con fuerza material de ley, los cuales surgen de la potestad reglamentaria que directamente le confiere la Constitución a ciertos órgano autónomos y entidades atípicas. Por ejemplo: La Contraloría General de la República, el Banco de la República, La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y la Dirección Administrativa de la Fiscalía General de la Nación.

Algunos ejemplos de procedimientos especiales serían los siguientes:

- a.** Los de carácter tributario que se siguen ante la Unidad Administrativa Especial de Impuestos y Aduanas Nacionales (Dian).
- b.** Los agrarios que se siguen ante el Incoder, y ante el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras, de acuerdo con las Leyes 200 de 1936, 135 de 1961 y 4 de 1973. Al interior de estos también se debe contemplar el procedimiento de adjudicación de tierras a desplazados regulado en la Ley 160 de 1994.

⁴⁴⁷ Sobre esta excepción, el profesor Santofimio Gamboa explica: “Obsérvese que estamos frente a un caso excepcional en que el Legislador permite que las entidades estatales expidan procedimientos administrativos especiales, por vía administrativa, para efectos contractuales, cuando la regla general establecida por el constituyente es la de que esta modalidad de procedimientos tan solo puede ser el producto de la actividad Legislativa.” SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo IV. Op. cit., p.181.

- c.** Los referentes a la propiedad industrial que se adelantan ante la Superintendencia de Industria y Comercio de acuerdo con lo estipulado en el Código de Comercio y las decisiones del Acuerdo de Cartagena.
- d.** Los mineros que se adelantan ante el Ministerio de Minas y Energía.
- e.** Los de Registro de Instrumentos Públicos que se adelantan ante las Oficinas de Instrumentos Públicos del País.
- f.** Los Disciplinarios que se adelanten por las Entidades Públicas o por la Procuraduría General de La Nación. (Ley 734 de 2002).
- g.** Los de responsabilidad fiscal que adelante la Contraloría Nacional, Departamental o Municipal, donde hubiere. (Ley 610 de 2001).
- h.** La ejecución de políticas monetarias, cambiarias y crediticias: Este caso se encontraba contemplado en el artículo 80 del antiguo Código Contencioso Administrativo, que en síntesis señalaba que los actos administrativos expedidos por este tipo de entidades serían de aplicación inmediata, ya que los recursos de la vía gubernativa se concedían en el efecto devolutivo. Ahora bien, el control de estos actos administrativos estaba en cabeza de la Superintendencia Bancaria. En lo demás se aplicaba el Código Contencioso Administrativo. En la actualidad el Banco de la República es el responsable de trazar las políticas descritas. Ahora bien, este artículo dejará de existir a partir de julio del 2012 por la derogación expresa que la Ley 1437 de 2011 contempló en el artículo 309, como consecuencia, los actos administrativos aquí referidos se sujetarán a las normas generales del CPA
- i.** Procedimientos de las Entidades Territoriales: Esta es una excepción a la regla general de que los procedimientos administrativos especiales deben provenir de la ley en estricto sentido formal, ya que, de conformidad a las competencias que contemplan los artículos 313 y 300 de la Constitución Política, y en desarrollo de la autonomía de estas entidades territoriales, es posible que mediante un acuerdo o una ordenanza se expidan procedimientos administrativos, empero, en todo caso sometidos a los principios de la función administrativa y el debido proceso, regulados en los artículos 209 y 29 respectivamente de la Constitución Política. Esta facultad de regulación estaba contemplada en el artículo 81 del antiguo Código Contencioso Administrativo.

La jurisprudencia ha denominado a este tipo de *reglamentos como reglamentos constitucionales autónomos*,⁴⁴⁸ y los ha definido como aquellas disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto expedidas por una pluralidad de autoridades a las cuales les ha sido asignada una competencia normativa directamente por la Constitución y sin sujeción a la ley. Se caracterizan, en consecuencia, por constituir un desarrollo directo de la Constitución, por manera que, en el sistema de fuentes del derecho, ostentan una jerarquía igual a la de la ley. Ejemplo: El artículo 268, numeral 12 de la Carta, faculta al Contralor General de la República con el propósito de “dictar normas generales para armonizar los sistemas de control fiscal de todas las entidades públicas del orden nacional y territorial”. Así mismo, tal como se viene sosteniendo en este literal, las corporaciones públicas de elección popular de las entidades territoriales – asambleas departamentales y concejos municipales- tienen la facultad de desarrollar directamente la Carta, en los asuntos que atañen al núcleo esencial de su autonomía, competencia que pueden ejercer mediante la expedición de reglamentos constitucionales autónomos en el correspondiente ámbito territorial. El control es del contencioso administrativo.

Como consecuencia de lo explicado en el párrafo anterior, los procedimientos administrativos que se regulen a través de ordenanzas, acuerdos o cualquier reglamento constitucional autónomo pueden derogar disposiciones propias del Código de Procedimiento Administrativo Ordinario por tener la misma jerarquía de la ley, empero, siempre y cuando hagan más favorable la situación de los usuarios, en caso contrario, se nos antoja que dichos reglamentos serían inconstitucionales porque las normas especiales sobre un mismo tema deben ser más benéficas para los ciudadanos o personas en general que las normas generales, empero, cabría la posibilidad de que el ente territorial justifique el régimen más restrictivo conforme a la realidad socio-económica del Municipio o Departamento, en cuyo caso sería la Justicia quien determinaría la legalidad de tal justificación. Ahora bien, en el evento de que la regulación fuera más restrictiva que el régimen común, no se justificaría, en principio, un procedimiento especial en esta materia, porque atentaría contra principios como el debido proceso y violaría el ejercicio de derechos fundamentales como el de petición, pues tal ejercicio se tornaría más restrictivo que lo dispuesto en la norma general. Por ejemplo: sería inconstitucional, en principio, establecer, a través de una ordenanza o acuerdo, un término más largo para resolver el derecho de petición en interés particular, salvo que exista una argumentación suficiente que justifique la medida.

⁴⁴⁸ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 14 de agosto de 2008. Expediente 16230. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2008, páginas 1949 a 1983.

Ahora bien, de manera inexplicable el legislador extraordinario, en el párrafo 2° del numeral segundo del artículo primero de la Ley 962 de 2005, modificado por el artículo 39 del Decreto-Ley 0019 de 2012 (Ley antitrámites), restringe la capacidad reglamentaria de las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales, a pesar de la posibilidad que tienen estas corporaciones públicas de expedir reglamentos constitucionales. Veamos el tenor literal de la norma que se critica: Las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales o Municipales únicamente podrán adoptar, mediante ordenanza o acuerdo, las medidas que se requieran para la implementación o aplicación de los trámites creados o autorizados por la Ley.

j. Trámites internos que se regulen para facilitar el ejercicio de las funciones de las Entidades Públicas como consecuencia del derecho de petición y demás formas de iniciar las actuaciones administrativas: Esta facultad hay que entenderla armonizada con lo contemplado en el Código de Procedimiento Administrativo, es decir para ahorrar trámites y hacer más eficiente la actuación administrativa correlativamente con una atención oportuna y respetuosa al público, se podrán expedir formatos que se llenarán para casos similares o se podrán crear oficinas especiales para recepcionar las peticiones o lo que considere necesario la entidad⁴⁴⁹, siempre y cuando no se vulneren los derechos fundamentales de las personas y los principios contemplados en el artículo 3ro del CPA y 209 de la CP. En todo caso estos trámites internos no podrán ser más restrictivos que el procedimiento administrativo general sin justificación alguna, en caso contrario operaría la acción de tutela⁴⁵⁰.

En este caso no se puede hablar de un procedimiento especial en el sentido estricto de la palabra, sino de trámites dentro del mismo procedimiento ordinario, que la misma entidad crea para realizar el derecho fundamental de petición. Este era el sentido del antiguo artículo 32 del Decreto 01 de 1984, concordante con el inciso décimo del artículo 5to ibidem y 18 de la misma normativa. Y con este mismo objetivo el nuevo Código de Procedimiento Administrativo consagró el artículo 7°, donde se señalaron con precisión los deberes de las autoridades en la atención al público, de los cuales se pueden resaltar los siguientes comentarios:

⁴⁴⁹ El artículo 26 del antiguo CCA, regulaba el tema de las oficinas especiales para recepcionar peticiones, así: “Los reglamentos internos a que se refiere el artículo 1° de la ley 58 de 1982, atribuirán a uno o más funcionarios o empleados el deber especial de absolver las consultas del público, y de atender las demás peticiones de que trata este título. Tales reglamentos señalarán días y horas en que los funcionarios y empleados deberán conceder audiencias”. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo, en el numeral 7° del artículo 7°, consagró que las autoridades tendrán que atribuir a dependencias especializadas la función de atender quejas y reclamos, y dar orientación al público.

⁴⁵⁰ Al interior de una revisión de providencia emitida dentro de una acción de tutela, la Corte Constitucional consideró que el plazo de cinco días que la Alcaldía de Santa Marta estableció para ejercer el derecho de contradicción, frente a un acto administrativo relacionado con un contrato para los recaudos tributarios, se encontraba por fuera del estándar aplicable en el ordenamiento jurídico relativo al debido proceso. Ver: Sentencia T-1082 de 2012, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- Se debe garantizar una atención personal al público, como mínimo durante cuarenta (40) horas a la semana, las cuales se distribuirán en horarios que satisfagan las necesidades del servicio (Numeral 2° del artículo 7° del CPA). El representante legal de una entidad podría establecer horarios continuos u horarios que se inicien más temprano de lo normal o que se desarrollen en la noche, cuando las necesidades del servicio así lo demanden, conforme a lo dispuesto en esta norma.
- Es importante anotar que el legislador con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo quiso acabar con el tema del horario estricto laboral de los servidores públicos, en atención a que se debe atender a todas las personas que hubieren ingresado a sus oficinas dentro del horario normal de atención, así dicha atención se prolongue más allá del horario ordinario laboral (Numeral 3° del artículo 7° del CPA). Así mismo, y como corolario de lo dicho en este punto, las entidades deben tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos, así dichas peticiones ingresen a los medios electrónicos de las dependencias públicas por fuera de las horas de atención al público. (Numeral 6° del artículo 7° en concordancia con el inciso segundo del numeral 1° del artículo 5° del CPA).
- Otro punto para resaltar en torno a la disposición que se comenta es el hecho del énfasis que se hace en la atención respetuosa, digna y sin discriminación a los usuarios. Es así como establece la obligación de expedir, hacer visible y actualizar anualmente una carta de trato digno al usuario donde la respectiva autoridad especifique todos los derechos de los usuarios (art. 5° del CPA) y los medios puestos a su disposición para garantizarlos efectivamente. Así mismo obliga a que las autoridades habiliten espacios idóneos para la consulta de expedientes y documentos, así como la atención cómoda y ordenada del público (numerales 1°, 5° y 9° del artículo 7° del CPA).
- Se observa también de la nueva codificación un fuerte énfasis en el uso de tecnologías para facilitar la atención de peticiones e incluso, poner a disposición de los usuarios medios alternativos para que puedan hacer uso de las mismas. Por ejemplo: Se podría pensar en pantallas virtuales establecidas en puntos estratégicos que pudieran ser consultadas fácilmente por los usuarios. (Numeral 8° del artículo 7° del CPA).

De igual manera, es pertinente tener en cuenta en este punto lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 962 de 2005, donde se señala que los organismos y las entidades de la administración pública que conozcan de peticiones, quejas o reclamos, deberán respetar estrictamente el orden de su presentación⁴⁵¹, salvo

⁴⁵¹ Es pertinente anotar que en el artículo 3° del antiguo CCA en lo concerniente al principio de imparcialidad, ya se había dispuesto el respeto al orden de turno.

que contengan prelación legal. Deber que fue ratificado por el numeral 4° del artículo 7° del CPA, donde se dispone que se debe establecer un sistema de turnos acorde con las necesidades del servicio y las nuevas tecnologías, para la ordenada atención de peticiones, quejas, denuncias o reclamos, sin perjuicio de la atención especial y preferente que se le debe brindar a las personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política (numeral 4° del artículo 7° y numeral 6° del artículo 5° del CPA)⁴⁵².

Como corolario de todo lo anterior, el artículo 22 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, en su primer inciso, consagra que “Las autoridades deberán reglamentar la tramitación interna de las peticiones que les corresponda resolver, y la manera de atender las quejas para garantizar el buen funcionamiento de los servicios a su cargo”.

Los dos últimos incisos del artículo 32 del antiguo CCA precisaban que los reglamentos internos a que se ha hecho referencia en este literal debían someterse a la revisión y aprobación de la Procuraduría General de la Nación, la cual podía pedir el envío de los reglamentos e imponer sanciones por el incumplimiento de los plazos que señalara el decreto reglamentario; y que los reglamentos que expedieran los gobernadores debían contener las normas para la tramitación interna de las peticiones que correspondía resolver a las alcaldías. Estos incisos a nuestro modo de ver eran inconstitucionales toda vez que atentaban contra la autonomía de las entidades públicas y, por ende, iban en contravía del principio de descentralización administrativa consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política. No obstante, el procedimiento de aprobación de trámites internos se encontraba reglamentado a través del Decreto Reglamentario 770 de 1984. Afortunadamente el nuevo Código de Procedimiento Administrativo omitió este trámite de aprobación de reglamentos internos y este poder de regulación de los Gobernadores frente a los Alcaldes, por ende, tanto el procedimiento señalado como la potestad de los Gobernadores anotada, deben entenderse derogados por el artículo 309 de la Ley 1437 del año 2011.

⁴⁵² La nueva ley antitrámites, Decreto-Ley 0019 de 2012, ratifica esta tendencia normativa al establecer en el artículo 12 lo siguiente: “Los niños, niñas y adolescentes podrán presentar directamente solicitudes, quejas o reclamos en asuntos que se relacionen con su interés superior, su bienestar personal y su protección especial, las cuales tendrán prelación en el turno sobre cualquier otra”. Así mismo, en el artículo 13 señala: “Todas las entidades del Estado o particulares que cumplan funciones administrativas, para efectos de sus actividades de atención al público, establecerán mecanismos de atención preferencial a infantes, personas con algún tipo de discapacidad, mujeres gestantes, adulto mayor y veterano de la Fuerza Pública.”

A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior la nueva Ley antitrámites (Decreto-Ley 0019 de 2012), somete los trámites internos que reglamenten las entidades públicas o particulares que presten funciones administrativas, a la aprobación del Departamento Administrativo de la Función Pública lo cual, como lo advertimos, es inconstitucional porque atenta contra la autonomía de las entidades públicas y vulnera el principio de descentralización administrativa consagrado en el artículo 209 de la Carta Magna. Veamos lo que el inciso primero del artículo 39 del anotado Decreto consagró:

Artículo 39. PROCEDIMIENTO PARA ESTABLECER LOS TRÁMITES AUTORIZADOS POR LA LEY. El numeral segundo del artículo primero de la Ley 962 de 2005, quedará así:

2. Procedimiento para establecer los trámites autorizados por la ley. Las entidades públicas y los particulares que ejercen una función administrativa expresamente autorizadas por la ley para establecer un trámite, deberán previamente someterlo a consideración del Departamento Administrativo de la Función Pública adjuntando la manifestación del impacto regulatorio, con lo cual se acreditará su justificación, eficacia, eficiencia y los costos de implementación para los obligados a cumplirlo; así mismo deberá acreditar la existencia de recursos presupuestales y administrativos necesarios para su aplicación. En caso de encontrarlo razonable y adecuado con la política de simplificación, racionalización y estandarización de trámites, el Departamento Administrativo de la Función Pública autorizará su adopción e implementación.

Finalmente cabe acotar que la nueva Ley antitrámites (Decreto-Ley 0019 de 2012), exige que estos trámites internos sean publicitados en el Sistema Único de Información de Trámites y Procedimientos –SUIT- del Departamento Administrativo de la Función Pública, con el objeto de que los mencionados trámites sean exigibles y oponibles a los particulares (artículo 40 del Decreto-Ley 0019 de 2012).

k. Los procedimientos de selección de contratistas (la licitación pública, la selección abreviada, el concurso de méritos, la contratación directa y la contratación de mínima cuantía⁴⁵³), consagrados en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1450 de 2011 y los decretos 855 de 1994, 2170 de 2002 y 66 del 2008,

⁴⁵³ Estas modalidades de selección están contempladas en el artículo 3.1.1 del Decreto 0734 de 2012. Es importante aclarar que el mecanismo de la subasta inversa no es un proceso de selección sino una herramienta para conformar dinámicamente las ofertas en los procesos de Licitación Pública (Inciso primero del artículo 3.1.2 del Decreto 0734 de 2012).

complementados con lo que dispongan los respectivos pliegos de condiciones o términos de referencia. Es importante anotar en este literal que el Consejo de Estado suspendió las normas que regulaban la contratación de mínima cuantía, es decir, los artículos 1º y 2º del Decreto 3576 del 2009, pues estas normas consagran una modalidad de selección no prevista en el artículo 2º de la Ley 1150 del 2007, situación que fue subsanada por la Ley 1450 de 2011 la cual creó este modelo de contratación pública adicional a los ya establecidos en la Ley 1150 del 2007. Es una especie de contratación directa para la adquisición de bienes y servicios cuyo valor no exceda el 10% de la menor cuantía de la entidad.⁴⁵⁴ Esta modalidad de contratación fue reglamentada por el Decreto 2516 de julio 12 de 2011, expedido por el Departamento Nacional de Planeación, el cual estableció cuatro etapas: la invitación, la oferta, la selección y la contratación. De esta última etapa se destaca la celebración del contrato, pues el mismo se constituye con la comunicación de aceptación y la oferta.

I. La expropiación por vía administrativa regulada en los artículos 63 a 72 de la Ley 388 de 1997 (No confundir con la expropiación por vía judicial a que se hace referencia en el Inciso segundo del artículo 22 de la Ley 9na de 1989): En este caso la autoridad administrativa competente debe determinar, mediante acto administrativo formal, que la expropiación se hará por vía administrativa. Dicho acto constituye la oferta de compra tendiente a obtener un acuerdo de enajenación voluntaria, amén de que debe ser inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (artículo 66 de la Ley 388 de 1997). La determinación de expropiación por vía administrativa procede en los casos contemplados en el artículo 63 de la Ley 388 de 1997. Cuando hayan transcurrido 30 días hábiles contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo formal que determina que la expropiación se hará por vía administrativa sin que se hubiere llegado a un acuerdo formal para la enajenación voluntaria contenido en un contrato de promesa de compraventa, la autoridad competente debe decretar, mediante acto administrativo motivado, la expropiación del inmueble (artículo 68 de la Ley 388 de 1997). Contra el acto administrativo que decreta la expropiación por vía administrativa procede el recurso de reposición (primera parte del inciso 2º del artículo 69 de la Ley 388 de 1997). Es importante acotar que los avalúos por expropiación requieren de varios peritajes, es decir, el propietario del bien inmueble puede presentar su propio avalúo, sin embargo, es obligatorio que la administración pública incorpore el avalúo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, con el objeto de comparar precios y determinar el valor final por el cual se reconocerá la indemnización respectiva⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 110010326000200900116-00 (37.785), de marzo 18 de 2010, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa.

⁴⁵⁵ En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en Sentencia T-638 de agosto 25 de 2011, Magistrado

- m.** La adjudicación por venta preferencial regulada en los artículos 4 y ss. de la Ley 137 de 1959.
- n.** Procedimiento registral de Sociedades Comerciales ante las Cámaras de Comercio. (Código de Comercio).
- ñ.** Procedimiento administrativo sancionador de carácter personal e institucional en relación con entidades sujetas al control de la Superintendencia de Economía Solidaria, de conformidad a lo establecido en el artículo 36, numerales 6 y 7 de la Ley 454 de 1998 y el numeral 5 del artículo 3 del Decreto 186 de 2004, reglamentario de la ley anotada.
- o.** Procedimientos administrativos de labores catastrales, entre los cuales contemplamos el avalúo catastral, encomendados al Instituto Geográfico Agustín Codazzi y regulados en la Ley 14 de 1983, Decreto 3496 de 1983 y Resolución expedida por dicha entidad identificada con el No. 2555 de 1988.
- p.** Procedimiento administrativo para hacer inscripciones de oficio en el RUT, cuando la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) establezca que los obligados a inscribirse no han cumplido con ese deber (artículo 555-2 del Estatuto Tributario, reglamentado por el Decreto 4714 del 2008).
- q.** Procedimiento administrativo para el traspaso y pago oportuno de las sustituciones pensionales, obviamente si es una entidad pública la que debe tramitarlo (Ley 1204 de 2008 que modificó la Ley 44 de 1980).
- r.** Procedimiento administrativo para reparación individual de las víctimas de los grupos armados ilegales (Decreto 1290 del 2008).
- s.** Procedimiento sancionatorio ambiental (Ley 1333 de 2009). En desarrollo del nuevo régimen sancionatorio ambiental y su decreto reglamentario (3678 del 2010), el Ministerio de ambiente, vivienda y desarrollo territorial adoptó la metodología que deberán acatar las autoridades ambientales para graduar las sanciones a los infractores ambientales (Resolución 2086 de octubre 25 de 2010).
- t.** Procedimiento administrativo de declaratoria de vacancia por abandono del cargo (art. 127 del Decreto 1950 de 1973). En este caso, consideramos, se aplicaría el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en el CPA Sobre el particular la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

Si bien es cierto como ya se expuso no se requiere que se adelante un proceso disciplinario previo, la administración si debía antes de proferir la declaratoria de vacancia del cargo o aun después de declarada si se comprueba la justa causa -revocarla-, adelantar un trámite breve y sumario, en donde se evidencia el abandono del funcionario por tres días continuos de su trabajo y si es posible, que el afectado exponga los argumentos por los cuales se ausentó, respetando así el debido proceso, el derecho a la defensa y a la contradicción. De esta manera la entidad puede valorar ciertamente la justa causa y comprobar indubitablemente los hechos; una actuación diferente contraría lo dispuesto en el artículo 127 citado, que dispone que la vacancia se declarara previo el cumplimiento de los procedimientos legales. Si bien no hay remisión expresa a una norma, debe en forma mínima respetarse el derecho fundamental del debido proceso y por contera el derecho de defensa, salvaguardando los principios de contradicción e imparcialidad.⁴⁵⁶

u. Procedimiento administrativo de demolición (numeral 5° del artículo 104 de la Ley 388 de 1997 y artículo 216 del Código Nacional de la Policía –salvo que la amenaza de ruina, incendio, calamidad pública o producción de daños sea inminente, en cuyo caso se aplica el inciso 2° del artículo 2° del CPA-). Aunque en este evento se aplicaría el procedimiento administrativo sancionatorio del CPA Sobre este tópico el Consejo de Estado ha manifestado:

[...] para la protección de los derechos constitucionales a la vivienda digna y al debido proceso se requiere que antes de procederse a la demolición material se haya notificado al afectado y se hayan adelantado todas las diligencias previas necesarias para que la toma y ejecución de la decisión se desarrolle conforme a derecho, permitiéndole al administrado agotar los recursos de vía gubernativa y conservar su derecho a instaurar las acciones contenciosas que considere pertinentes.⁴⁵⁷

v. La Ley 1340 de 2009 reguló el trámite para obtener la autorización de la Superintendencia de Industria y Comercio con el objeto de realizar una integración empresarial.

⁴⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 24 de julio de 2008. Radicación interna 1247–2007. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de noviembre de 2008, páginas 1937 a 1939.

⁴⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 29 de noviembre de 2007. Radicación 1855. Consejero Ponente: Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Extracto doctrina publicado por la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de febrero de 2008, páginas 284 a 295.

w. El Decreto 4923 de 2011, expedido por el Ministerio de Hacienda, señala que el mal uso de las regalías que se reparten nacionalmente en virtud del Acto Legislativo 05 de 2011, pueden generar multas hasta de 100 SMLMV a los gestores de los recursos, cuyo procedimiento para imponerlas será el señalado por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo (Ley 1437 de 2011). Durante el trámite sancionatorio, se podrá suspender su giro, con el fin de proteger los recursos públicos.

x. El Procedimiento del Registro Calificado que se le otorga a las entidades de educación superior en lo atinente a sus diferentes programas académicos, regulado en el Decreto No. 1295 de 2010 expedido por el Ministerio de Educación Nacional. Aunque en dicha normativa lo que más pulula son remisiones al Código Contencioso Administrativo.

y. Con el fin de dar cumplimiento a la Ley 411 de 1997, aprobatoria del Convenio 151 de la Organización Internacional del Trabajo, el Ministerio de Trabajo, a través del Decreto 1092 de 2012, reguló los términos y procedimientos aplicables a la negociación colectiva entre las entidades públicas y las organizaciones sindicales conformadas por sus empleados.

z. Procedimiento administrativo sancionatorio tendiente a la imposición de multas y sanciones, como la clausura del lugar de trabajo o la paralización o prohibición inmediata de tareas, sin que estas impliquen la declaratoria de derechos individuales o definición de controversias, por parte de las Inspecciones de Trabajo (Ley 1610 de enero 2 de 2013).

La Ley 388 de 1997 introdujo la obligación para municipios y distritos de adoptar los planes, planes básicos o esquemas de ordenamiento territorial, según la característica de aquel, como instrumento sustancial del régimen de uso y aprovechamiento del suelo (Plan de Ordenamiento Territorial –POT-). Básicamente se parte de la elaboración de unos estudios técnicos (cartografía y articulado) que es aprobado por el Consejo de Gobierno. Este es el proyecto de POT que luego es puesto a consideración de la Corporación Autónoma Regional. Una vez concertados los elementos ambientales, el proyecto será presentado al Consejo Territorial de Planeación, para que emitan sus opiniones y recomendaciones. Durante dichas etapas deben participar efectivamente los ciudadanos (Artículo 4º de la Ley 388 de 1997). Luego de consolidar el proyecto, se presenta al concejo. Si el concejo municipal no se pronuncia en el término legal previsto, o se pronuncia negando el proyecto por razones que no tienen carácter técnico o jurídico, el alcalde queda facultado para su expedición por decreto, que, por supuesto, tendrá fuerza de acuerdo.

De lo anterior podemos concluir que, el procedimiento administrativo contemplado en la primera parte del código contencioso administrativo es el ordinario y los demás son los especiales, los cuales estarán sujetos a los principios propios del proceso administrativo, consagrados en el mencionado código, por ser parte integrante del mismo. Esta conclusión nos permite inferir que los procedimientos administrativos tendientes a la expedición de actos administrativos confluyen dentro de la complejidad de la función administrativa la cual, en Estados como el nuestro, se ha convertido cada vez más en un ejercicio contemplativo de muchas facetas con el único propósito de realizar sus fines.

El profesor Gustavo Penagos, al hacer una cita del jurista Sayagués Laso, nos explica: “No hay un procedimiento especial ni formas determinadas para la actividad jurídica administrativa, como ocurre con las funciones constituyente, legislativa y jurisdiccional. Los procedimientos y formas son múltiples dependiendo del órgano que actúa y los cometidos que desempeña. Por último, analizando toda esa actividad en su conjunto, se aprecia que tiene un objeto perfectamente definido: realizar concretamente determinadas tareas que el derecho objetivo ha puesto a cargo de las entidades estatales. Administrar es hacer, es traducir en hechos los mandatos contenidos en las normas, en cuanto necesitan ejecución material”⁴⁵⁸.

B. Tipos de procedimientos administrativos

Algún sector de la doctrina ha clasificado los procedimientos administrativos en cinco tipos, así:

1. Los procedimientos declarativos: “Son los que tienen por objeto la emisión de actos administrativos que otorgan certeza respecto de hechos jurídicos relevantes, y pueden consistir también en declaraciones de ciencia o de conocimiento y en verificaciones”.⁴⁵⁹ Por ejemplo: Los procedimientos que culminan con actos administrativos de registro o inscripción.

2. Los procedimientos ablatorios: Son los que tienen como consecuencia la restricción de los derechos individuales, por lo que generalmente se inician de oficio por la administración, aunque también pueden iniciarse a petición de parte en virtud de quejas.⁴⁶⁰ Por ejemplo la expropiación por vía administrativa.

⁴⁵⁸ El Acto Administrativo, Tomo I, Parte general, Séptima Edición, Página 114.

⁴⁵⁹ Allan R. Brewer Carias, Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 77.

⁴⁶⁰ Allan R. Brewer Carias, Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 77.

3. Los procedimientos concesorios: “Los cuales tienen por objeto actos administrativos que amplían la esfera jurídica de los administrados”.⁴⁶¹ Normalmente requieren instancia de parte, como por ejemplo la concesión de la nacionalidad.

4. Los procedimientos autorizatorios: “Tienen por objeto la emisión de actos administrativos que permiten a un particular ejercer un derecho, por la remoción de un obstáculo jurídico que legalmente existe para su ejercicio pleno”.⁴⁶² Generalmente requieren instancia de parte, por ejemplo el otorgamiento de una licencia de funcionamiento.

5. Los procedimientos dirimentes: En estos la administración pública actúa como árbitro o como Juez con el objeto de resolver una controversia entre dos particulares o entre ellos y la administración o, inclusive, entre entidades administrativas. Obviamente esta potestad no es jurisdiccional porque la decisión no hace tránsito a cosa Juzgada y puede ser demandada ante la jurisdicción contenciosa.

C. Características del Procedimiento Administrativo

Estas características lo hacen más ágil y “sui generis” frente a los procesos judiciales o legislativos, veamos:

a. No es excesivamente rituado: Si bien es cierto que tiene unas etapas claramente determinadas en la ley, esto no significa, que se trate de un procedimiento extremadamente formalista, simplemente se exige que respete el debido proceso y en especial, el derecho de defensa del administrado.⁴⁶³

Es por lo anterior que consideramos que la remisión contemplada en el artículo 267 del CCA o en el artículo 306 del CPA, se refiere al procedimiento contencioso administrativo y no al administrativo, habida cuenta que la naturaleza de este último riñe con la del procedimiento civil, tal como lo explica el profesor Brewer Carías en los siguientes términos: En todo caso, este ha sido uno de los temas tradicionales más discutidos en relación al régimen procesal administrativo. Las leyes administrativas están regidas por el principio del informalismo y el principio de la flexibilización de la acción administrativa, por lo que, como

⁴⁶¹ Ibidem. Página 78.

⁴⁶² Allan R. Brewer Carías, Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 79.

⁴⁶³ “si bien es cierto que establece instancias y oportunidades de actuación, en líneas generales es más amplio para cumplir los objetivos y corregir los errores en que su dinámica se puede incurrir”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 178.

principio el Código de Procedimiento Civil no debería aplicarse al procedimiento administrativo.⁴⁶⁴

b. Su período probatorio se puede identificar con la mayor parte de la actuación administrativa.

c. En cumplimiento del debido proceso, admite la intervención de terceros determinados o indeterminados en la actuación.

d. Es un proceso abierto a la tecnología, es decir, se permite el ingreso de mecanismos que en un momento dado, compaginan con los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política. Ejemplos de esta tendencia los tenemos en la Ley 527 de 1999 que definió y reglamentó el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales o en el Decreto 2170 de 2002, que permitió la publicación virtual de los proyectos de pliegos, de los pliegos mismos y de los términos de referencia, o la posibilidad de hacer propuestas vía internet, en materia de procedimientos de selección objetiva en contratación estatal. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo consagra de manera expresa que “En cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos, se aplicarán las disposiciones de la Ley 527 de 1999 y las normas que sustituyan, adicionen o modifiquen” (Inciso segundo del artículo 53).

D. Etapas del Procedimiento Administrativo Ordinario

1. La actuación administrativa.
2. La publicitación de los actos administrativos.
3. La vía Gubernativa.

Hay que entender que estas etapas, por regla general, están distribuidas o reguladas de otra manera por los procedimientos especiales, pero para nuestro estudio, solo nos ocuparemos del análisis del procedimiento ordinario, aunque si es del caso y resulta pertinente, se podrá tocar, al menos tangencialmente, aspectos de procedimientos especiales.

III. La Actuación Administrativa

Es la primera etapa del procedimiento administrativo general y está comprendida entre los momentos de la iniciación del proceso administrativo, a través de cualquiera de las maneras de darle inicio y la expedición del Acto Administrativo

⁴⁶⁴ Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial *Legis*, página 18.

expreso o verbal, la ocurrencia del presunto, la emisión del concepto o del acto privado en caso de derecho de petición ante particulares o de alguno de los eventos de terminación anormal.

El fin fundamental de la actuación administrativa es el siguiente: recaudar los medios probatorios suficientes que le den los elementos de juicio necesarios, a la administración pública o a los particulares en caso de derecho de petición ante los mismos, para expedir un acto administrativo, un acto privado o un concepto, conforme a la ley y permitirle al administrado la participación en el proceso administrativo antes de que se produzca pronunciamiento de fondo, todo esto en armonía con los principios de legalidad, de autotutela administrativa como garante del interés general y como fruto del respeto al debido proceso del particular que resultaría afectado con la decisión.

A. Sujetos intervinientes en la actuación administrativa

1. Sujeto Activo: Es la Administración Pública, individualizada en la entidad respectiva frente a la cual se inicia la actuación administrativa, entendida aquella dentro de todos sus ámbitos: organización territorial, descentralización por servicios nacional o regional, descentralización por colaboración (los particulares que ejercen funciones administrativas de carácter transitorio o permanente), el sector central del orden nacional, departamental o municipal, los órganos autónomos y de control, las entidades atípicas, la organización electoral y las ramas legislativa y judicial cuando cumplen funciones administrativas. A título de excepción también ofician como sujeto activo los particulares cuando deben resolver derechos de petición en atención a la prestación de un servicio público, de un asunto de interés general o cuando estén involucrados derechos fundamentales. En este sentido se debe interpretar el inciso primero del artículo 2º del CPA

2. Sujeto Pasivo: este se encuentra determinado por cuatro figuras jurídicas, así:

- La persona natural o jurídica (pública o privada) que interviene dentro de la actuación administrativa por tener un interés personal, legítimo y directo en el asunto de que se trate⁴⁶⁵, el cual no necesariamente será subjetivo, tal como sucede en el caso del ejercicio del derecho de petición en interés general. Su presencia en la actuación administrativa es garantizadora del debido proceso que le asiste, aunque al final, la decisión será unilateral⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ El profesor Allan R. Brewer Carías define al interesado como “el que ostenta un interés personal, legítimo y directo en el asunto de que se trate [...], porque le afecta un derecho subjetivo o su interés personal y legítimo; porque es destinatario de la decisión que se adopte; o porque tiene en relación con el asunto, una especial situación de hecho que permite que su interés o derecho pueda ser afectado”. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 92.

⁴⁶⁶ Sobre este punto, el Dr. Brewer Carías recalca: “[...] el derecho a la defensa en el procedimiento administrativo implica el derecho de todo interesado a hacerse parte en el procedimiento, es decir, cuando este no se haya

La regla general es que el interesado⁴⁶⁷ siempre sea una persona natural o jurídica, empero, la ley puede contemplar excepciones, como sucede en materia de consorcios o uniones temporales, cuando actúan como proponentes en el procedimiento administrativo de licitación pública⁴⁶⁸, o los movimientos sociales o grupos significativos de ciudadanos cuando inscriben candidatos en elecciones⁴⁶⁹

- Los terceros⁴⁷⁰ determinados: Si la administración pública, en cualquier momento del adelantamiento del procedimiento de la actuación administrativa, se da cuenta que existen otra u otras personas que pueden resultar afectadas con la decisión, deberán ser vinculadas a la misma, con el objeto de protegerles el debido proceso, e inclusive, si se detecta que quien hubiere sido vinculado inicialmente no era la persona indicada, sino otra u otras, este se desvinculará de la actuación administrativa y se procederá de conformidad a lo ya explicado. Este trámite se encontraba regulado por el antiguo artículo 14 del CCA. Ejemplo de este evento se presenta en materia de avalúos catastrales, donde se deben vincular a todas las personas que posean bienes inmuebles en idénticas condiciones del que se avalúa.

Resiste comentario aparte el inciso tercero (3º) del artículo 35 del antiguo Código Contencioso Administrativo, el cual señalaba lo siguiente: si en el momento de notificar el acto administrativo la entidad encuentra que a quien se le va a publicitar la decisión no es el interesado afectado con la misma, la administración se lo notificará a la persona o personas correctas. Sin embargo es

iniciado a instancia suya, sino de oficio o a instancia de otra persona, si su interés personal, legítimo y directo o su derecho subjetivo puede resultar lesionado, afectado o satisfecho en el procedimiento. Este derecho a hacerse parte implica el derecho a apersonarse en el procedimiento, en cualquier estado en que se encuentre la tramitación y siempre que en el mismo no hubiere recaído resolución definitiva”. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, Página 92.

⁴⁶⁷ Cuando el Código Contencioso Administrativo o el Código de Procedimiento Administrativo utilizan la palabra “interesado” en su codificación, están haciendo referencia al sujeto pasivo de la relación administrativa, en otras palabras, al administrado.

⁴⁶⁸ Sobre el particular el Consejo de Estado anota: “El Consorcio tiene una existencia limitada en el tiempo, generalmente condicionada al tiempo que dure el trámite del proceso de selección del contratista o la ejecución o liquidación del contrato, en el evento que resulte seleccionado y este se celebre”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 2004, expediente 15.321, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque, Revista Jurisprudencia y Doctrina, Legis, de septiembre de 2004, página 1407.

⁴⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 4 de agosto de 2011. Radicación 11001-0328-000-2010-0003-00. Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de octubre de 2011, páginas 1916 a 1919.

⁴⁷⁰ “[...] el concepto de tercero en el derecho administrativo, es decir, de persona a quien no es oponible un acto de autoridad comprende al particular que tiene un derecho, público o privado, que puede resultar afectado por la ejecución de un acto administrativo. Es, por lo mismo, dicho derecho, un motivo de limitación de la actividad administrativa”. (Fragua, Gabino, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, México, 1948, P. 190).

pertinente anotar sobre este último punto que si el tercero o terceros interesados, que al momento de notificárseles dejarán de serlo y pasaran a ser los afectados directos, exigen a través de los medios de impugnación en vía gubernativa e invocando el principio de eficacia para generar una causal de nulidad que permita retrotraer el procedimiento (como lo disponía el antiguo art. 3ro del CCA), que frente a ellos se dé la oportunidad de que se adelante nuevamente la actuación administrativa, así se deberá proceder so pena de vulnerar el principio constitucional del debido proceso (Artículo 29 CP). Tal como acontecería en el evento de que se solicite la reliquidación del impuesto predial de un bien inmueble, por parte de un mero tenedor del mismo (arrendatario por ejemplo) y no por parte del propietario, este último directamente afectado con tal reliquidación, quién sería entonces el real interesado a la luz del derecho de dominio.

- Terceros Indeterminados: Al igual que el tercero determinado, son personas diferentes al particular que se vincula por la administración pública en cualquiera de las formas establecidas por la ley. La diferencia radica en que este tipo de terceros no se pueden identificar e individualizar por la administración pública. En estos casos, la Administración adquiere la convicción de que existen personas indeterminadas que pueden tener un interés específico en la decisión. Este fenómeno jurídico se encontraba regulado en el artículo 15 del CCA, el cual establecía el sistema de convocatoria para el trámite pertinente. Un ejemplo de esta situación sería el caso de un procedimiento administrativo, tendiente a proferir una decisión de reubicación de vendedores ambulantes, que operan en determinado sector de una ciudad.

- Los Agentes Oficiosos: Son aquellos abogados titulados que intervienen a favor del particular que pudiere llegar a ser afectado con una decisión administrativa, durante la actuación respectiva, para hacer valer sus derechos. Esta figura jurídica se da en los casos en que se trata de administrado ausente y, aunque el artículo 52 del CCA que la regulaba solamente se refería a la vía gubernativa, en aplicación del artículo 29 de la constitución política, era perfectamente viable su presencia en la etapa que se analiza.

Es pertinente anotar que el derecho de postulación en la actuación administrativa no es obligatorio, por tanto el interesado puede intervenir directamente en ella sin necesidad de estar representado por un abogado⁴⁷¹. Sin embargo, si un tercero quiere ejercer el derecho de petición en nombre de otra persona, deberá poseer poder general que lo faculte o poder especial en caso de ser abogado, sin perjuicio

⁴⁷¹ El nuevo Código de Procedimiento Administrativo, en el último inciso del artículo 13, señala expresamente que “El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado”.

de la figura de la agencia oficiosa de que se habló en el párrafo anterior. Por otro lado, la personería municipal puede ser agente oficioso en estos menesteres cuando la persona ausente pueda verse afectada con una decisión administrativa que le vulnere sus derechos y garantías fundamentales (numeral 7° del artículo 277 de la CP).

3. El Ministerio Público: En defensa de los derechos y garantías fundamentales de los administrados, del patrimonio público y del orden jurídico. Su intervención podrá ser a través del Procurador General De La Nación o de los Procuradores Seccionales, sus agentes o delegados y especialmente por el Personero Municipal, por tener entre sus funciones la posición de garante frente al ejercicio del derecho de petición. Esto en atención a lo consagrado en el artículo 277 numeral 7 constitucional y el artículo 75 del antiguo CCA. Los conceptos de los agentes del ministerio público no serán vinculantes. La intervención del Ministerio Público no es obligatoria, aunque puede intervenir en cualquier etapa del procedimiento administrativo a través del ejercicio del derecho de petición, la notificación de los actos administrativos o la interposición de recursos.

Cabe advertir que la normativa pertinente en relación con la forma de vinculación de los terceros a la luz del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, será analizada más adelante cuando asumamos con detenimiento el trámite de la actuación administrativa.

B. Formas de iniciar una actuación administrativa

De conformidad a lo contemplado en el artículo 4to del antiguo CCA, ratificado por el artículo 4° del nuevo CPA, son tres las formas de iniciar una actuación administrativa, sin embargo, existe una cuarta que jurisprudencial y doctrinalmente se ha aceptado, veamos:

1. El derecho de petición

Es importante resaltar en este punto que esta modalidad de iniciación de la actuación administrativa no puede ser limitada a los dos tipos de derecho de petición consagrados en el artículo 4to del CPA, pues dejaría por fuera los otros y, por ende, podría pensarse que las actuaciones que se inicien en virtud de estos últimos no estarían sometidas al debido proceso contemplado en el artículo 29 de la carta magna ni a los principios contemplados en el artículo 3° del CPA, pues estas disposiciones solo se circunscriben a las actuaciones administrativas. Por tanto la interpretación exegética y restrictiva de la enumeración contemplada en el artículo 4° del CPA en torno al derecho de petición, se nos antoja inconstitucional.

Por otro lado, se discute si el derecho de petición ante particulares es susceptible de iniciar una actuación administrativa, dado que no se encuentra contemplado dentro de la enumeración consagrada en el art. 4º referido y además no corresponde al ejercicio de una función administrativa. Sin embargo, en nuestro concepto, dicha modalidad de derecho de petición también debe entenderse como iniciadora de una actuación administrativa, no solo para hacerle extensivo el principio del debido proceso administrativo, sino porque el particular oficia en estos eventos como una autoridad, dado que resuelve un asunto de manera unilateral y sin concurso del afectado. Así lo entendió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, cuando en el inciso segundo del artículo 32 consagra: Salvo norma legal especial, el trámite y resolución de estas peticiones (se refiere a peticiones ante organizaciones e instituciones privadas) estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el Capítulo Primero de este Título. –Lo que está entre paréntesis es fuera de texto–.

2. En cumplimiento de un deber legal

En este punto es necesario advertir que el deber puede surgir en virtud del bloque de legalidad y no solo como consecuencia de una regulación legal en sentido formal. Es así que el deber puede estar contenido en la Constitución, en la Ley, en un Reglamento o inclusive en la *ratio decidendi* de una Sentencia de Unificación del Consejo de Estado, en virtud del mecanismo de extensión de la jurisprudencia que regula el nuevo CPA, sin perjuicio de la fuerza vinculante que posee el precedente judicial en general y que ha sido reconocida por la Corte Constitucional⁴⁷².

3. De oficio.

4. En cumplimiento de orden judicial

En este caso no se trata de la fuerza vinculante del precedente a que se hizo referencia en el numeral 2º inmediatamente anterior, sino a órdenes específicas y puntuales de los Jueces a determinadas entidades públicas en ejercicio de sus funciones.

⁴⁷² Corte Constitucional, Sentencia C–539 de 6 de julio de 2011. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de noviembre de 2011, páginas 2081 a 2110.

1. El Derecho de Petición.

Como una manifestación de la democracia participativa consagrada en la constitución política, se podría manifestar, sin ningún tipo de temor académico, que el derecho de petición es el segundo derecho político más importante de un Estado Social de Derecho, luego del voto, ya que en él se encuentran realizadas todas las finalidades del Estado.⁴⁷³ El derecho de petición se puede conceptuar como aquel derecho fundamental constitucional⁴⁷⁴ que le otorga la posibilidad a cualquier persona de solicitarle de manera respetuosa a las autoridades públicas de cualquier orden, o a privadas que ejerzan funciones públicas, o a particulares en materia de servicios públicos, temas de interés general o derechos fundamentales, que se pronuncien sobre determinado aspecto de interés general o particular relacionado con su competencia, aclaren, modifiquen o revoquen una decisión por ellas adoptadas⁴⁷⁵, suministren documentación o información y

⁴⁷³ La Corte Constitucional, Sala de Revisión No. 5, Sentencia T-012, mayo 25 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, manifestó con respecto al derecho de petición como uno de los “[...] derechos fundamentales cuya efectividad resulta indispensable para el logro de los fines esenciales del Estado, particularmente, el servicio a la comunidad, promoción de la prosperidad general, la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y la participación de todos en las decisiones que los afectan, así como para asegurar que las autoridades cumplan las funciones para las cuales han sido instituidos[...]”. Ahora bien, el profesor Eduardo García Máynez en su ya clásica obra de *Introducción al Estudio del Derecho*, no clasifica el derecho de petición como un derecho político (votar, ser votado, tomar las armas en defensa de la patria, etc.), sino como un derecho que se traduce en la facultad de pedir la intervención del Estado a favor de intereses individuales, en los siguientes términos: “Un segundo grupo de facultades que pertenecen al status está constituido por los derechos cuyo ejercicio tiende a la obtención de servicios positivos por parte del Estado. Entre esas facultades figuran los derechos de acción y petición, lo mismo que la pretensión de que aquél ejerza la actividad administrativa en servicio de intereses individuales. Frente a los derechos de libertad, la posición del Estado, en relación con los individuos, es puramente negativa; tratándose de las facultades del segundo grupo es, en cambio, positiva.” Editorial Porrúa, 60ª edición, México, 2008, página 101. Sin embargo esta posición es criticable porque precisamente a través del ejercicio del derecho de petición, personas físicas pueden hacer que la administración pública actúe en cumplimiento de los fines del Estado, lo que compaginaría con la definición que de derechos políticos trae el ilustre doctrinante, así: “Estas facultades, que hacen posible imputar a la persona jurídica estatal actos realizados por personas físicas, reciben el nombre de derechos políticos”. Editorial Porrúa, 60ª edición, México, 2008, página 102. La importancia política del derecho de petición es inocultable y no debe circunscribirse, como lo hace el profesor García Máynez, a simples peticiones en busca de satisfacer intereses particulares, pues tal concepción limita el alcance del derecho de petición y le resta la importancia que posee, pues del mismo la administración puede inferir las necesidades de los ciudadanos e implantar políticas para su satisfacción. Recordemos que para el filósofo Thomas Hobbes, los Servidores Públicos que recepcionaban peticiones eran ni más ni menos que los oídos del Leviatán, así: “... quienes son designados para recibir las peticiones u otras informaciones del pueblo, viniendo a ser como los oídos públicos, son ministros públicos, y representan a su soberano en este oficio.” LEVIATÁN, o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Fondo de Cultura Económica. México. Séptima reimpresión, 1996. Traducción de Manuel Sánchez Sarto, página 201.

⁴⁷⁴ “Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, por motivos de interés general, o particular, y a obtener pronta resolución. El Legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales” (Art. 23 Constitución Política). El inciso primero del artículo 13 del CPA repite esta definición.

⁴⁷⁵ La presentación de los recursos en vía gubernativa es una forma de ejercer el derecho de petición, pues, a través de ellos el administrado eleva ante la autoridad pública una petición respetuosa, que tiene como finalidad obtener la aclaración, la modificación o la revocación de un determinado acto. Por tanto, la vulneración a esta

emitan conceptos o puntos de vista sobre aspectos puntuales a su cargo, de una manera pronta, oportuna y de fondo⁴⁷⁶.

De conformidad a lo consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, el derecho de petición nos ofrece las siguientes características:

a. Persona Interesada⁴⁷⁷

La constitución preceptúa que el derecho de petición lo podrá ejercer cualquier persona, esto significa, que no importa si es nacional o extranjera, si es natural o jurídica, si es menor o mayor de edad, pública o privada, capaz o incapaz etc. Ahora bien, si estamos en presencia de figuras jurídicas que no se consideran persona jurídicas a la luz del ordenamiento jurídico, como ocurre con los consorcios o uniones temporales, la administración pública deberá tramitar los derechos de petición que ellas presenten, bajo el entendido de que a la actuación administrativa deberá citarse a todas las personas naturales o jurídica que conformen el consorcio, la unión temporal o la comunidad en general, so pena de vulnerar el debido proceso y el derecho de defensa de alguno o algunos de ellos. Ahora, a pesar de lo expuesto, si se trata de la participación del consorcio o de la unión temporal en procesos de selección objetiva, no es necesario vincular a nadie y el representante de los mismos puede actuar en nombre de sus miembros, por ser una modalidad de participación habilitada por la ley de contratación estatal en este tipo de procesos.

Consideramos que el derecho de petición puede ser presentado por un tercero en nombre de la persona interesada sin que medie poder general que lo habilite para tales menesteres, sin embargo, la administración pública deberá vincular al procedimiento administrativo al potencial beneficiado con la decisión administrativa. En este caso se trata de un derecho de petición firmado por el tercero y no por el directamente interesado, toda vez que si el mismo viene

específica forma de ejercer el derecho de petición podrá ser resarcida a través de la acción de tutela. Sobre este punto ver jurisprudencia de la Corte Constitucional, Sentencia T-836 del 5 de julio de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁷⁶ En consonancia con la naturaleza pluripeticional del derecho de petición, se consagró el inciso segundo del artículo 13 del CPA

⁴⁷⁷ El concepto de interesado en el procedimiento administrativo es regulado por la ley española, tal como lo trae a colación la doctrina de dicho país en los siguientes términos: “1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos e intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte. c) Aquellos cuyos intereses legítimos individuales o colectivos puedan resultar afectados por la resolución o se apersonen en el procedimiento, en tanto no haya recaído resolución definitiva”. GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, parte general, decimocuarta edición, editorial Tecnos, 14ª edición, 2005, página 501. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

firmado por el interesado, así lo presente un tercero, no es necesario vincular a nadie, porque la presentación personal no opera, por regla general, en materia de derecho de petición, tal como se verá más adelante.

En el evento expuesto en el párrafo anterior, el procedimiento no podrá seguirse hasta que se realice efectivamente la vinculación citando al interesado a la dirección que figure en el derecho de petición, so pena de vulnerar el debido proceso y el derecho de defensa de quién debía vincularse. En caso de que el interesado no pueda ratificar la actuación del tercero, se deberá constituir agente oficioso mediante abogado titulado o si es del caso, a través de la Personería Municipal, en caso contrario no se podrá adelantar la actuación y podría operar el desistimiento. En este caso la administración no se puede negar a recepcionar la petición, pues la única causal que puede conllevar rechazo de la misma, es que sea presentada de manera irrespetuosa, tal como se verá más adelante. En consonancia con lo expuesto en este párrafo, el numeral 1º del artículo 9º del CPA prohíbe a las autoridades negarse a recibir las peticiones.

Finalmente, es importante puntualizar que el derecho de petición puede presentarse por cualquier persona, no necesariamente por el interesado, por ende, no es necesario que el titular del derecho presente el derecho de petición o incluso lo suscriba, empero, en todo caso se deberán seguir los lineamientos expuestos en los párrafos anteriores.

b. Formas de presentar la petición

La petición puede ser presentada de forma verbal, escrita, a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos e incluso, si se trata de peticiones formuladas por personas con incapacidades físicas, la única condición es que se puedan hacer entender, ya sea por señas, por símbolos o por cualquier otro medio (Inciso primero del artículo 15 del CPA). En este último caso al igual que cuando se trata de petición verbal, el servidor público se verá compelido a plasmar la información en un documento o a emitir una constancia de presentación sin ningún costo, siempre y cuando medie petición de parte, aunque en nuestro concepto la emisión de dicho documento o constancia debería ser expedida de oficio, dado que se constituye en la prueba de que se invocó la petición en un eventual proceso judicial (el inciso 9º del artículo 5to del antiguo CCA así lo contemplaba y el nuevo CPA lo ratifica en el inciso tercero del artículo 15). Por ningún motivo la administración pública a través de una reglamentación interna puede limitar la forma de presentar peticiones, por ejemplo, a solo de carácter escrito o a través de medios electrónicos. Por el contrario, el ciudadano debe tener la posibilidad de escoger la forma como va a presentar la petición, sin embargo,

esto no es un impedimento para autorizar el trámite de formularios o la utilización de medios electrónicos, lo importante es que los mismos no se conviertan en una exigencia obligatoria en caso de una imposibilidad justificada de diligenciarlos o en el evento de que el ciudadano simplemente escoja incoar la petición de otra manera. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

La Constitución claramente establece que cuando un derecho o actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades no podrán establecer ni exigir permisos, licencias, ni requisitos adicionales para su ejercicio (C.N., art. 123). A su vez, desconoce el principio de buena fe, que se presume en todas las actuaciones que adelantan los particulares ante las autoridades (C.N., art. 83), la apreciación según la cual no es más que una conducta ligera optar por el uso de la palabra para solicitar de la autoridad el reconocimiento de un derecho cuando, como se ha dicho, las propias ritualidades de la entidad no establecen que dicha petición deba manifestarse por escrito y, mucho menos, dada la simplicidad del trámite, que la solicitud deba plasmarse en formularios preelaborados y diligenciarse de acuerdo con las normas internas⁴⁷⁸.

En armonía con lo anterior, se ha pronunciado recientemente la Corte Constitucional en los siguientes términos:

[...] el derecho de petición como mecanismo que garantiza constitucionalmente el acceso de las personas a la administración, para obtener una respuesta oportuna y que satisfaga las exigencias hechas de forma completa y congruente, en los plazos que fija la ley, no puede limitarse mediante la exigencia de exclusivos canales de comunicación.

En esas condiciones los ciudadanos deben estar en posición de escoger, de acuerdo a sus posibilidades de acceso a un computador, qué medio implementar, ya sea el derecho de petición en documento físico que se radica en las dependencias de cada entidad, o a través de la página web correspondiente.

Por lo anterior, las entidades estatales o particulares no pueden exigir que, únicamente por la página web se realice un trámite, se soliciten certificaciones, información o cualquier tipo de gestión, dado que

⁴⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-98, de marzo 7 de 1994, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

los medios tecnológicos como el internet son concebidos como un mecanismo para facilitar el acceso no para limitarlo, entonces sí será posible la utilización de cualquier otro medio sin desconocer los requisitos mínimos exigidos por la ley.⁴⁷⁹

En consonancia con la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional observada, en torno a la libertad de elección por parte del peticionario en lo atinente a la forma como ha de incoar la petición, el CPA en el inciso 4º del artículo 15 establece:

Las autoridades podrán exigir que ciertas peticiones se presenten por escrito, y pondrán a disposición de los interesados, sin costo, a menos que una ley expresamente señale lo contrario, formularios y otros instrumentos estandarizados para facilitar su diligenciamiento. En todo caso, los peticionarios no quedarán impedidos para aportar o formular con su petición argumentos, pruebas o documentos adicionales que los formularios por su diseño no contemplen, sin que por su utilización las autoridades queden relevadas del deber de resolver sobre todos los aspectos y pruebas que les sean planteados o presentados más allá del contenido de dichos formularios.

Ahora bien, no se puede exigir presentación personal al momento de impetrar la petición⁴⁸⁰, sin embargo, consideramos que la administración pública debe citar al interesado-signatario, en caso de que se presente por otra persona, para que comparezca al proceso, no solo para garantizarle un debido proceso sino para confirmar su interés, aunque la actuación debe adelantarse sin esperar su comparecencia, porque se presume que la petición la presenta quién la firma. Por otro lado, debe hacerse efectivo el recibo del escrito por parte de la Administración Pública y tener prueba de tal recibido en caso de una hipotética vulneración del derecho de petición,⁴⁸¹ en caso contrario, la autoridad responsable de resolver la

⁴⁷⁹ Corte Constitucional, Sala Sexta de Revisión, sentencia T-013 de 17 de enero de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de abril de 2008, páginas 720 a 723.

⁴⁸⁰ “Si se tiene en cuenta la norma consagrada en el CCA para elevar igualmente peticiones a las autoridades, ya en interés general (art. 5) ya en interés particular (art. 9), se observa que ninguno de los dos artículos, requiere de la presentación personal, es más, pueden elevarse verbalmente o por escrito, a través de cualquier medio, sin perjuicio de que las autoridades puedan exigir, en forma general, que ciertas peticiones se presenten por escrito”. (Tribunal Administrativo del Quindío, 23 de mayo de 2002, Magistrada Ponente: Maria Luisa Echeverri Gómez, Expediente 0421/2002, Sentencia en acción de cumplimiento). En armonía con esta posición jurisprudencial, el numeral 3º del artículo 9º del CPA prohíbe a las autoridades exigir la presentación personal de peticiones, recursos o documentos cuando la ley no lo exija.

⁴⁸¹ “[...] Observa la Sala sin embargo, que no aparece acreditado dentro del expediente, que la destinataria hubiera recibido la aludida solicitud, pues el recibo expedido por Adpostal acredita únicamente que el peticionario envió el escrito. En tales condiciones, considera la Sala que al no haberse demostrado aquella circunstancia, no se puede determinar si la destinataria efectivamente vulneró el derecho fundamental de petición, como lo

petición no estará comprometida frente al peticionario⁴⁸². En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“La tutela solamente puede prosperar ante la probada vulneración o amenaza de derechos fundamentales, debe contar el juez con la totalidad de los elementos de juicio que le permitan arribar a la conclusión de si en el caso específico se produjo o no en realidad el atropello del que se queja el demandante. Los dos extremos fácticos –que deben ser claramente establecidos–, en los cuales se funda la tutela del derecho de petición, son, de una parte la solicitud, con fecha cierta de presentación ante la autoridad a la cual se dirige, y de otra el transcurso del tiempo señalado en la ley sin que la respuesta se haya comunicado al solicitante”⁴⁸³.

Sin perder de vista lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, es evidente que el recibido sobre el documento contentivo del derecho de petición, es el medio probatorio más adecuado para asegurar que se recepcionó el mismo, lo que no obsta para que se utilicen otros mecanismos para incoarlo como el correo electrónico, el fax o el correo certificado, sin embargo, la colilla del fax o el documento que da cuenta del correo certificado, no dan razón del contenido del derecho de petición presentado. En todo caso, la administración debe actuar con lealtad y aceptar que el derecho de petición lo recibió, máxime si se tiene en cuenta que en un eventual proceso de tutela, lo que exponga el accionante se entiende como verídico y es la administración pública a la que le corresponde demostrar lo contrario.

Por otro lado, en lo atinente al recibido en los procedimientos administrativos o en el proceso contencioso administrativo para configurar, por ejemplo, el acto presunto por la ocurrencia del silencio administrativo, aunque lo ideal es la presentación escrita del documento, los elementos de juicio de la colilla del fax o del correo certificado, así como el pantallazo que da cuenta del envío del correo electrónico, acompañados de las afirmaciones indefinidas en el libelo de que la solicitud se presentó por cualquiera de esos mecanismos, por sí solos acreditan la recepción de la petición y será la entidad pública la que deberá desvirtuar tales medios probatorios (art. 177 del CPC).

afirma el demandante”. (Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia AC 37–34, julio 25 de 1996, Consejero Ponente: Joaquín Barreto Ruiz).

⁴⁸² Consideramos que es a la administración pública en su defensa la que debe esbozar que nunca recepcionó escrito alguno, so pena de considerarse como cierto lo afirmado por el demandante en su demanda de tutela en virtud de la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

⁴⁸³ Corte Constitucional, Sentencia T–010/98, Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo, Acciones de tutela instauradas por Alberto Enrique Miguel Noguera y otros contra el Fondo de Pasivo Social de la Empresa Puertos de Colombia FONCOLPUERTOS.

Ahora bien, a propósito del recibido del derecho de petición de que se viene hablando en este aparte, el último inciso del artículo 15 del CPA, se refiere al mismo en los siguientes términos:

A la petición escrita se podrá acompañar una copia que, autenticada por el funcionario respectivo con anotación de la fecha y hora de su presentación, y del número y clase de los documentos anexos, tendrá el mismo valor legal del original y se devolverá al interesado. Esta autenticación no causará costo alguno al peticionario.

El artículo 5° del antiguo CCA, traía los requisitos mínimos que debe contener una petición escrita, los cuales fueron reiterados en el artículo 16 del nuevo CPA⁴⁸⁴, así:

- **La designación de la autoridad a la que se dirige:** Sin embargo, si el peticionario se equivoca en la designación y dirige la petición a una autoridad incompetente, la misma no se verá afectada, habida cuenta que en estos eventos se aplica el artículo 33 del antiguo CCA ratificado por el artículo 39 del nuevo CPA. Es pertinente recordar que le está prohibido a las autoridades públicas no dar traslado de los documentos recibidos a quien deba decidir, dentro del término legal (Numeral 9° del artículo 9° del CPA).
- **Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante o apoderado, si es el caso, con indicación del documento de identidad:** La plena individualización del peticionario es de suma importancia, toda vez que los efectos del acto administrativo, ante una identificación errónea, podrían recaer en la persona equivocada. El numeral 2° del artículo 16 del CPA agrega que el peticionario podrá agregar el número de fax o la dirección electrónica. Así mismo aclara que si el peticionario es una persona privada que deba estar inscrita en el registro mercantil, estará obligada a indicar su dirección electrónica.
- **La dirección de la residencia del peticionario:** Este requisito es de trascendental importancia porque en la práctica se traduce en la posibilidad de que el derecho de petición se satisfaga. En efecto, si el peticionario no suministra la dirección u ofrece una errónea, esto imposibilita la publicitación del acto administrativo, lo que genera que no se pueda cumplir con el núcleo esencial del derecho de petición, la pronta resolución. Por tanto, es carga del peticionario suministrar la dirección y que la misma sea correcta, habida cuenta que no es obligación de la administración pública

⁴⁸⁴ Consideramos que el acta que se extienda en virtud de una petición verbal también deberá contener los requisitos contemplados en el artículo 5° del antiguo CCA y el art. 16 del nuevo CPA, pues tales requisitos se constituyen en pilares fundamentales para obtener con éxito un pronunciamiento de la administración pública o del particular.

auscultar si la dirección es la acertada, ya que lo presume, en aplicación del principio de confianza legítima que debe reinar entre los particulares y el Estado (artículo 83 de la CP). En caso de que no se suministre la dirección o sea errónea, no se le podrá endilgar responsabilidad alguna a la administración pública en torno a la vulneración del derecho fundamental que se estudia, así la citación respectiva se envíe por correo certificado y la constancia de devolución plasme de manera expresa que el interesado no reside en la dirección suministrada. En este evento la administración no está obligada a procurar la comparecencia del peticionario y tendrá vía libre para continuar con el mecanismo de notificación subsidiaria, esto es, el edicto o el aviso, según se trate del CCA o del CPA, respectivamente. Por tanto, es carga del administrado suministrarle a la entidad pública los eventuales cambios de residencia que se puedan presentar durante el trámite de la actuación administrativa. Ahora bien, en materia tributaria la Ley antitrámites (Decreto-Ley 0019 de 2002), establece una excepción a la carga de suministrar la dirección correcta por parte del interesado. En efecto, el artículo 59 de dicha normativa, que modificó el artículo 563 del Estatuto Tributario, le impone a la administración de impuestos procurar la dirección de oficio. Veamos el tenor literal del artículo anotado:

La notificación de las actuaciones de la Administración Tributaria deberá efectuarse a la dirección informada por el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, en su última declaración de renta o de ingresos y patrimonio, según el caso, o mediante formato oficial de cambio de dirección; la antigua dirección continuará siendo válida durante los tres (3) meses siguientes, sin perjuicio de la validez de la nueva dirección informada.

Cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no hubiere informado una dirección a la Administración de Impuestos, la actuación administrativa correspondiente se podrá notificar a la que establezca la Administración mediante verificación directa o mediante la utilización de guías telefónicas, directorios y en general de información oficial, comercial o bancaria.

Cuando no haya sido posible establecer la dirección del contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, por ninguno de los medios señalados en el inciso anterior, los actos de la administración le serán notificados por medio de la publicación en el portal de la web de la DIAN, que deberá incluir mecanismos de búsqueda por número de identificación personal.

Ahora bien, esta disposición fue declarada exequible, por tanto, la carga de la DIAN de auscultar la dirección electrónica, cuando no la suministra el administrado, se constituye en una excepción ajustada a la Carta Magna, esto es, un proceder diferente al contemplado en la regla general, consistente en que el administrado es quién debe mantener actualizada su dirección y, en caso de modificación de la misma, se lo debe informar a la administración pública, en caso contrario, a la administración no se le podrá endilgar responsabilidad alguna por vulneración del derecho de petición. Sobre este particular, la Corte Constitucional, en la providencia referida, manifestó:

De igual forma, no se vislumbra la violación del deber de diligencia del Estado, al señalar la norma acusada que, cuando el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante, no hubiera informado la dirección a la DIAN, la administración la verificará a través de la utilización de guías telefónicas, directorios y de información oficial, comercial y bancaria, para efectos de notificaciones. En efecto, es el ciudadano quien tiene el deber elemental de suministrar su dirección a la administración de impuestos; y solo cuando el contribuyente omite el cumplimiento de dicho deber, se dispone que sea la administración quien intente ubicar por los medios existentes la dirección de la persona. De esta manera, se pretende garantizar el debido proceso así como el principio de celeridad, haciendo que la administración asuma la carga de encontrar al ciudadano que no ha informado a la DIAN sobre su dirección para comunicarle sus actuaciones.⁴⁸⁵

- **El objeto de la petición:** Es de elemental sentido común que el escrito contenga lo que se pide (una solicitud en interés particular o en interés general o de información o de consulta), en caso contrario, no sería un derecho de petición, sino una arenga, una felicitación, un comentario, etc. Ahora bien, la ambigüedad del derecho de petición no impide que este se recepcione y es carga de la administración solicitar su aclaración durante el trámite de la actuación administrativa. En armonía con lo expuesto en este punto, el artículo 19 del CPA contempla que cuando no se comprenda la finalidad de la petición o el objeto de la misma, se devolverá al interesado a través de acto administrativo de trámite para que la corrija o aclare dentro de los diez (10) días siguientes. En caso de no corregirse o aclararse, se archivará la petición. Ahora bien, es desafortunado que la disposición que se

⁴⁸⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-012 de 23 de enero de 2013. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de marzo de 2013, páginas 513 a 523.

comenta considere que se debe devolver la petición en caso de ambigüedad, cuando lo lógico es que se recepcione la petición y dentro de los diez (10) días siguientes se allegue el documento aclaratorio, toda vez que ninguna autoridad se puede negar a recepcionar las peticiones que se presenten de manera respetuosa ante ellas. Como corolario, lo que se le debe devolver al interesado es una copia de la petición incoada y no el original y, si es del caso, el interesado podrá acudir al Personero Municipal para que este le ayude a redactar la aclaración.

- **Las razones en que se apoya:** Estas razones son tanto de carácter fáctico como jurídico y pueden ir acompañadas de opiniones o puntos de vista del peticionario. Lo ideal es que se esbocen las normas que favorecen al peticionario y las razones fácticas por las cuales lo favorecen. Aunque se advierte que en este caso no se exige un rigorismo jurídico extremo, dado que la petición puede ser presentada por cualquier persona, no necesariamente por abogados. Así las cosas, el servidor público puede interpretar la petición cuando se refiere a normas citadas incorrectamente o sin cita, de tal suerte que dicho funcionario pueda detectarlas de oficio. En este caso debe prevalecer la pronta resolución sobre formalismos que atentarían contra el derecho fundamental de petición (Parágrafo del artículo 16 del CPA).
- **La relación de documentos y requisitos que se acompañan:** Obviamente que el peticionario anexará los documentos que posea exclusivamente, en caso contrario, es deber de la entidad que resuelve la petición, dirigirse a sus propios archivos y si es del caso, cruzar información con otras entidades públicas o privadas (Inciso 2do del artículo 10 del antiguo CCA y artículo 30 del nuevo CPA)⁴⁸⁶. Obviamente, si se trata de documentos que reposan en archivos de otras entidades públicas y que no pueden ser reclamados sino por el directamente interesado por poseer información propia de su derecho a la intimidad, de conformidad con la ley, la entidad pública no podrá suplir esta carga. Este es el caso, por ejemplo, del pasado judicial, los antecedentes disciplinarios y demás documentos necesarios para poderse posesionar en un cargo. Sin embargo, creemos que esta última exigencia tiende a desaparecer, pues el parágrafo del artículo 9º de la nueva Ley Antitrámites no excepciona (Decreto-Ley 0019 de 2012), por tanto, si el peticionario indica la entidad pública donde reposa el documento que se le pide, la entidad que recepciona la petición no podrá exigir que se lo

⁴⁸⁶ La nueva ley antitrámites contempla esta premisa en el artículo 9º al establecer: “Cuando se esté adelantando un trámite ante la administración, se prohíbe exigir actos administrativos, constancias, certificaciones o documentos que ya reposen en la entidad ante la cual se está tramitando la respectiva actuación. Parágrafo. A partir del 1 de enero de 2013, las entidades públicas contarán con los mecanismos para que cuando se esté adelantando una actuación ante la administración y los documentos reposen en otra entidad pública, el solicitante pueda indicar la entidad en la cual reposan para que ella los requiera de manera directa, sin perjuicio que la persona los pueda aportar. Por lo tanto, no se podrán exigir para efectos de trámites y procedimientos el suministro de información que repose en los archivos de otra entidad pública.” (Decreto-Ley 0019 de 2012).

suministre y tendrá que conseguirlo directamente. La exigencia innecesaria de documentos por parte de las autoridades públicas genera vulneración del derecho de petición. El nuevo CPA prohíbe a las autoridades públicas exigir constancias, certificaciones o documentos que reposen en la respectiva entidad (numeral 4° del art. 9°). Por otro lado, si a la petición no se acompañan los documentos e informaciones requeridos por la ley, en el acto de recibo la autoridad deberá indicar al peticionario los que falten. Si este insiste en que se radique, así se hará dejando constancia de los requisitos o documentos faltantes, insistencia que se considera acorde a derecho porque la recepción por sí sola de la petición puede producir efectos jurídicos, como cuando se busca interrumpir un término de prescripción.

- **La firma del peticionario, cuando fuere el caso:** En tratándose de peticiones verbales o no escritas, donde el peticionario no sepa escribir, es necesario que se deje constancia en el acta respectiva de esta eventualidad y de la no firma en consecuencia. La firma es la manifestación inequívoca de voluntad del peticionario. Si el peticionario no sabe firmar y la petición la presenta otra persona, se requiere de su ratificación
- **La solicitud de práctica de pruebas:** Aunque el artículo 5° del antiguo CCA y el artículo 16 del nuevo CPA no lo establecen expresamente, en virtud del derecho fundamental del debido proceso en el procedimiento administrativo, contemplado en el artículo 29 de la CP, es perfectamente viable solicitar la práctica de pruebas a través de cualquiera de los mecanismos probatorios que establece la ley: testimonios, inspecciones oculares, peritajes, oficios a otras entidades etc.

En ningún momento se pueden exigir fórmulas sacramentales para el ejercicio del derecho de petición como la transcripción de artículos o la denominación expresa del escrito como derecho de petición. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

En ese orden de ideas, para tener derecho a la pronta contestación, no es requisito indispensable que se invoque expresamente el derecho de petición, ni que se mencione el artículo 23 de la Carta Política, ni tampoco que se enumeren las normas del Código Contencioso Administrativo que desarrollan las reglas aplicables. Basta que del escrito correspondiente –o del acta de exposición verbal, en su caso- pueda extraerse que el deseo de la persona es el de formular una petición, en interés general o particular, para que al asunto se le deba dar trámite propicio a la satisfacción del indicado derecho fundamental, y para que principien a correr los términos legales para la pronta resolución. Desde luego, también en el entendido de

que se generará la responsabilidad disciplinaria para los servidores públicos que, so pretexto de no haber encontrado en la solicitud una expresa formula sacramental, se abstienen de decidir o lo hacen extemporáneamente⁴⁸⁷.

La posición jurisprudencial que se acaba de anotar es ratificada por el legislador en el inciso segundo del artículo 13 del CPA, donde se señala expresamente que toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo.

c. La petición debe ser respetuosa

La única causal que puede conllevar el rechazo de la petición, es que esta se presente de manera irrespetuosa. Para cada caso se deberá establecer que se debe considerar por irrespetuoso, sin apartarse del contexto social y de las situaciones espaciales, temporales y eventuales en que se presente la petición. Por ejemplo, no es lo mismo que la petición la presente un adulto o un niño, el cual, por regla general, no tiene la completa madurez para manejar diálogos con autoridades. Consideramos que en estos eventos es pertinente terminar la actuación administrativa a través de un acto administrativo de trámite que deje constancia del irrespeto.

d. Las Modalidades de la Petición

Son cinco las modalidades de la petición:

- El Derecho de Petición en interés general.
- En Interés particular.
- De informaciones.
- De consultas.
- Ante particulares.

e. El Derecho de Petición en Interés General

También llamado Derecho de Petición Popular, en este se busca que la administración adopte una decisión de carácter general de tipo económico, político, jurídico, social o administrativo, la cual va a afectar a toda la comunidad.

⁴⁸⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-21 de febrero 10 de 1998, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Extracto publicado en el Código Contencioso Administrativo de Hojas Sustituibles de Legis, páginas 11 y 12.

Por ejemplo, es perfectamente viable ejercer un Derecho de Petición ante el Banco de la República expresándole la necesidad de disminuir las tasas de interés para reactivar la economía. Por tanto, es muy importante la forma como se ejerza este tipo de derecho de petición, toda vez que si como resultado solo se obtiene una opinión, eventualmente estaría vulnerándose porque lo que se busca es que la administración pública adopte una política en determinado campo y no, simplemente, que conceptúe sobre algo. Por ejemplo: en el caso de las tasas de interés anotado, si el Banco de la República le contesta diciendo que es importante disminuir las tasas de interés y le dice por qué, sin agregar nada más, se estaría violando este derecho. La forma en que se debe contestar es emitiendo un acto administrativo de carácter general disminuyendo las tasas de interés o, en caso de no hacerlo, una negativa motivada con razones de tipo jurídico y fáctico.

f. El derecho de petición de informaciones.

El artículo 17 del antiguo Código Contencioso Administrativo regula esta especie del derecho de petición, derecho que está inmerso en las formas de ejercer el derecho de petición contempladas en el inciso segundo del artículo 13 del CPA, el cual tiene sus raíces en el derecho constitucional⁴⁸⁸, y es desarrollo directo del principio de publicidad que debe rodear a todo Estado institucionalizado en procura de evitar el actuar oscuro de épocas donde el poder recaía en un solo hombre, el rey.

El derecho de petición de informaciones, es un derecho fundamental constitucional, no solo porque se encuentra inmerso en el artículo 23 de la Constitución Política⁴⁸⁹, sino porque el artículo 20 superior consagra el derecho a recibir información veraz e imparcial y a expresar de manera libre las opiniones y pensamientos, estando proscrita la censura.

Ahora bien, algunos doctrinantes consideran que el acceso a la información pública y el derecho de petición se distinguen en dos aspectos. Primero, el derecho a la información pública es anónimo. En cambio, quien promueve un

⁴⁸⁸ El artículo 74 de la Constitución Política consagra el libre acceso a los documentos público, en los siguientes términos: “Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. El secreto profesional es inviolable”.

⁴⁸⁹ “Llama ciertamente la atención que el constituyente hubiera separado en dos artículos distintos y bajo títulos diferentes estas dos normas. La inclusión del artículo 74 parece obedecer al deseo de reconocer en forma expresa expectativas de los diversos profesionales y medios de comunicación que tanto despliegue de poder hicieron en el seno de la Asamblea Constituyente. No obstante, es de señalar que en ausencia del artículo 74, el derecho de acceso a los documentos públicos se entendería implícito necesariamente en el artículo 23, que consagra el derecho fundamental de petición”. Corte Constitucional, Sentencia T-473 del 14 de julio de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón, Expediente No 1815, Peticionario: Luciano Riapira Ardila, Gaceta de la Corte Constitucional, 1992, tomo 3, págs. 571 y ss.

derecho de petición debe identificarse. Y segundo, el derecho de acceso a la información pública no debe motivarse. El derecho de petición sí. Por otro lado, también consideran que los derechos de acceso a la información y de petición se distinguen en que el primero tiene dos dimensiones: la posibilidad de solicitar datos y la divulgación proactiva. Aclaran dichos doctrinantes que no se trata solamente de que las entidades públicas entreguen la información que les piden. El acceso a la información exige que esta sea revelada por iniciativa del Estado.⁴⁹⁰ Bajo esta óptica podríamos considerar que el artículo 20 de la Constitución Política consagra un derecho diferente al consagrado en el artículo 23 de la Carta Magna y, por ende, es menester que el Congreso expida una Ley que desarrolle el artículo 20 anotado, de tal suerte que se ajuste a los requerimientos del derecho fundamental de acceso a la información pública.

Las características de la información: La información es aquella que consta en documentos públicos, la cual puede ser escrita o no escrita, puede reposar en archivos o lugares de cualquier índole o naturaleza e incluso, constarle de manera directa al funcionario, agente estatal o particular que ejerza funciones públicas, sin que se encuentre materializada en escrito alguno⁴⁹¹.

El derecho de petición de informaciones se funda en el concepto de documento público, pero ya no entendido desde el punto de vista de la investidura que ostenta la persona que lo produce, sino del órgano que lo posee y de la importancia que puede revestir en un momento dado para los administrados, entendidos individualmente o dentro de un conglomerado social. La Corte Constitucional avala nuestra posición bajo el siguiente sentido: “El concepto de documento público se desarrolla, pues, alrededor, ya no de la persona que lo produce (funcionario público) sino de la dependencia que lo posee, produce o controla. En realidad, las normas de derecho administrativo no definen el término “documento público”. Se ocupan primordialmente de regular el acceso de los ciudadanos a esos documentos oficiales y, si bien admiten que algunos puedan ser reservados, procura que esta circunstancia sea excepcional. El énfasis es en su utilidad, no en su origen; en el organismo que lo produce o posee en razón a sus funciones o servicios, no en la calidad del funcionario que lo genera. En el marco del derecho administrativo, lo que cuenta no es tanto definir el concepto de documento público, sino regular el acceso de los ciudadanos a él, para garantizar su efectividad”⁴⁹².

⁴⁹⁰ Ver: publicación *Ámbito Jurídico* de Legis de 22 de agosto al 4 de septiembre de 2011, página 16.

⁴⁹¹ Es importante recordar que el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil explica que son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios, o similares. Esta máxima es reiterada en el inciso primero del artículo 243 del Código General del Proceso.

⁴⁹² Sentencia T-473 del 14 de julio de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón, Expediente No.1815.

A pesar de la claridad de la concepción de documento público expuesta en el párrafo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia T-729 de 2002, clasifica la información como pública, semi-privada, privada y reservada, lo cual a nuestro modo de ver complica el panorama de lo que es público y de lo que no lo es, pues se deja a criterio de quien conserva la información, clasificarla como tal, cuando la regla es que todo es público y las excepciones solo pueden estar contempladas por la Constitución o la Ley. Consideramos que la información es pública o es reservada sin más, y será el legislador, dentro de su ámbito de competencia, quien señale que documentos tienen restringido su acceso y cuáles no.

Sin perder de vista lo anterior, es importante señalar que el concepto de documento público sustentado en la entidad pública que lo posee o conserva y la utilidad que posee para la comunidad, no es aceptado en derecho penal. En este ámbito se aclara que la naturaleza pública del documento no está supeditada al destino que se le dé o a los fines privados o de interés general que tenga, sino a que su creación provenga del ejercicio de la función pública inherente al Estado, habilitada por una ley.⁴⁹³

Por último, en un franco retroceso al concepto de documento público que se acaba de precisar, el inciso segundo del artículo 243 del Código General del Proceso definió dicha figura no por su utilidad y conservación, sino por su producción, es decir, por su génesis de origen pública, por tanto, sería viable una acción de inexecuibilidad por vulneración del derecho de petición de información, toda vez que restringe el concepto de documento público y deja por fuera otros escritos o elementos cognitivos guardados en los archivos o instalaciones de las entidades públicas o de los particulares que ejercen funciones administrativas. Veamos cómo quedó el tenor literal de la disposición que se critica:

Los documentos públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

⁴⁹³ Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 34718 de marzo 16 de 2011, Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.

Tipos de Información: La información respecto de determinada entidad estatal o particular que ejerza funciones públicas puede ser propia o afín, veamos:

1. Información propia: Hace referencia al desenvolvimiento del organismo estatal con relación a su estructura orgánico funcional y la descripción de su objeto social, en el sentido de que el administrado puede obtener información relativa: al manual de funciones de la planta de personal de la entidad, del tipo de funciones que desempeña, de los procedimientos que realiza para llevarlas a cabo, de la forma como se encuentra materializada su estructura Orgánico-Administrativa, etc. Es a esta información que se refiere el artículo 18 del antiguo Código Contencioso Administrativo y que hoy está más detallada en el artículo 8° del Código de Procedimiento Administrativo. Se destaca de la nueva disposición que no se requiere de la presencia del interesado para obtener esta información y que se obliga a las entidades a públicas a socializar los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de que el conglomerado social, si lo requiere necesario, se pronuncie sobre los mismos en un término prudencial, empero, en todo caso la autoridad finalmente adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor al interés general. Este último aspecto parece implementar un procedimiento administrativo sumarísimo para expedir actos administrativos de carácter general.

2. Información afín: En este evento se trata de información que no es propia de la estructura orgánico-funcional de la entidad o de la descripción de su objeto social, pero que, debido a las funciones que cumple, es posible que ella tenga acceso a la misma. Este fenómeno jurídico se encuentra regulado en el artículo 24 de la Ley 57 de 1985 en su última parte. Ejemplos de este tipo de documentos son las declaraciones de renta que la DIAN conserva en sus dependencias o las constancias sucintas que dan cuenta de la presentación de derechos de petición verbal o por símbolos o signos ante la administración pública.

Maneras como se puede hacer efectivo el derecho de petición de informaciones: Son dos maneras, la primera consiste en tener acceso a la información y consultar los documentos que posee la entidad y, la segunda, en obtener copias de los mencionados documentos. Estas dos maneras de ejercer el derecho que estamos analizando se coligen del artículo 19 y del inciso 3ro del artículo 29 del antiguo Código Contencioso Administrativo.

El nuevo Código de procedimiento administrativo trae contempladas estas maneras en el inciso segundo del artículo 13 y último inciso del artículo 36.

Es pertinente anotar que la información, tal como se explicó cuando nos referimos a sus características, no necesariamente se encuentra en escritos y, aún más, es posible que no esté recopilada en ningún archivo. En tales eventos, el peticionario podrá tener acceso a los lugares donde operen las oficinas públicas, en los cuales repose la información que se quiere obtener. Un ejemplo sobre el particular sería el caso en que el interesado desee tener acceso a las instalaciones de la entidad y solicite fotografiar lugares específicos de dichas instalaciones. Si observamos, en este evento se están materializando las dos formas de hacer efectivo el derecho de petición, así: la primera forma, al tener acceso al interior de la sede física de la entidad pública y la segunda forma, al tomar las fotografías respectivas, las cuales constituyen copias o segmentos de información relacionada con la mencionada sede física. Obviamente, en este caso se podrá predicar la reserva por defensa o seguridad nacional, pero el acto administrativo que la predique deberá estar sustentado debidamente. Esta objeción también es muy recurrida cuando se piden planos físicos de las sedes estatales.

Es necesario dejar absolutamente claro que el artículo 19 del CCA y el inciso segundo del artículo 13 del CPA, no solo se refieren a simples copias de papel escrito, sino a todo tipo de documento que posea información de relevancia o importancia. Por tanto, la respuesta al derecho de petición de información se puede materializar a través de constancias, certificaciones⁴⁹⁴, escritos compilatorios, fotografías, diskettes, CD room, correos electrónicos, cintas magnetofónicas, etc.

Sería un absurdo que en esta época donde las maneras de recopilar información se han diversificado sobremanera, se siga interpretando el artículo 19 del CCA y el inciso segundo del artículo 13 del CPA de forma errónea y sin ninguna ubicación contextual de conformidad al mundo de la información contemporáneo. Aunado a lo anterior, el artículo 74 superior, al cual está sujeto el 19 del CCA y el 13 del CPA por jerarquía normativa, en ningún momento especifica el tipo de documentos públicos a los cuales tienen derecho a acceder las personas, como corolario, circunscribirlo solo a fotocopias impresas en papel, es cercenarle sus efectos jurídicos sin ningún tipo de justificación.

Cabe anotar en esta instancia que el artículo 22 de la Ley 57 de 1985 señala que cuando la solicitud de consulta o expedición de copias verse sobre documentos que oportunamente fueron publicados, así lo informará la administración indicando el número y fecha del diario, boletín o gaceta en que se hizo la divulgación. Agrega esta disposición que si este último se encontrare agotado, se deberá atender la petición formulada como si el documento no hubiere sido publicado. Aunque es

⁴⁹⁴ En relación con las certificaciones, el artículo 24 de la Ley 57 de 1985, señala de manera expresa: “Las normas consignadas en los artículos anteriores serán aplicables a las solicitudes que formulen los particulares para que se les expidan certificaciones sobre documentos que reposen en las oficinas públicas o sobre hechos de que estas mismas tengan conocimiento”.

pertinente advertir en este punto que vía Internet el Diario Oficial tiene una página WEB, por ende, el asunto del agotamiento de la publicación no operaría en la actualidad y bastaría con suministrar el número y la fecha del Diario Oficial para entender satisfecha la petición de información. Obviamente, esta información debe ser suministrada a través de acto administrativo de trámite debidamente comunicado al peticionario.

La petición de informaciones deberá realizarse ante la persona que la entidad designe y dentro del horario que establezca (art. 21 del CCA, 16 de la Ley 57 de 1985 y 7º del CPA).

La Regla General: Es que el derecho de petición de información se pueda intentar ante cualquier entidad pública o privada que ejerza funciones públicas, o ante particulares en relación con la prestación de servicios públicos, asuntos de interés general o derechos fundamentales, en este último caso podríamos incluir a los contratistas del Estado, siempre y cuando no se trate de descentralización por colaboración⁴⁹⁵ y frente a cualquier tópico alrededor del cual gire en torno la información.

Excepciones: De conformidad al artículo 74 de la Constitución Política, solo la Constitución y la ley pueden establecer limitaciones al derecho de petición de informaciones⁴⁹⁶, ya sea por seguridad nacional, por alta conveniencia pública o social, por eficiencia del servicio, etc.⁴⁹⁷ Las Excepciones se fundan en el concepto de reserva de la información, que no es más que el estricto límite constitucional o legal a la divulgación de determinada documentación o material de cualquier tipo, por razones de interés general y de debido cumplimiento a los fines Estatales⁴⁹⁸.

Como corolario de lo explicado en el párrafo anterior, la reserva solo puede provenir de la Constitución y la ley en sentido formal, esto es, la que emana directamente

⁴⁹⁵ El artículo 14 de la ley 57 de 1985 trae un listado meramente enunciativo de Entidades ante las cuales se puede ejercer el derecho de petición de información.

⁴⁹⁶ El artículo 19 del antiguo Código Contencioso Administrativo, consagra que las excepciones al derecho de petición de informaciones solo podrán estar consagradas en la Constitución y la ley, tal como dicha disposición lo establece respecto a la defensa o seguridad nacional, por lo tanto, por vía jurisprudencial o reglamentaria no se podrán consagrar este tipo de restricciones. Situación similar se estableció en el inciso primero del artículo 24 del Código de Procedimiento Administrativo.

⁴⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de mayo 26 de 1976.

⁴⁹⁸ La Constitución Española, en su artículo 105, contempla la reserva legal en esta materia y trae unas restricciones genéricas compatibles con nuestro ordenamiento, tal como se verá más adelante, así: “La Ley regulará: [...] b.– el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”. Citado por Fernando Garrido Falla, en su Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, parte General, Decimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos, 2005, página 504. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

del Congreso de la República, por ende, la reserva o secreto discrecional está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico, lo cual resulta afortunado, ya que la misma, en otros países ha sido una mampara de despotismo y arbitrariedad. El Doctor Allan R. Brewer Carías, señala con acierto lo siguiente:

En todo caso, uno de los grandes retos del Estado de derecho en el mundo contemporáneo, en cuanto a las relaciones entre la Administración y los administrados, es el de la sustitución del principio del secreto administrativo por el principio contrario, el de la publicidad de las actuaciones administrativas. Esa sustitución, sin embargo, puede decirse que aún no se ha logrado en la práctica, y en muchos países continúa vigente el principio del secreto discrecional, conforme al cual la Administración tiene la potestad de mantener en secreto cualquier documento o información, mediante su declaración como reservado, con lo cual los particulares no tienen seguridad de recibir la información que necesitan para controlar la actividad administrativa. En esta forma, el secreto de la actuación administrativa y el misterio que la recubre, no solo frente a los particulares (al exterior), sino entre los diversos órganos de la propia Administración (al interior), en efecto, sigue siendo una práctica administrativa en las Administraciones contemporáneas, la mayoría de las veces para encubrir arbitrariedades, irresponsabilidades e incompetencias de los funcionarios. Por ello, secreto y administración constituyen un binomio históricamente inseparable.⁴⁹⁹

Un ejemplo que materializa la reserva legal en materia de información reservada, lo encontramos en la imposibilidad de que las administradoras de riesgos profesionales (ARP), puedan mantener bajo reserva la información sobre las investigaciones realizadas por la muerte de los trabajadores. En estos casos la Corte Constitucional ha señalado que la ley no le ha dado carácter confidencial a dicha información⁵⁰⁰.

Otro ejemplo lo encontramos en el precio de medicamentos pactados por el Gobierno y las farmacéuticas, donde la Corte Constitucional señaló que ninguna norma le asigna a esta información el carácter de reservada. Ni siquiera en la ley más reciente de protección a la competencia (L. 1340 de 2009) está dispuesta la restricción a esta información, pues solo son reservados los secretos industriales, puntualizó el alto tribunal.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, página 109.

⁵⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-340 de abril 17 de 2008, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas.

⁵⁰¹ Sentencia T-487 de junio 21 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Pretelt.

Algunas de las excepciones constitucionales o legales son las siguientes:

a. La reserva del sumario: El artículo 33 de la Ley 190 de 1995, autoriza únicamente la publicidad de los fallos en materia disciplinaria y fiscal, y doctrinariamente se ha entendido que puede ser el de primera o el de segunda instancia, es decir, la decisión final, esté o no ejecutoriada.

b. La reserva de las declaraciones tributarias que reposen en los archivos de la DIAN, tal como lo consagra el artículo 583 del Estatuto Tributario (Decreto 624 de 1989).

c. La reserva en materias relacionadas con la defensa o seguridad nacional: El artículo 19 del antiguo Código Contencioso Administrativo, el artículo 12 de la Ley 57 de 1985 y el numeral 2º del artículo 24 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, consagran expresamente este tipo de reserva. Ahora bien, cuando la administración pública esgrima esta causal de reserva para negar el suministro de información, deberá motivar su decisión y señalar, de manera concreta, las razones que soportan su negativa. En otras palabras, se vulnera el derecho de petición de información, cuando simplemente se señala que la información es reservada “por razones de seguridad nacional” sin agregar nada más⁵⁰². Un caso que entraría dentro de esta modalidad de reserva es el procedimiento de contratación para la adquisición de bienes y servicios por razones de seguridad nacional. En este sentido se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos: El procedimiento de contratación será el directo mediante reserva cuando la adquisición de los bienes y servicios se haga por razones de seguridad nacional. En estos casos la negociación debe ser reservada, lo que deberá estar debidamente justificado por la entidad.⁵⁰³

d. La reserva en el manejo de las relaciones internacionales.

e. El derecho fundamental a la intimidad, el cual está consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política⁵⁰⁴. Un ejemplo en este aspecto son las historias

⁵⁰² Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 247 de agosto 21 de 2008, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar.

⁵⁰³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública. En BENAVIDES, José Luis y SANTOFIMIO GAMBOA JAIMER ORLANDO. Contratación Estatal, Estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2007. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 69.

⁵⁰⁴ Señala el Profesor Brewer Carías: “Puede haber también reserva derivada de la protección al derecho a la intimidad, en los procedimientos que tienen que ver con el derecho a la privacidad. Allí está, además, el fundamento de la acción de habeas data que también se ha consagrado expresamente en Colombia y Venezuela, como un mecanismo de tutela específico, que viene del derecho portugués y vinculado al amparo”. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis, Página 112.

clínicas, reserva que está expresamente consagrada en el artículo 34 de la Ley 23 de 1981 y desarrollada en los artículos 1º y 14 de la Resolución 1995 de 1999 proferida por el Ministerio de Protección Social. Sin embargo, la Corte Constitucional ha señalado que aunque la historia clínica está sometida a reserva, las instituciones y entidades prestadoras de servicios de salud deben suministrar información y entregar copias de este documento al núcleo familiar de los pacientes que mueren (padre, madre, hijo, cónyuge o compañero permanente. Podría agregarse otro familiar en caso de que falten los anteriores, empero, la jurisprudencia no ha aclarado este punto) a los cuales podríamos sumar aquellos que quedan inconscientes o con problemas mentales⁵⁰⁵. Así mismo es pertinente recalcar que a este documento tienen acceso normalmente el equipo de salud, el paciente y las personas facultadas por una autoridad judicial. Sobre este aspecto el nuevo Código de Procedimiento Administrativo señala:

Artículo 24. Información y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial:

[...] 4. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica, salvo que sean solicitadas por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información.

La reserva bancaria es otro ejemplo que se puede traer a colación al interior de información reservada en virtud del derecho a la intimidad. La reserva bancaria ampara los datos personales que las entidades financieras conocen de sus usuarios en virtud de su actividad profesional⁵⁰⁶. Sin embargo, existen ciertos datos que no son susceptibles de la protección constitucional del derecho a la intimidad en estos casos, así:

- Los que hagan parte de la información general y no comprendan datos personalizados del cliente.
- Los que pueden ser obtenidos en otras fuentes de información accesibles al público.
- Los que no se refieren a la vida privada ni a las operaciones que el usuario realiza con el banco, que indiquen su perfil de gustos y preferencias.

⁵⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-303 de abril 3 de 2008, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy.

⁵⁰⁶ La DIAN mediante concepto 175 (72461) de septiembre 20 de 2011, señaló que uno de los casos en los que se puede levantar el secreto bancario es cuando la solicitud de acceso a esta información proviene de un funcionario con potestad disciplinaria.

- Aquellos cuya circulación ha sido autorizada por el particular o por la ley.⁵⁰⁷

Otro caso que da lugar a la aplicación de esta excepción es la prohibición de exponer antecedentes judiciales en el certificado judicial en contra de la voluntad de quien lo pide, pues esto afecta su derecho a la intimidad. Esa interferencia solo está prohibida cuando es desproporcionada e injustificada, es decir, el DAS debe explicar las razones por las cuales es necesario que tales antecedentes figuren en dicho certificado, en caso contrario, no los puede incluir. Así mismo, tales certificados no pueden contener un espacio en blanco referente a dichos antecedentes, pues el hecho de que el documento omita la información sobre los antecedentes permite suponer que la persona efectivamente los tiene.⁵⁰⁸

En lo relacionado con las conversaciones grabadas, el valor probatorio de las mismas se logra mediante el reconocimiento de su realización por parte de los intervinientes dentro de una audiencia o diligencia, en caso contrario se les vulneraría su derecho de defensa e intimidad al interior del proceso judicial o administrativo⁵⁰⁹. Sin embargo, no puede alegarse vulneración del derecho a la intimidad cuando la grabación de la voz de una persona se obtiene por otra, en el momento en que esta está siendo objeto de un ilícito por parte de la primera⁵¹⁰. Esta posición es lógica dado que la intimidad para delinquir resulta contraria a todo sentido común, pues nadie va a prestar su consentimiento para que se levante la reserva en los eventos de grabaciones como las referidas, pues ello constituiría, ni más ni menos, que autoincriminación.

Otro caso que es desarrollo de la reserva por intimidad es el contemplado en la Sentencia T-841 de 2011 de la Corte Constitucional, donde se advierte:

Todo juez que conozca de una tutela interpuesta para exigir el derecho fundamental a la Interrupción Voluntaria del Embarazo, en todo caso y con independencia del resultado del proceso, tiene la obligación de reservar en la sentencia la identidad de la titular del derecho y cualquier otro dato que conduzca a su identificación, lo que incluye no solo su nombre sino, entre otros, su documento de identificación, lugar de residencia, números telefónicos, nombres de

⁵⁰⁷ Ver: Consejo de Estado, Sección primera, Sentencia 25000231500020090017301 (AC) de julio 30 de 2009, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla.

⁵⁰⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-632 de agosto 13 de 2010, magistrada Ponente: María Victoria Calle.

⁵⁰⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 23 de febrero de 2010, proceso No. 32.805, procesado: Álvaro Alfonso, García Romero.

⁵¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 3 de febrero de 2005, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

familiares, hijos, cónyuges o compañeros, instituciones de salud y personal médico que la atendió.

f. La reserva mercantil de los libros, registros contables, inventarios, estados financieros y papeles del comerciante y las sociedades, según lo dispuesto en los arts. 61 y ss., C. Co., Título IV, Capítulo II. El numeral 1º del artículo 24 del CPA establece la reserva de la información que comprende el secreto comercial.

g. La reserva a la propiedad industrial en Empresas Industriales y Comerciales del Estado tal como lo consagra el art. 85 de la Ley 489 de 1998. El numeral 1º del artículo 24 del CPA señala la reserva de la información que protege el secreto industrial.

h. La reserva procede en investigaciones en las cuales consten actuaciones y decisiones judiciales o disciplinarias de carácter individual o de grupo, excepto para las partes, y las decisiones que se adopten serán de público acceso. Esta reserva no se aplica cuando el proceso es fruto del ejercicio de una acción pública y los terceros intervinientes sean reconocidos como tales por el Juez Administrativo. Lo anterior se encuentra dispuesto en el artículo 57 de la Ley Estatutaria 270 de 1996.

i. Las informaciones que reposen en los archivos de la Registraduría Nacional del Estado Civil, referentes a la identidad de las personas, como son sus datos biográficos, su filiación y fórmula dactiloscópica. Lo anterior se encuentra consagrado en el inciso segundo del artículo 51 de la Ley 96 de 1985 y el artículo 213 del Decreto 2241 de 1986. El último inciso del artículo 51 de la Ley 96 de 1985 señala que cualquier persona podrá inspeccionar en todo tiempo los censos electorales, pero en ningún caso se podrá expedir copia de los mismos.

j. Los bancos de preguntas utilizadas en los exámenes de Estado y pruebas que este practique, de conformidad con el artículo 24 del Decreto Ley 1211 de 1993.

k. Todos los documentos y actuaciones administrativas o jurisdiccionales del proceso de adopción serán reservadas por el término de treinta (30) años de conformidad a lo dispuesto en el artículo 114 del Decreto 2737 de 1989.

l. La correspondencia y demás formas de comunicación privada (artículo 15 de la Constitución Política). Como desarrollo a este tipo de reserva, la Corte Constitucional se pronunció en el sentido de que la información privada que repose en las hojas de vida en poder del Estado y que no tenga relevancia pública, puede ser reservada y no difundirse sin autorización del datahabiente (Sentencias C-872 de 2003 y T-216 de 2004).

- m.** Las actas de las sesiones del Consejo de Ministros (artículo 9° de la Ley 63 de 1923).
- n.** Los documentos relacionados con instrucciones en materia diplomática o con negociaciones de carácter reservado (artículo 136-2 de la Constitución Política).
- ñ.** Las evaluaciones de los miembros del Ejército anotadas en las hojas de vida (Decreto 1253 de 1988, artículo 16).
- o.** Los informes de inspectores y agentes de la Superintendencia Financiera (Ley 45 de 1923, artículo 10).
- p.** Las diligencias practicadas en la investigación previa en materia penal (artículo 321 del Código de Procedimiento Penal).
- q.** Los archivos de las personas amparadas por el programa de protección de la Fiscalía General de la Nación (artículo 72 de la Ley 418 de 1997).
- r.** Reserva de la información por un término de 20 años sobre gastos destinados a la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes (artículo 5° de la Ley 1097 de 2006).
- s.** Reserva a los documentos de evaluación y a las sesiones de la junta calificadora de oficiales y suboficiales de la fuerza pública (artículos 27 y 42 del Decreto 1799 de 2000).
- t.** Los documentos relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la Nación. Estos documentos e informaciones estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación. (Numeral 5° del artículo 24 del CPA).
- u.** Reserva de la información relativa al secreto profesional (artículo 74 de la Constitución Política). Ejemplo de este tipo de reserva es la reserva bancaria, pues las entidades financieras deben abstenerse de revelar las informaciones y datos que le confieren sus usuarios sin su previa autorización⁵¹¹.

⁵¹¹ Ver: Consejo de Estado, Sección primera, Sentencia 25000231500020090017301 (AC) de julio 30 de 2009, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla.

v. En el caso del concurso de méritos no se publicará el detalle del análisis que se haya realizado para soportar el valor estimado del contrato. En el caso del contrato de concesión no se publicará ni revelará el modelo financiero utilizado en su estructuración (Artículo 3° del Decreto 2474 de 2008, disposición ratificada en la última parte del numeral 4° del artículo 2.1.1 del Decreto 734 de 2012). Este caso de reserva legal se nos antoja inconstitucional dado que no es tipificado por una ley expedida por el Congreso de la República sino por un decreto reglamentario. Aunque la doctrina reconoce la utilidad de la reserva en estos casos, advierte la falencia constitucional que se acaba de anotar, así:

Estas limitantes están dirigidas básicamente a la publicidad de ciertos aspectos de los estudios previos, en cuanto implicaría hacerle el trabajo al proponente, con lo que la entidad perdería los referentes objetivos sobre los cuales podrá evaluar y criticar razonablemente las propuestas que se presenten en este tipo de procesos de selección. Sin embargo, esta limitante no exonera del deber de elaborar los estudios previos correspondientes: lo que sucede es que, una vez elaborados, respecto de ellos debe guardarse la reserva necesaria. Entendemos la necesidad de preservar los intereses públicos que guarda esta disposición; no obstante, obsérvese que esta limitante se está haciendo en una norma reglamentaria y no en la ley como claramente lo dispone el artículo 74 de la Constitución Política en concordancia con el artículo 19 del Código Contencioso Administrativo. Ahora bien: mientras subsista esta disposición, el deber de la administración pública es guardar la reserva adecuada al componente de los estudios previos que aborde las materias indicadas, conforme lo establece el artículo 29 del Código Contencioso Administrativo.⁵¹²

w. El artículo 37 del Decreto No. 1295 de 2010, expedido por el Ministerio de Educación Nacional, establece que la información que reciba el Ministerio de Educación Nacional en desarrollo del proceso de verificación y evaluación de las condiciones de calidad de las instituciones de educación superior y de los programas académicos es reservada. Agrega que los servidores públicos y demás personas que intervengan en dicho proceso deben guardar confidencialidad y reserva de la información que conozcan. Esta causal también es inconstitucional, toda vez que no fue establecida por una ley formal expedida por el Congreso de la República, sino a través de un Decreto Reglamentario.

⁵¹² SANTOFIMIO GAMBOA. Contratación Estatal, estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2007, aspectos relevantes de la reciente reforma a la Ley 80 de 1993 y su impacto en los principios rectores de la contratación pública, editorial Universidad Externado de Colombia, p. 50 y 51.

x. El artículo 159 del Decreto Ley 0019 de 2012 modificó el párrafo segundo del artículo 15 de la Ley 1340 de 2009 y dispuso que la Superintendencia de Industria y Comercio podrá por solicitud del denunciante o del solicitante de beneficios por

colaboración guardar en reserva la identidad de quienes denuncien prácticas restrictivas de la competencia, cuando en criterio de la Autoridad Única de Competencia existan riesgos para el denunciante de sufrir represalias comerciales a causa de las denuncias realizadas.

y. En materia de procesos de selección de contratistas, por regla general, la entidad pública no proporcionará información a terceros sobre el contenido de las propuestas recibidas antes del cierre del proceso contractual. Para tal efecto, las propuestas y todos los documentos que las acompañen deben entregarse en sobres cerrados a la entidad y solo hasta cuando se venza el término para su entrega se pueden abrir en acto público, de lo cual se dejará constancia en el acta de cierre para examinar de manera general su contenido (Párrafo 5° del artículo 2.2.5 del Decreto 0734 de 2012).

En cuanto a la reserva, esta solo tendrá vigencia por un lapso de treinta años, con excepción de lo contemplado en normas especiales, transcurrido este, el documento por este solo hecho no adquiere el carácter de histórico, sin embargo, ya será viable su consulta o su expedición de copias por cualquier persona, siempre y cuando las razones de reserva hayan desaparecido⁵¹³. Para que un documento adquiera el carácter histórico deberá poseer ciertas características culturales y antropológicas que permitan calificarlo como tal y exijan su conservación permanente. Este carácter se deberá deducir de conformidad a la gestión que de los documentos realice cada entidad estatal o privada que ejerza funciones públicas⁵¹⁴.

Por otro lado, por regla general en materia de funciones públicas, la reserva no tiene ningún efecto jurídico, es decir, si en un momento dado, un documento tiene el carácter de reservado, pero una autoridad necesita tener acceso a él, en cumplimiento de sus funciones, la autoridad pública o el ente privado que ejerce funciones públicas, no podrá negarse a brindarle la información necesaria a la entidad respectiva. Esto es muy común en los eventos en que se solicita información que reposa en el expediente de un proceso disciplinario, para que obre en un proceso penal que se inició por los mismos hechos. Sin embargo, la autoridad que tenga acceso a material reservado, deberá guardar

⁵¹³ Artículo 13 de la ley 57 de 1985 modificado por el artículo 28 de la ley 594 de 2000.

⁵¹⁴ Arts. 21 a 26 de la ley 594 de 2000.

la reserva de manera estricta⁵¹⁵. Ahora bien, si la solicitud de información reservada por parte de autoridad pública, no está suficientemente justificada por la relevancia y necesidad de dicha información en relación con la función pública específica, la entidad o el particular que posea la información, podrá negarse a suministrarla y, si es del caso, podrá acudir a la acción de tutela para proteger su derecho a la reserva.⁵¹⁶ En armonía con lo expuesto en este párrafo, el artículo 27 del CPA, establece de manera expresa:

Artículo 27. Inaplicabilidad de las excepciones. El carácter reservado de una información o de determinados documentos no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido proceso de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo.

Sin embargo, en ocasiones es viable que específicas leyes impongan reserva frente a determinadas entidades públicas, en relación con cierta clase de documentos, tal como ocurre con el artículo 5° de la Ley 1097 de 2006, el cual dispone que la información sobre gastos destinados a la financiación de actividades de inteligencia, contrainteligencia, investigación criminal, protección de testigos e informantes, solo sea accesible a autoridades que ejerzan control político, penal, disciplinario o fiscal. Por ende, a tal información no tendría acceso la Defensoría del Pueblo, pues esta no ejerce control dentro de los ámbitos señalados líneas atrás⁵¹⁷.

Inclusive en materia de documentos privados opera un principio similar, aunque en este caso a la inversa, solo en aquellos eventos que así lo estipule la constitución y la ley, el Estado tendrá acceso a ellos, ya que los particulares deben hacer todo

⁵¹⁵ Artículo 20 del Código Contencioso Administrativo.

⁵¹⁶ Ver: Consejo de Estado, Sección primera, Sentencia 25000231500020090017301 (AC) de julio 30 de 2009, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla. En este caso la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo protegió la reserva bancaria de unas entidades financieras que se negaron a suministrarle a un Juez Administrativo información relacionada con usuarios que adquirieron créditos en UPAC, entre el 1° de agosto de 1995 y el 9 de junio de 1999, al interior de una acción de grupo. El Consejo de Estado en esta oportunidad y en sede de tutela, protegió la reserva bancaria como una especie de secreto profesional, debido al papel que cumple en la realización de intereses colectivos, como el mantenimiento de la confianza pública en los servicios que prestan los agentes económicos. Explicó que cuando los clientes les entregan información personal a los bancos en virtud de su condición de profesionales de las actividades financieras, adquieren el derecho a exigir que esos datos se mantengan en sigilo. Eso, a su vez, implica que el banco tiene el deber de preservar dicha confidencialidad y crea otro derecho a su favor: abstenerse de revelar las informaciones y datos que le confieren sus usuarios. Así mismo, agregó que la única información necesaria en el proceso que seguía el Juez Administrativo era la de los actores del grupo.

⁵¹⁷ Norma declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-491 de 27 de junio de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño.

aquello que la ley les exija (Deber Legal)⁵¹⁸, tal es el caso del inciso tercero del artículo 15 de la Constitución que consagra: “Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la Ley”.

Requisitos para restringir el acceso a documentos públicos: La jurisprudencia ha establecido los parámetros que deben tener en cuenta las autoridades públicas sujetas al derecho de petición de información, en el caso de que sea necesario negar la misma por tener el carácter de reservada⁵¹⁹. Estos son los siguientes:

- a. Donde quiera que no exista reserva legal expresa debe imperar el derecho fundamental de acceso a la información.
- b. La interpretación de la reserva es restrictiva y se exige motivación en el acto administrativo que la predica.
- c. Se debe precisar la ley que dispone la reserva en el tenor literal del acto administrativo.
- d. Tratándose de documentos reservados, dicha reserva opera en torno a su contenido pero no frente a su existencia, es decir, si se pregunta sobre la existencia de un documento, esta información no se puede ocultar pues es pública, con el objeto de ejercer un mínimo control sobre la misma.
- e. En lo referente a procesos públicos donde se inserta información, la reserva legal solo puede operar sobre la información que compromete derechos fundamentales o bienes constitucionales.
- f. La reserva no puede cobijar información pública denominada de esa manera por la Constitución.
- g. La reserva es temporal, por ende siempre se debe verificar si la misma ya se ha levantado de conformidad a la ley que la impuso.
- h. Durante el periodo amparado por la reserva, la información debe ser adecuadamente custodiada de forma tal que resulte posible su posterior publicidad.
- i. La reserva cobija a los funcionarios públicos pero no habilita al Estado para censurar la publicación de dicha información cuando los periodistas han logrado obtenerla.
- j. La reserva no opera, por regla general, para los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.
- k. La reserva que se imponga debe resultar razonable y proporcionada al logro de la finalidad que persigue la norma que la impone.
- l. Las decisiones que nieguen documentos por reserva serán controladas por el Juez

⁵¹⁸ Artículo 6 Constitución Política.

⁵¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-491 de 27 de junio de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de octubre de 2007, páginas 1885 a 1906.

contencioso Administrativo por regla general y a título de excepción por el Juez de Tutela, y en dicho control se analizará la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida.

Vía Gubernativa y Proceso Sumario Especial Jurisdiccional de protección del derecho de petición de informaciones: El artículo 21 de la Ley 57 de 1985 y el artículo 26 del CPA, consagran un procedimiento que se puede seguir en única instancia ante los Tribunales Administrativos o los jueces administrativos, en los eventos en que el particular o la misma administración considere que no se les está permitiendo acceder a información que no tiene el carácter de reservada. Este es el llamado recurso de insistencia.

Es un recurso porque el interesado en ningún momento se dirige directamente ante la autoridad judicial, sino que lo interpone contra la decisión y ante la autoridad que le negó la información y esta deberá enviarlo ante el Tribunal Administrativo o el Juez Administrativo, según el caso, para que adelante el procedimiento respectivo⁵²⁰. En estos casos entonces no son los recursos ordinarios de reposición, apelación o queja los que se interponen, sino el recurso de insistencia (Inciso primero del artículo 25 del CPA). En caso de que la autoridad se muestre renuente en el envío de la documentación al Tribunal Administrativo o Juez Administrativo, se podrá hacer uso de la acción de tutela por violación al debido proceso.

El artículo 21 de la Ley 57 de 1985 y el artículo 25 del CPA señalan expresamente que la administración solo podrá negar la petición de información cuando tenga el carácter de reservada, expidiendo un acto administrativo debidamente motivado en el cual se estipulen las normas constitucionales o legales que den el fundamento jurídico.

Las peticiones del recurso girarán en torno a lo siguiente: en primer lugar que se revoque la decisión y en segundo lugar, subsidiariamente, que se envíe a la jurisdicción para que el tribunal o el juez decida si acepta la petición formulada en su totalidad o parcialmente. Ahora bien, consideramos pertinente anotar que, aunque el CPA no señala expresamente una nueva oportunidad para que la administración revoque la decisión, consideramos que es viable en virtud de los principios de eficiencia, eficacia y celeridad que gobiernan las actuaciones administrativas y con el objeto de evitar un trámite judicial innecesario.

El Tribunal o el Juez, según el caso, tendrán un término de diez días hábiles para decidir el recurso, contados a partir del día siguiente del envío del expediente, por la autoridad administrativa correspondiente, a la jurisdicción, el cual se podrá

⁵²⁰ Artículo 21 de la ley 57 de 1985 e inciso primero del artículo 26 del CPA..

interrumpir si el Tribunal o el Juez solicitan fotocopia de los documentos sobre los cuales deba decidir su divulgación y hasta cuando efectivamente los reciba o cuando la autoridad solicite, vía fax o por cualquier otro medio expedito, a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, asumir conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema. En este último caso, si al cabo de cinco (5) días la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo tribunal o juzgado administrativo. Obviamente, si el Consejo de Estado avoca pide el expediente (Numeral 2do del artículo 26 del CPA).

La reanudación operará al día siguiente de la recepción de la documentación adicional, o de la recepción por parte del Tribunal o Juzgado de la comunicación enviada por el Consejo de Estado donde decide no avocar, o de la finalización del término de 5 días anotado en el párrafo anterior, según el caso, y contará desde el día en que se interrumpió el término.

El auto que resuelva favorablemente al administrado, deberá ordenar que la información se le suministre al recurrente dentro de las 48 horas siguientes a la firmeza del mismo, habida cuenta que se trata de un derecho fundamental y en estos eventos estamos ante una herramienta jurídica especialísima de protección que se equipara a la tutela⁵²¹.

Este recurso no opera en el caso del derecho de petición de información ante particulares, así actúen como autoridades administrativas, dado que el mismo solo está regulado para el caso de autoridades públicas, pues a los primeros solo se les aplica el capítulo primero del título II del CPA (inciso segundo del artículo 32 del CPA), por tanto, en el evento de que la decisión del particular sea injustificada, el afectado podrá usar la acción de tutela, pues el derecho de acceso a la información, es un derecho fundamental, tal como lo consagra el artículo 74 de la Constitución, el artículo 13 de la Convención Interamericana sobre derechos humanos y el artículo 19 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos⁵²².

Ahora bien, es importante anotar que si la información que se suministra está incompleta o incorrecta conforme a lo pedido, el peticionario podrá presentar una acción de tutela tendiente a que un juez le ordene a la entidad que la suministró, que proceda a completar la información o le corrija lo pertinente, dado que las respuestas incompletas o con datos que no se acomodan a la realidad, es una

⁵²¹ Sobre el término de 48 horas para proferir decisión administrativa acatando un fallo de tutela, obsérvese el inciso segundo del artículo 23 del Decreto 2591 de 1991.

⁵²² Ver: Corte Constitucional, sentencia C-491 de 27 de junio de 2007, Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de octubre de 2007, páginas 1885 a 1906.

manera de no resolver de fondo el asunto en este tipo de derecho de petición, máxime que contra esta clase de decisiones no cabe recurso alguno, porque simplemente se dan a conocer a través de la entrega de los documentos, sin que medie notificación de ninguna clase. Por ejemplo: si a través del ejercicio del derecho de petición de información se le solicita a la entidad la expedición de un certificado laboral que contenga el tiempo de servicios, la remuneración por todo concepto y las funciones desempeñadas, empero, la entidad solo certifica el tiempo de servicios y las funciones desempeñadas, pero guarda silencio en relación con la remuneración, el Juez de tutela deberá ordenar que se complete la petición conforme a lo pedido. Otro ejemplo en este ámbito sería el caso de que se expidiera la certificación en relación con un cargo que nunca desempeñó el petente, en cuyo caso el Juez de tutela le ordenará a la entidad demandada que expida la certificación conforme al cargo correcto.

Por otro lado, si la administración niega la entrega de la información por el no suministro del valor de las mismas, esta decisión debe ser notificada y contra ella proceden los recursos ordinarios, toda vez que en este caso no se está negando la información por reserva sino por el costo de las reproducciones mecánicas, sin perjuicio de la alternativa que plantea el artículo 18 de la Ley 57 de 1985, en el sentido de que un empleado de la oficina pública, por indicación del Jefe de la misma, pueda reproducirlas en un sitio específico. En este último caso, se supone, el valor debe ser el de los precios del mercado y será cubierto en su totalidad por el particular. El artículo 29 del CPA es tajante en esta materia al señalar: *“En ningún caso el precio de las copias podrá exceder el valor de la reproducción. Los costos de la expedición de las copias correrán por cuenta del interesado en obtenerlas”*. En este caso, la discusión a través del ejercicio de los recursos en la vía gubernativa, girará en torno al excesivo costo de las copias por no ser acorde a los precios del mercado. En todo caso, si el interesado no puede asumir el valor de las copias incluso bajo los precios del mercado, deberá afirmarlo así ante la entidad para que resulte exonerado de dicho pago.

g. El Derecho de petición en interés particular

En este caso se busca el reconocimiento de un derecho subjetivo para una persona, como sería el caso de la adquisición del “status” de pensionado y, por ende, con derecho a percibir la mesada pensional correspondiente, o en los eventos en que se solicita el reconocimiento y liquidación de unas horas extras.

Denominaciones: Los derecho de petición en interés general o particular pueden denominarse quejas, reclamos o simplemente solicitudes. En cuanto a las primeras se refieren a comportamientos anómalos por parte de los servidores públicos o de

los particulares a título de excepción, por otro lado, los reclamos se refieren a anomalías en la prestación de un servicio público o una función pública y las solicitudes son requerimientos a la administración pública o a los particulares a título de excepción, para que reconozca un derecho individual o colectivo o disminuya o desaparezca una carga, como sería el caso de una sanción.

No compartimos la tesis expuesta por el Dr. Carlos Yaya Martínez en el sentido de que las manifestaciones son una denominación del derecho de petición, habida cuenta que las mismas, conforme a la definición que propone, no implican solicitud de ninguna clase ni ningún tipo de oficio tendiente a movilizar el aparato administrativo, simplemente son opiniones que el administrado suministra a la administración pública relacionadas con la misma y su actividad que no generan actuación administrativa.⁵²³

h. El Derecho de petición de consultas

El fin de las actuaciones administrativas que se inician en virtud de este mecanismo, no es producir un acto administrativo, sino, un concepto, el cual no tiene fuerza vinculante ni necesariamente es susceptible de producir efectos jurídicos, sencillamente, es el producto de una actividad didáctica que ejercen las autoridades públicas frente a los particulares u otras entidades públicas, con el objeto de democratizar y publicitar, en un sentido pedagógico, la naturaleza jurídica y política de la Administración Pública, en cuanto tiene que ver con los diferentes ámbitos de ser y hacer de la misma⁵²⁴. Sin embargo, en caso de que la administración, a través de un concepto emita una decisión administrativa constitutiva de acto administrativo, este “concepto” podrá ser controlado por vía jurisdiccional y por vía gubernativa, si es susceptible de este último control.⁵²⁵

Es necesario advertir que los Jueces no pueden conceptuar, ni resolver derechos de petición en interés particular o general, sobre las causas que adelanten o

⁵²³ Práctica Forense Administrativa, Legis, página 18. El autor define las manifestaciones como: “cuando hacen llegar a las autoridades la opinión del peticionario sobre una materia sometida a actuación administrativa”.

⁵²⁴ La Corte Constitucional, en sentencia del 24 de mayo de 2005, expediente C-542, expresó sobre la naturaleza jurídica de este tipo de derecho de petición, lo siguiente: “Los conceptos emitidos por las entidades públicas en respuesta a un derecho de petición de consultas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, insistimos, son orientaciones, puntos de vista, consejos y cumplen tanto una función didáctica como una función de comunicación fluida y transparente. De llegar a establecer una responsabilidad patrimonial por el contenido de tales conceptos, entonces esto podría traer como consecuencia no solo que se rompa el canal fluido de comunicación entre el pueblo y la administración que existe y se ha consolidado en virtud del ejercicio del derecho de petición de consultas, sino que podría significar, al mismo tiempo, la ruptura del principio de legalidad y con ello una vulneración del principio de estado de derecho por cuanto se le otorgaría a cada autoridad pública el derecho de hacer una interpretación auténtica de la ley”.

⁵²⁵ Ver Corte Constitucional. Sentencia T-807 del 29 de junio de 2000. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

que pudieren adelantar, toda vez que podrían verse inmersos en la causal 12 de impedimento o recusación, consagrada en el artículo 150 del CPC, que a su turno señala: “Haber dado el juez consejo o concepto fuera de actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso, o haber intervenido en este como apoderado, agente del Ministerio Público, perito o testigo”.

Ahora bien, a pesar de que los conceptos no tienen fuerza vinculante, la actuación administrativa respectiva, deberá cumplir con los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad, ya que, en caso contrario, el Servidor público que deba absolver la petición, podrá ser objeto de sanciones disciplinarias, aunado a que es procedente la acción de tutela por vulneración al derecho de petición. Esta figura jurídica está regulada en el artículo 25 del antiguo Código Contencioso Administrativo y en el artículo 28 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo.

El derecho de petición de consultas es independiente al derecho de petición de información, no solo porque está ubicado en un capítulo diferente al interior del Código de Procedimiento Administrativo, sino porque su objeto es totalmente diferente⁵²⁶.

Ahora bien, cabe anotar que las instrucciones u orientaciones que surjan como consecuencia de este tipo de conceptos, no deben involucrar sugerencias o recomendaciones que induzcan en error a los administrados, de tal manera que terminen transgrediendo la ley, pues en tales eventos podrían verse amparados por el principio de confianza legítima y, como consecuencia, tener derecho a que se les respete el “statuo quo” creado por el concepto, o a que se les reconozca una eventual reparación del daño antijurídico que se les cause.

Un ejemplo de este tipo de conceptos lo encontramos en una opinión emitida por la Superintendencias de Sociedades, donde precisó cómo se registra contablemente el impuesto al patrimonio a cargo de las personas jurídicas, naturales y sociedades de hecho contribuyentes declarantes del impuesto sobre la renta, creado en la Ley 1370 del 2009. En dicho concepto se clarificó que el impuesto anotado se liquidará y pagará en ocho cuotas iguales durante los años 2011, 2012, 2013 y 2014.⁵²⁷ Ahora bien, sobre este caso en particular, surgen dudas si al interior del mismo no se está disfrazando un acto administrativo, pues se establece con precisión obligaciones a cargo de los sujetos pasivos de la obligación y no son meras sugerencias o recomendaciones.

⁵²⁶ Algunos autores como el Dr. Carlos Yaya Martínez, señalan que el derecho de petición de consulta es una solicitud de información, lo cual es, desde nuestro punto de vista, un error conceptual. Ver: *Practica Forense Administrativa*, Editorial Legis, páginas 18 y 19.

⁵²⁷ *Supersociedades*, Concepto 115–009819 de enero 26 de 2011.

Para finalizar, consideramos que las instrucciones que las Superintendencias y demás autoridades que cumplen funciones de policía administrativa vierten a sus vigiladas tienen fuerza vinculante, pues las mismas no son simples recomendaciones sino verdaderas directrices que deben ser acatadas, pues redundan en el cumplimiento de parámetros que harán más eficiente, eficaz y transparente la prestación del servicio público o el cumplimiento de la función administrativa, aunado a que si se desacatan sin ninguna justificación, esto implicaría posibles procesos sancionatorios. Por eso destacamos lo dispuesto en el inciso primero del artículo 37 de la Ley antitrámites (Decreto-Ley 0019 de 2012), donde se consagra: En ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, las Superintendencias y demás entidades que cumplan funciones de policía administrativa, impartirán instrucciones a sus vigilados para que no exijan más requisitos, trámites o procedimientos de los estrictamente necesarios, y orientarlos al logro de objetivos de eficiencia, economía, celeridad, y racionalización de trámites que beneficien al ciudadano.

Finalmente, es necesario advertir que la Ley puede considerar que algunos conceptos tengan fuerza vinculante, tal como ocurre con aquellos emitidos por la Oficina Jurídica de la DIAN.

i. El Derecho De Petición ante Particulares

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado los requisitos necesarios más no concurrentes para que el derecho de petición ante particulares proceda, así:

- a.** Que el Particular preste un Servicio Público o ejerza una actividad de interés general.
- b.** Que el derecho de petición que se debe resolver tenga relación con la defensa efectiva de derechos fundamentales.

Llama la atención que el nuevo CPA, en el artículo 32, circunscriba el derecho de petición ante organizaciones privadas solo para garantizar los derechos fundamentales, dejando por fuera los ámbitos relacionados con los servicios públicos o las actividades de interés general, los cuales podrían ser objeto del derecho de petición ante particulares, tal como la Corte Constitucional lo ha reconocido en las providencias judiciales a que se hace referencia en este literal. Por ejemplo, el nuevo Código cercena la posibilidad de que los particulares presenten derechos de petición en interés general ante organizaciones privadas.

Y atendiendo lo anterior, la Corte Constitucional nos brinda los siguientes ejemplos: cuando la entidad privada debe expedir certificados laborales para poder aspirar a nuevos empleos (Derecho al Mínimo, Vital y Móvil), cuando se debe entregar información necesaria para tramitar una pensión (Derecho al Mínimo, Vital y Móvil), Cuando una entidad financiera deba expedir información para, con base en la misma, rectificar información en la central de riesgos del sistema financiero (Habeas Data), cuando la entidad financiera deba expedir información relativa al cumplimiento o al estado de sus obligaciones crediticias (para acceder a una vivienda digna, por ejemplo)⁵²⁸. Otro ejemplo, podría ser el caso de que la entidad privada tuviera documentos o información necesaria para que un particular pueda ejercer en debida forma su derecho de defensa en los estrados judiciales o administrativos (Debido Proceso)⁵²⁹.

El artículo 32 del CPA ejemplifica las organizaciones privadas que pueden ser objeto del derecho de petición, así: Toda persona podrá ejercer el derecho de petición para garantizar sus derechos fundamentales ante organizaciones privadas, con o sin personería jurídica, tales como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes. A su turno, la Corte Constitucional precisa el concepto de organización privada en los siguientes términos: El alcance de la expresión “organización privada” que emplea el artículo 23 de la Constitución sugiere la idea de una reunión o concurso de elementos personales, patrimoniales e ideales, convenientemente dispuestos para el logro de ciertos objetivos o finalidades vinculados a intereses específicos, con la capacidad, dados los poderes que detenta, para dirigir, condicionar o regular la conducta de los particulares hasta el punto de poder afectar sus derechos fundamentales.⁵³⁰

Sin perder de vista lo anterior, es importante anotar que el derecho de petición ante particulares no solo procede frente a colectividades. Tal como lo expresa el parágrafo 1º del artículo 32 del CPA, este derecho también podrá ejercerse ante personas naturales cuando frente a ellas el solicitante se encuentre en situaciones de indefensión, subordinación o la persona natural se encuentre ejerciendo una función o posición dominante frente al peticionario.

Es pertinente explicar que el derecho de petición ante particulares no procede cuando se trata de controversias netamente privadas, sin importar que una de las partes ejerza funciones públicas o preste servicios públicos, ya que en tales

⁵²⁸ Sentencia T-311 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵²⁹ Sentencia T-213 de febrero 22 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

⁵³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-345 de mayo 4 de 2006. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

eventos, nos encontramos ante controversias regidas por la autonomía de la voluntad y no hay inmersos derechos fundamentales o desigualdad entre las partes. Es en el contrato o la convención donde se estipulan las maneras como se solucionan tales controversias y será el Juez ordinario el encargado de dirimir las controversias que surjan, por ende, el derecho de petición es improcedente.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el derecho de petición ante particulares no genera actos administrativos, por tanto, las decisiones que adopten las personas privadas en los casos que anotamos, no son susceptibles de controlarse ante la jurisdicción Contencioso Administrativa. Por ejemplo: si se decide entablar un derecho de petición con el objeto de que una universidad privada, precise bajo que parámetros quedan exonerados de los preparatorios los estudiantes de la facultad de derecho que presentaron los exámenes de estado que miden la educación superior, como consecuencia de los resultados de tales exámenes, la decisión proferida será académica pero nunca de naturaleza administrativa. Las decisiones que se adopten bajo este ámbito se controlan a través de la justicia ordinaria y bajo la óptica de la responsabilidad civil. Ahora bien, frente a esta regla existe una excepción y es la relacionada con las decisiones que adoptan las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarias de carácter privado en razón con dichos servicios, como consecuencia de derechos de petición, quejas y recursos formulados por los usuario (art. 152 y ss. de la Ley 142 de 1994). Así lo reconoció el Consejo de Estado al señalar:

Queda resuelta así la primera incógnita planteada en el recurso, en el sentido de que las comentadas decisiones sí constituyen actos administrativos, no solo por el hecho de que el legislador prevea recursos contra las mismas, sino porque las somete a normas y conceptos que caracterizan la regulación del acto administrativo, tanto en las normas especiales expedidas para ellas como en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, a la cual están sometidas en todo aquello que no esté previsto en esas normas especiales.⁵³¹

Obviamente, no se debe olvidar que las peticiones que se tramiten en estos eventos están protegidas por la acción de tutela y los personeros municipales y distritales y la Defensoría del Pueblo deben prestar asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición que hubiere ejercido o desee ejercer ante organizaciones o instituciones privadas (Parágrafo 2º del artículo 32 del CPA).

⁵³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 23 de agosto de 2007. Radicación 25000–23–24–000–2003–00046–02. Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta., Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de noviembre de 2007, páginas 1999 a 2006.

Se recuerda además que en materia de derecho de petición de información, no cabe el recurso de insistencia sino la acción de tutela, salvo que se trate de una solicitud de información ante Cajas de Compensación Familiar o Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, pues en estos casos se aplican los capítulos I y II del Título II del Código de Procedimiento Administrativo, tal como lo contempla el artículo 33 del CPA. No sobra reiterar que en estos casos las organizaciones privadas solo podrán invocar la reserva de la información solicitada en los casos expresamente establecidos en la Constitución y la ley (inciso 3° del artículo 32 del CPA).

Por otro lado, el Capítulo III del Título II del CPA, regula el derecho de petición ante organizaciones e instituciones privadas, y señala expresamente que se rige por lo dispuesto en el Capítulo primero del Título II, referente al Derecho de Petición, como consecuencia, a este tipo de solicitudes se les aplica el trámite ordinario de las actuaciones administrativas iniciadas en virtud del derecho de petición, al cual nos referiremos más adelante. Sin embargo, explica el inciso cuarto del artículo 32 del CPA, que las peticiones ante las empresas o personas que administran archivos y bases de datos de carácter financiero, crediticio, comercial, de servicios y las provenientes de terceros países, se regirán por lo dispuesto en la Ley Estatutaria del Hábeas Data, la cual contempla procedimientos especiales en estas materias (Ley 1266 de 2008)⁵³². Sin embargo, consideramos que los vacíos que se presenten en tales procedimientos, podrán ser suplidos por el trámite ordinario contemplado en el Capítulo primero del Título II del CPA, con el objeto de hacer efectivas las peticiones anotadas.

Finalmente se discute si la regulación que trae el nuevo Código de Procedimiento Administrativo en torno al derecho de petición ante particulares estaría viciada de nulidad, dado que al tratarse de una regulación que reglamenta un derecho fundamental, debió ser objeto de una ley estatutaria y no de una ordinaria. Consideramos que este argumento no es de aceptación toda vez que la ley ordinaria en este caso no restringe el derecho fundamental sino que lo amplía y fortalece. En otras palabras, los derechos fundamentales deben ser objeto de leyes estatutarias cuando la normativa restringe su ejercicio no cuando lo libera. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable el capítulo del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que regula el derecho de petición, empero, difirió los efectos de la sentencia hasta el 2014, de tal suerte que el Congreso de la República tenga un tiempo suficiente

⁵³² Es importante acotar que a través del Decreto 1377 del 27 de junio de 2013, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo reglamentó parcialmente la Ley 1581 del 2012, que contiene el régimen general de protección de datos personales. La norma aclara aspectos relacionados con la autorización del titular para el tratamiento de la información y otros derechos, las políticas de los responsables y encargados de administrarla, la transferencia de datos, la responsabilidad en su manejo, el tratamiento de información de niños y adolescentes y los trámites para solicitar la actualización, rectificación o eliminación de datos.

para reglamentar la materia a través de una ley estatutaria, dado que el derecho de petición es un derecho fundamental (Sentencia C-818 de noviembre 1° de 2011, Magistrado Ponente Jorge Pretelt). Esta decisión, en todo caso, no afecta el contenido de la presente obra por dos razones básicamente: en primer lugar la normativa sobre el derecho de petición estará vigente durante el segundo semestre del 2012 y a través de todo el 2013 y, en segundo término, la perspectiva de que la nueva ley estatutaria modifique aspectos sustanciales del derecho de petición no es muy alta y se puede prever una ley que repetiría en un 90% por ciento el articulado del nuevo código.

j. Pronta Resolución

Este elemento del derecho de petición, se convierte en la piedra angular o el núcleo esencial del mismo⁵³³. Se encuentra dividido en tres factores o requisitos concurrentes: la oportunidad, la respuesta de fondo y la publicitación de la decisión al peticionario⁵³⁴, veamos:

- **La oportunidad:** Al analizar el término dentro del cual se debe resolver el derecho de petición, debemos adentrarnos en el lapso para dilucidar el mismo de acuerdo con la ley. El artículo 6o del antiguo Código Contencioso Administrativo y el inciso primero del artículo 14 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, señalan que el término que tiene la Administración Pública para absolver las peticiones de interés general o particular, es de 15 días, contados a partir del día siguiente de la fecha de su recibo. Por esto es imprescindible que la Administración Pública efectivamente recepcione el derecho de petición y por ello, el peticionario debe poseer prueba de tal evento en los términos del último inciso del artículo 5o del CCA y último inciso del artículo 15 del CPA, toda vez que si no se acredita tal recibido, no se podrá contabilizar por parte del operador jurídico correspondiente el término referido y mucho menos podrá exigírsele a la entidad respuesta alguna a través de una acción de tutela, empero, es a la entidad a la que le corresponde advertir al Juez que no ha recibido petición alguna, en caso contrario se dará por cierta su presentación en virtud de lo consagrado en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991. En tratándose del derecho de petición verbal, el acta o constancia que se extienda o expida del mismo hará las veces de recibido.

⁵³³ La Corte Constitucional define el núcleo esencial de los derechos fundamentales de la siguiente manera: “Siguiendo a Peter Haberle, se denomina “contenido esencial” al ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyunturas o ideas políticas”. Sentencia T-002 de 1992.

⁵³⁴ “La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. oportunidad; 2.- debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado; 3.- ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.” Corte Constitucional. Sentencia T-777 del 22 de junio de 2000, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

Es menester tener en cuenta que los 15 días de que habla el artículo 6° del antiguo CCA y el inciso primero del artículo 14 del nuevo CPA, no solo corresponden al término dentro del cual se debe llevar a cabo la expedición del acto administrativo de carácter particular y concreto por parte de la administración pública, ya que también dentro de tal lapso, se debe realizar la citación al peticionario para que comparezca a la sede de la entidad obligada a responder, con el objeto de que se lleve a cabo la notificación personal y en tal interregno, tal notificación deberá finiquitarse; obviamente, las demás notificaciones subsidiarias podrán llevarse a cabo por fuera del término de los 15 días. Esto porque la expresión resolver, tal como lo dijimos al inicio de este acápite, no implica solo pronunciarse por parte de la autoridad, a esto se debe sumar que tal pronunciamiento debe ser de fondo y publicitado efectivamente al interesado. Lo anterior también se aplica a los demás mecanismos de publicitación de los actos administrativos, dependiendo de su naturaleza y del término para resolver de conformidad al tipo de petición.

Ahora bien, el artículo 6° del CCA y el párrafo del artículo 14 del CPA prevén que si la respectiva entidad pública encuentra imposible resolver la petición en dicho lapso, podrá informarle al peticionario de la mencionada imposibilidad explicando la razón de ser de la misma y en el respectivo acto de trámite, señalará el día exacto en que le responderá. La nueva disposición consagra que el plazo adicional no podrá exceder el doble del inicialmente previsto.

Ahora, sin perder de vista lo anterior, es criticable el hecho de que el legislador, en el nuevo CPA, haya limitado el término de la prórroga, pues el término adicional para resolver la petición, dispuesto por la administración pública, puede resultar insuficiente y, sin embargo, la administración no podrá expedir nuevamente un acto administrativo de trámite ampliando dicho lapso. Consideramos que en casos donde la nueva prórroga esté justificada, cumpliendo con las advertencias ya señaladas, es decir, una motivación explicando la imposibilidad de responder en tiempo y la fijación de una fecha exacta, momento en el cual se emitirá y publicitará tal respuesta (día, mes y año), se deberá inaplicar por inconstitucional el párrafo del artículo 14 del CPA que impide una nueva prórroga, para darle prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal (art. 228 de la CP).

Obviamente, si las explicaciones que se den para fijar nueva fecha no resultan razonables y proporcionadas o, simplemente se amplía de manera indefinida el término sin fijar fecha exacta, se estará vulnerando el derecho de petición en su núcleo esencial de pronta resolución, en lo atinente a la oportunidad.

Ante lo anterior, cabría preguntarse: ¿Cuál es el término máximo que tiene la Entidad Pública para resolver la petición, luego de tomada la determinación

de no cumplir con el término legal? Es tentador pensar que el término máximo es el de los tres (3) meses, contemplado en el artículo 40 del antiguo Código Contencioso Administrativo y en el inciso primero del artículo 83 del CPA, como requisito para la configuración del Silencio Administrativo Negativo. Sin embargo, esta posición no puede ser acogida, ya que debido a situaciones, como la complejidad logística o tecnológica, que exigen el objeto de algunas peticiones, la Administración Pública podría requerir de un término más amplio al estipulado en el artículo 40 del CCA y el inciso primero del artículo 83 del CPA para resolver las mismas. Piénsese en las miles de peticiones que tiene que tramitar Cajanal o el I.S.S. en materia pensional, o Acción Social, en materia de ayuda a personas víctimas del desplazamiento forzado.

Como corolario, si el acto administrativo de trámite que le comunica al peticionario la imposibilidad de resolver su petición dentro de los 15 días de que habla el artículo 6º del CCA y el inciso primero del artículo 14 del CPA, fija un plazo mayor al estipulado para configurar el silencio administrativo negativo (3 meses), este término será constitucional si la motivación de dicha decisión es razonada y acorde con la realidad y se fija una fecha precisa y límite para dar respuesta de fondo y con publicitación de la decisión, en caso contrario, se podrá impetrar la acción de tutela por violación a la oportunidad en que se debió resolver la petición ⁵³⁵.

Por otro lado, si de la petición depende la realización o la no vulneración de derechos fundamentales del peticionario por la materialización de un perjuicio irremediable, la Entidad Pública obligada a resolver la petición, deberá manejar el requisito “oportunidad” con mucho cuidado, habida cuenta que por circunstancias o hechos que rodean la solicitud, la Administración podría verse compelida u obligada a decidir lo solicitado en un término menor al estipulado por la ley, siempre y cuando ello sea posible, ya que debido a la complejidad de la petición en ocasiones a la administración le queda imposible resolver antes del término legal, empero, tal dilación debe ser justificada, en caso contrario también habría vulneración del derecho de petición por inoportunidad. En consonancia con lo expuesto en este párrafo el CPA estableció en el artículo 20 lo siguiente:

Las autoridades darán atención prioritaria a las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental cuando deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario, quien deberá probar sumariamente la titularidad del derecho y el riesgo de perjuicio invocados.

⁵³⁵ En este sentido se pronunció la Corte Constitucional, en sentencia T-517 de octubre 9 de 1996, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

Cuando por razones de salud o de seguridad personal esté en peligro inminente la vida o la integridad del destinatario de la medida solicitada, la autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición.

Aunado a lo anterior, no hay que olvidar que el numeral 6° del artículo 5° del CPA expresa que las personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes, adultos mayores y en general personas en estados de indefensión o de debilidad manifiesta, tienen derecho a recibir una atención especial y preferente de las autoridades.

Siguiendo con la idea expuesta en los párrafos anteriores, es importante tener en cuenta que si el peticionario manifiesta en su escrito la necesidad de que se le dé respuesta a su petición lo más pronto posible, porque están de por medio sus derechos fundamentales, como sería el caso del derecho a la vida ante la necesidad del suministro de un medicamento urgente, la Administración deberá proceder con celeridad, dándole total credibilidad a tal afirmación por principio de buena fe (art. 83 CP). En estos eventos si la administración no está en condiciones de resolver antes del límite legal, debe dictar un acto de trámite indicando que le es imposible resolver antes de dicho término, acto de trámite que deberá estar debidamente fundamentado y puesto en conocimiento del peticionario.

Es criticable que el inciso primero del artículo 20 del CPA le exija al peticionario que pruebe de manera sumaria la titularidad del derecho y el perjuicio irremediable, en detrimento del principio de buena fe consagrado en el artículo 83 de la CP. Como corolario, consideramos que si el peticionario esgrime razones para que la administración pública le resuelva de manera pronta su petición, en atención al riesgo que se cierne sobre sus derechos fundamentales, sería inconstitucional que no se resuelva oportunamente la misma porque no se acreditó dicho perjuicio o la titularidad del derecho. La carga de la prueba se invierte y es la administración pública quien le corresponde acreditar que no se trata de un perjuicio irremediable o que el peticionario no es el titular del derecho. Por ende, consideramos que las exigencias contempladas en el artículo 20 del CPA son inconstitucionales y deben ser inaplicadas por los operadores administrativos.

Por otro lado, es desafortunado que el inciso segundo del artículo 20 de la nueva codificación solamente se hubiera circunscrito a los derechos a la salud y la seguridad personal, pues dicha disposición pudo ser concretada como un valioso instrumento en materia de medidas cautelares al interior de los procedimientos administrativos sin limitar su alcance a los derechos anotados.

Por tanto, consideramos que la administración pública debe ir más allá y adoptar las medidas necesarias para proteger otros derechos fundamentales cuando se vean amenazados de manera inminente, tal como sería el caso del buen nombre o la honra en caso de una rectificación por información errónea suministrada por autoridades oficiales.

La Corte Constitucional ha mencionado sobre el particular, lo siguiente:

El ejercicio de este derecho se hace tal vez más evidente en determinadas situaciones, donde el pronunciamiento de la entidad permite al particular definir una expectativa, que a su vez es fundamento para la protección de alguno de sus derechos fundamentales. Tal es el caso de las personas de la tercera edad o de quienes por circunstancias de la vida se enfrentan a la imposibilidad física de ejercer una actividad económica productiva. En casos como estos no resolver oportunamente una solicitud, significa prolongar en el tiempo el estado de imposibilidad para contar con los medios necesarios de subsistencia y así poder disfrutar de la salud, el bienestar y la dignidad a que toda persona tiene derecho⁵³⁶.

Atendiendo el aparte jurisprudencial transcrito, es al juez de tutela al que le corresponde analizar si el término utilizado por la autoridad pública resultó oportuno (Juicio de conveniencia realizable a través de un test de proporcionalidad), es decir, no vulneró el requisito de la “oportunidad”, atendiendo a las circunstancias o eventualidades que rodearon la petición, como es el caso de los derechos fundamentales que pudieron estar en juego y de los medios técnicos, logísticos o de información con que contaba la entidad para resolver la misma.

Las anteriores explicaciones son aplicables al derecho de petición de información y de consulta.

- La respuesta de fondo: La decisión que resuelve el derecho de petición debe ser sustancial, es decir, las respuestas tangenciales o meramente formales no satisfacen este derecho fundamental, más aún, resultan violatorias del mismo. A esto se refiere la palabra “resolución”, que contempla el artículo 23 de la Constitución Política.

Como corolario de lo anterior, las decisiones inhibitorias están proscritas en el procedimiento administrativo. El profesor Pedro Antonio Lamprea nos ilustra con dos hipótesis proscritas en nuestro ordenamiento jurídico, así: “Decisión inhibitoria (muy frecuente en la actividad judicial) es aquella que no es de

⁵³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala de Revisión. Sentencia T-403 (25, julio 1982) Magistrado Ponente, Vladimiro Naranjo Mesa.

mérito por hacerse incompetente el funcionario o inoportuna la decisión”.⁵³⁷ Otro ejemplo que se podría traer a colación en este momento, es la respuesta facilista a un derecho de petición de información, en el sentido de esgrimir al peticionario que no le suministran la documentación solicitada porque se extravió. Debe explicarse por qué razón se presentó dicho extravío y si se trata de un asunto de fuerza mayor, podría exonerarse a la administración de entregar lo solicitado, en caso contrario, ante la falta de justificación o justificación arbitraria, cabría la acción de tutela por falta de respuesta de fondo y será el Juez quien decida de qué manera la administración pública debe resolver el asunto al peticionario, incluso podrá ordenar medidas como la reconstrucción de la información solicitada.

Cabe advertir que la resolución podrá ser a favor o en contra de los intereses del afectado, lo cual es legal, lo ilegal sería, absolver peticiones con especulaciones o divagaciones que no toquen en ningún momento el fondo del asunto.⁵³⁸ Un ejemplo sería el caso de que se adujera por parte de la administración pública que no resuelve el derecho de petición porque no se reunieron los requisitos de ley, sin que se precise de que requisitos se trata. Cuando una autoridad se niega a responder un derecho de petición, debe indicar exactamente qué falencias presenta el escrito y darle oportunidad al peticionario para que las corrija, esto evita la transgresión del derecho fundamental.⁵³⁹

En este punto de la disertación, cabría preguntarse: ¿el silencio administrativo negativo resuelve de fondo la petición? La respuesta no puede ser otra que la negativa, ya que según lo analizado, es imperativo el pronunciamiento expreso de la administración pública abordando el fondo del asunto. *A contrario sensu*, el silencio administrativo negativo es una ficción creada por el legislador tendiente a considerar un pronunciamiento de la administración con efectos desfavorables a la petición incoada, para que el particular que se vea afectado con la misma, tenga la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional con el objeto de atacar su legalidad y restablecer su derecho. Por tanto, de ninguna manera hay una resolución de fondo, sencillamente es un mecanismo procesal que impide la vulneración del acceso efectivo a la administración de justicia.

⁵³⁷ Anulación de los Actos de la Administración Pública, Segunda Edición, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C. Colombia, pie de página número 14 inserto en la página 40.

⁵³⁸ La Corte Constitucional, Sala de Revisión No. 7, Sentencia T-481, de agosto 10 de 1992, Magistrado Ponente, Jaime Sanín Greiffstein, manifestó: “En lo pertinente el artículo 23 de la actual Constitución consagra al derecho de petición en los mismos términos que venía de la anterior [...] es de anotar que él consiste no simplemente en el derecho de obtener una respuesta por parte de la autoridad, sino, de que haya una resolución del asunto solicitado, lo cual si bien no implica que la decisión sea favorable, tampoco se satisface sin que se entre a tomar una posición de fondo, clara y precisa, por el competente[...”]

⁵³⁹ Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 247 de agosto 21 de 2008, Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar.

La Corte Constitucional se pronunció en este sentido, en los siguientes términos:

[...] por esto puede decirse también que el derecho de petición que la Constitución consagra, no queda satisfecho con el silencio administrativo negativo que algunas normas disponen, pues esto es apenas un mecanismo que la ley se ingenia para que el adelantamiento de la actuación sea posible y no sea bloqueada por la administración [...] pero en forma alguna cumple con las exigencias constitucionales que se dejan expuestas y que responden a una necesidad material y sustantiva de resolución y no a una consecuencia meramente formal y procedimental, así sea de tanta importancia [...] ⁵⁴⁰.

Como consecuencia de lo anterior, así el silencio administrativo negativo se configure, la entidad pública respectiva no pierde la competencia para absolver la petición impetrada, salvo si el interesado interpone recursos en vía gubernativa contra el acto presunto (inciso segundo del artículo 40 del antiguo CCA y último inciso del artículo 83 del CPA) o si impetra demanda contra el mismo en vía jurisdiccional y se notifica el auto admisorio a la entidad demandada, toda vez que en la práctica, la administración al pronunciarse expresamente revoca el acto presunto (inciso primero del artículo 71 del antiguo CCA y último inciso del artículo 83 del CPA). Sin embargo esta regla no opera en los procedimientos administrativos de selección de contratistas, en cuyo evento ocurre que si la administración no se pronuncia en los términos contemplados en la ley o en los pliegos de condiciones o términos de referencia, pierde competencia para producir acto administrativo alguno. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Finalmente, anota así mismo la Sala, que si bien como lo sostiene la apelante, el Código Contencioso Administrativo establece la figura del silencio administrativo como remedio frente a la omisión de la administración en el cumplimiento de su deber de resolver dentro del término legalmente estipulado para ello (arts. 40 y 60), y que la ocurrencia del silencio administrativo negativo no exime a la autoridad de su deber de decidir, es decir que conserva su competencia mientras el interesado no haya interpuesto recursos contra el acto administrativo o presentado demanda en su contra que haya sido debidamente notificada al demandado, según el caso, estas disposiciones se refieren a la decisión que debe producirse frente al ejercicio del derecho de petición, mediante el cual el administrado

⁵⁴⁰ Corte Constitucional, Sala de Revisión No 7, Sentencia T-481, agosto 10 de 1992, M.P. Jaime Sanín Greiffstein.

pretende, bien sea un pronunciamiento inicial de la entidad, o la resolución de un recurso interpuesto en vía gubernativa contra este; y además, son normas que corresponden al procedimiento administrativo general, aplicable a las actuaciones administrativas, en defecto de un procedimiento especial.

Pero resulta que, en materia de contratación estatal, como ya se dijo, existe un procedimiento especial para la selección de los contratistas, denominado licitación o concurso, que cuenta con sus propias reglas y requisitos; y lo cierto es que, en este procedimiento, los plazos contemplados para su trámite y decisión, por expresa disposición legal, y contrario a lo dispuesto en las normas generales del Código Contencioso Administrativo –que permiten decidir aún después de vencidos los mismos-, son perentorios y preclusivos.⁵⁴¹

Finalmente, sobre este tema de la pérdida de competencia o no para resolver peticiones, es pertinente advertir que la administración pública no pierde competencia para resolver la petición cuando se interpone una acción de tutela, es decir, si en el transcurso de la acción de tutela se da respuesta al derecho de petición, la misma se declarará cesada por sustracción de materia. Es decir, si la administración no responde dentro del término estipulado por la ley o lo hace de manera ambigua o no notifica la decisión que la resuelve, empero, tales omisiones las corrige durante el transcurso del procedimiento judicial de tutela, el proceso finalizará anticipadamente por cesación de la actuación. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Así las cosas, para la Sala es claro que al señor Bernal Aguirre se le respondió, en el transcurso de la acción, la petición que elevó ante el Tribunal Administrativo del Quindío el 29 de enero de 2004.

En estos casos ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corte Constitucional en manifestar que en aquellos eventos en los cuales la pretensión ha sido satisfecha la acción de tutela pierde eficacia y por ende su justificación constitucional, por consiguiente la Sala le dará aplicación al artículo 26 del decreto 2591 de 1991 y, por ende, se declarará la cesación de la actuación adelantada, pues no tendría razón de ser que la Sala impartiera una orden que ya se cumplió.⁵⁴²

⁵⁴¹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia (3, mayo, 2007). Expediente 16209. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Revista de jurisprudencia y doctrina de Legis noviembre de 2007. 2027 a 2038 p.

⁵⁴² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda–Subsección A, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. sentencia (26, enero, 2005). Expediente. AC

Del aparte jurisprudencial transcrito se colige que la administración pública no pierde competencia para resolver la petición, a pesar de que se haya impetrado una acción de tutela en contra de la misma.

Para terminar el asunto de la respuesta de fondo, es necesario precisar que la respuesta que se le dé al derecho de petición debe ser congruente con lo pedido, sin perjuicio de que se suministre información adicional o relacionada que pueda ayudar a una información plena de la respuesta dada (T-669 de agosto 6 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

- La publicitación de la decisión al peticionario: La Administración Pública debe necesariamente dar a conocer al peticionario la decisión que adopte, es decir, no la puede dejar a su fuero interno, ya que sería un cumplimiento meramente formal y no material con el deber de dar respuesta a las peticiones que se formulen. En este punto, cobra vital importancia los mecanismos de publicitación de los actos administrativos, especialmente la notificación.⁵⁴³

Ahora bien, es carga del peticionario suministrar de manera clara y precisa la dirección donde recibirá citaciones o comunicaciones, en caso contrario, la administración estará eximida de toda responsabilidad ante una posible vulneración del núcleo esencial del derecho de petición por no notificación o comunicación de la respuesta al mismo.

Por otro lado, se reitera lo afirmado a propósito de la oportunidad como requisito constitutivo del núcleo esencial del derecho de petición, en el sentido de que la publicitación del acto administrativo (publicación, notificación, comunicación o ejecución) debe llevarse a cabo dentro los 15, 10544 o 30 días de que hablan los artículos 6º, 22 y 25 del CCA o el artículo 14 del CPA. Por tanto, consideramos que en materia de actos administrativos de carácter particular y concreto, la citación y la notificación personal deben surtirse dentro del lapso mencionado, dejando solo por fuera la notificación por edicto o por aviso, la cual es subsidiaria a la personal, según las voces contempladas en el artículo 45 del CCA y el artículo 69 del nuevo CPA.

11001-03-15-000-2004-01684-00, Actor: José Uriel Bernal Aguirre.

⁵⁴³ “[...] para que realmente se satisfaga materialmente el derecho de petición es indispensable que la decisión de la administración sea dada a conocer a través de los mecanismos establecidos legalmente a las personas interesadas”. SANTOFIMIO. Op. cit., p. 210.

⁵⁴⁴ O 13 si se materializa el silencio administrativo positivo en materia de derecho de petición de información.

k. Entidades objeto de la petición

Son objeto de la petición, todas las autoridades pertenecientes a la administración pública, sean del sector central o del descentralizado, de las ramas del poder público en su totalidad⁵⁴⁵, de los órganos autónomos o de control, de la organización electoral, de las entidades atípicas del orden constitucional y los particulares que ejercen funciones públicas. Es por esto que se pueden impetrar peticiones ante autoridades judiciales (en lo que no tenga que ver con las investigaciones o procesos que adelanten, porque tienen carácter de reservados en algunos eventos o es necesario constituirse como coadyuvantes en otros - art. 57 Ley 270 de 1996 - o porque pueden incurrir en causales de impedimento), ante el Congreso de la República, ante el Banco de la República, etc. El artículo 1o del antiguo Código Contencioso Administrativo, nos trae un listado meramente enunciativo de las entidades públicas que pueden ser objeto del derecho de petición y el inciso primero del artículo segundo del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, contempla una enunciación más genérica acorde al concepto moderno de administración pública.

Es pertinente anotar que el derecho de petición ante particulares también puede ser ejercido dentro de los parámetros jurisprudenciales explicados cuando analizamos este tipo de derecho. O sea, cuando prestan un servicio público o se trata de un tema de interés general o cuando están involucrados derechos fundamentales. Por tanto, es necesario tener en cuenta que cuando se ejerce un derecho de petición ante un particular que ejerce funciones administrativas no estamos hablando del derecho de petición ante particulares sino del derecho de petición ante la administración pública, porque en estos eventos el particular actúa como administración pública. Es el caso de las Cámaras de Comercio cuando las peticiones se relacionan con la función administrativa de registro inherente a las mismas. Por otro lado, cuando el derecho de petición se dirige ante una clínica privada para obtener copia de historia clínica, estamos ante el ejercicio del derecho de petición ante particulares. Para entender con mayor claridad este punto, es necesario diferenciar entre servicio público y función pública.

La función pública hace referencia a todas aquellas labores inherentes al Estado con prerrogativas públicas, que ponen al Estado en un plano de superioridad frente a los particulares, a tal punto que puede someterlos a través de sanciones, con el único propósito de cumplir con los fines esenciales por los cuales está instituido.⁵⁴⁶

⁵⁴⁵ Recordemos que las ramas Legislativa y judicial pueden proferir actos administrativos, es decir, eventualmente pueden cumplir funciones administrativas.

⁵⁴⁶ “[...] la noción de función pública atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines”. Corte Constitucional, Sentencia

Las funciones públicas son:⁵⁴⁷ la administración de justicia, la administración pública (vigilar, controlar, sancionar, intervenir en la economía -por ejemplo: mediante subsidios o la emisión del dinero-, cobrar y administrar impuestos, fomentar y velar por la correcta prestación de los servicios públicos, la función fedataria, la función registral, la función electoral, la función penitenciaria, el monopolio de las armas, emitir autorizaciones, reglamentar, planear -con base en la estadística, los datos meteorológicos, la información macroeconómica etc.[...]- y construir y administrar o solo administrar obras que los particulares no estarían interesados en realizar⁵⁴⁸), la función legislativa y la función constituyente⁵⁴⁹.

El servicio público es la prestación de una actividad que está al servicio de toda la comunidad, como por ejemplo: el servicio de salud, el servicio de transporte, el servicio de educación⁵⁵⁰, los servicios públicos domiciliarios, entre otros. Son dos las diferencias fundamentales entre servicio público y función pública, así:

1. En cuanto a la posibilidad de su ejercicio por medio de los particulares, habida cuenta que, mientras frente a la función pública, solo en los casos taxativamente señalados en la ley los particulares la podrán realizar (asiento registral -Cámaras de Comercio-, notarial o fedataria -notarios-

C-037 de 28 de enero de 2003. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁴⁷ Para más información al respecto ver: NARANJO MESA, Vladimiro, Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Séptima Edición, Temis, páginas 245 y ss.

⁵⁴⁸ Sobre el ámbito funcional de la administración pública se puede consultar la siguiente obra: SANTOFIMIO. Op. cit., p. 38 y ss. Sobre el tema de la grandes obras que los particulares no estarían interesados en realizar, el filósofo Adam Smith considera que son aquellas que no reportan utilidad o beneficio alguno, dado que existen otras que si pueden reportar utilidades, como por ejemplo la administración de carreteras, la cual normalmente se deja en manos de los particulares a través de los contratos de concesión. Así lo explica el reconocido pensador al señalar que es función del Estado “[...] erigir y mantener ciertas obras y establecimientos públicos cuya erección y sostenimiento no pueden interesar a un individuo o a un pequeño número de ellos, porque las utilidades no compensan los gastos que pudiera haber hecho una persona o un grupo de éstas, aun cuando sean frecuentemente muy remuneradoras para el gran cuerpo social”. SMITH, Adam. La riqueza de las naciones. Libro IV, capítulo IX. Fondo de cultura económica, México, novena reimpresión, 1997, 612 p. Traducción de Gabriel Franco.

⁵⁴⁹ El profesor Jorge Fernando Perdomo Torres señala que “Mencionar las tareas fundamentales que debe asumir el Estado en la actualidad y que, en efecto, asume y de las cuales resultan deberes genuinos del Estado, depende de la cuestión acerca de en qué medida el Estado mismo se encuentra en posibilidad de aumentar el aporte de prestaciones en ámbitos donde se garantiza algo más que el mínimo de existencia, y en qué medida debe descartarse la asunción de tareas por parte de particulares (algo que, sin embargo, ningún Estado en la actualidad podría evitar). Por esta razón resulta imposible hoy en día formular las tareas específicas del Estado y también porque aspectos históricos e ideológicos pueden cumplir un papel importante”. PERDOMO TORRES, Jorge Fernando. Posición de garante en virtud de confianza legítima especial: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 215. Compartimos en un todo la apreciación del profesor Perdomo Torres, por tanto, la enumeración que se realiza en este documento solo es un esfuerzo académico que intenta decantar el asunto pero, en ningún momento, pretende plantear un listado taxativo que agote el tema.

⁵⁵⁰ Aunque la educación no es una función administrativa, el Estado debe garantizar que la educación básica primaria sea gratuita y obligatoria, ya sea prestándola él directamente, o a través de subsidios u otros mecanismos, cuando la presten los particulares. Lo anterior sin perjuicio de que el principio de gratuidad se vaya extendiendo a todos los niveles (secundaria y superior) en virtud del principio de progresividad. Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-376 de mayo 19 de 2010, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas.

administrar justicia –tribunales de arbitramento, conceder permisos – curadores urbanos⁵⁵¹, el ejercicio de los servicios públicos puede ser escogido o elegido por cualquier persona natural o jurídica de carácter privado, siempre y cuando reúna las condiciones jurídicas y económicas para ejercerlo.⁵⁵²

2. En cuanto al ejercicio de prerrogativas públicas (la decisión previa y la ejecución de oficio), toda vez que el ejercicio de una función pública siempre implica el ejercicio de prerrogativas públicas, al paso que en el servicio público solo se pueden ejercer cuando la ley así lo disponga y en este preciso momento el servicio público se desnaturaliza como tal y adquiere la naturaleza de una función pública⁵⁵³. Este es el caso, por ejemplo, en materia de servicios públicos domiciliarios, donde las entidades prestadoras de estos servicios pueden ordenar el corte del servicio de manera unilateral, decisión que es un verdadero acto administrativo susceptible de ser recurrido y demandado en sede jurisdiccional contencioso administrativa (Ley 142 de 1994, artículos 81, 142 y 147).

Por tanto, para concluir y luego de la explicación anterior, el derecho de petición ante particulares, al cual se refiere el artículo 86 de la Constitución, es aquel dirigido a aquellos cuando ejercen servicios públicos, actividades de interés

⁵⁵¹ Artículo 101 de la Ley 388 de 1997: “Curadores urbanos. El curador urbano es un particular encargado de estudiar, tramitar y expedir licencias de urbanismo o de construcción–, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación, en las zonas o áreas de la ciudad que la administración municipal le haya determinado como de su jurisdicción. La curaduría urbana implica el ejercicio de una función pública para verificación del cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación vigente en el distrito o municipio, a través del otorgamiento de licencias de urbanización y construcción”.

⁵⁵² “... la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión de un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (arts. 123–3, 210–2, 267–2) o funciones públicas judiciales (art. 118–3). Corte Constitucional, Sentencia C–037 de 28 de enero de 2003. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁵³ “Debe recordarse, así mismo, que como se desprende del artículo 365 superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede este decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (art. 189–22, 365, 370). Corte Constitucional, Sentencia C–037 de 28 de enero de 2003. Magistrado Ponente Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁵⁴ “[...] se debe tener en cuenta que, en la prestación de los servicios públicos, se pueden ejercer potestades públicas que, por consiguiente, constituyen función pública. Ello se deriva del condicionamiento establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C–037 de 2003, según el cual el particular que preste un servicio público solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y éstas sean asignadas explícitamente por el Legislador”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera., Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enriquez, Expediente 27673. Actor: Rodrigo Villamil Virguez. Demandado: Nación –Ministerio de Comunicaciones y otros. Bogotá D.C., auto del diecisiete (17) de febrero de dos mil cinco (2005). Publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis, páginas 1087 a 1107 de la edición de agosto de 2005.

general o por derechos fundamentales, ya que cuando se dirige a los particulares como ejecutores de funciones administrativas, ellos no actúan como tales sino como administración pública.

2. En cumplimiento de un deber legal

A diferencia de lo contemplado en el derecho de petición, en este evento en particular, el administrado actúa obligado por la ley, es decir, es la ley la que determina en que eventos los particulares deben presentar un escrito o documentación o presentar una declaración verbal o escrita ante la administración pública, para que esta inicie una actuación administrativa.

Ejemplos de este tipo de obligaciones contempladas por la ley son: el deber de presentar una solicitud⁵⁵⁴ (esto se dio en el caso de la reconstrucción del eje cafetero), una declaración tributaria, una liquidación privada, el diligenciamiento de un formulario (para acceder al pasaporte), etc., y en general cuando la administración hace uso del penúltimo inciso del artículo 5° del antiguo CCA, el cual dispone que “Las autoridades podrán exigir, en forma general, que ciertas peticiones se presenten por escrito. Para algunos de estos casos podrán elaborar formularios para que los diligencien los interesados, en todo lo que les sea aplicable, y añadan las informaciones o aclaraciones pertinentes”, potestad que se conservó en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo en el inciso 4° del artículo 15. Estos formularios comparten la naturaleza del derecho de petición en los términos explicados líneas atrás, es decir, deben ser resueltos dentro de los 15 días siguientes a su recibo, más aún, su obligatorio diligenciamiento los convierte en un deber legal que se debe cumplir para poder iniciar la actuación administrativa, sin perjuicio de que el particular decida complementarlos con pruebas, documentos o argumentos adicionales que los formularios por su diseño no contemplen (Inc. 4° del art. 15 del CPA).

Si los documentos o solicitudes que presentare el particular, estuvieren incompletos o con errores, la autoridad le deberá indicar al administrado, de que irregulares se trata, e informarle sobre el término que contempla el artículo 12 del antiguo CCA o el inciso primero del artículo 17 del nuevo CPA, según el procedimiento que se aplique para el caso concreto, para que los subsane.

⁵⁵⁴ El Decreto 0019 de 2012 (Ley antitrámites), establece otra actuación administrativa iniciada en ejercicio de un deber legal: los cobros o reclamaciones con cargo a recursos del Fosyga. En efecto, el artículo 111 de dicha normativa modificó el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002 en los siguientes términos: “Las reclamaciones o cualquier tipo de cobro que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del FOSYGA se deberán presentar ante el FOSYGA en el término máximo de (1) año contado a partir de la fecha de la generación o establecimiento de la obligación de pago o de la ocurrencia del evento, según corresponda”.

Las autoridades están obligadas a recibir la información o documentación que presente el particular en cumplimiento de un deber legal, en caso contrario, es decir ante la negativa de la recepción, por parte de la entidad respectiva, el administrado, podrá presentar la documentación o solicitud respectiva ante el ministerio público (personeros distritales y municipales, servidores de la Procuraduría o Defensoría del Pueblo), quien ordenará el trámite pertinente (art. 23 del CPA).

Es necesario advertir, que no solo las normas que contempla el inciso 3o del artículo 27 del antiguo CCA, son aplicables en estos casos, sino, en aplicación del artículo 29 de la Constitución Política, se deben aplicar todas las normas y principios que regulan las actuaciones administrativas, so pena de vulnerar el debido proceso del administrado. En consonancia con lo anterior, el nuevo CPA no especifica norma alguna aplicable a esta forma de iniciar actuaciones administrativas, por ende, conforme al ordenamiento jurídico vigente, a ella le es aplicable toda la regulación del CPA, de acuerdo a su naturaleza.

3. Iniciación de oficio

El Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, la define de la siguiente manera: “Se presenta la iniciación oficiosa de una actuación administrativa en todos aquellos eventos en que por la sola voluntad de la administración se da inicio al Procedimiento Administrativo. Esta actitud de la Administración depende del incentivo que obtenga de elementos externos o internos y que le llevan al conocimiento que se hace necesaria una decisión de su competencia para resolver algún conflicto, sancionar alguna infracción o adoptar cualquier otra medida con efectos jurídicos”⁵⁵⁵.

Ejemplos de este tipo de iniciación de actuaciones administrativas: el evento en que una entidad pública decide reestructurarse en razón del interés general, una investigación disciplinaria iniciada de oficio, la apertura de una licitación pública, etc.

En las actuaciones administrativas iniciadas de oficio, se aplicarán todos los principios inherentes al debido proceso y la totalidad de las normas que regulan las actuaciones administrativas, si compaginan con su naturaleza, no solo lo contemplado en el inciso 2o, del artículo 28 del antiguo CCA, situación ratificada en el nuevo CPA en el artículo 35, pues en el mismo no se especifica norma alguna aplicable a esta modalidad de iniciación de actuaciones administrativas, aunque la nueva codificación tiene el mismo defecto de la anterior, es decir, no se clarifica con precisión cuando se origina, por tanto, como se concluye más

⁵⁵⁵ SANTOFIMIO, GAMBOA. Tomo II. Op. cit. p. 201.

adelante, es pertinente tener en cuenta que se inicia cuando la administración profiere el acto administrativo de trámite.

4. En cumplimiento de una orden judicial

Con el advenimiento de la Constitución Política de 1991 y su concepción de Estado social de derecho, justicia material y justicia social⁵⁵⁶, los jueces han adquirido un papel predominante al interior del devenir estatal, a tal punto que a través de sus decisiones pueden obligar a la Administración Pública a iniciar actuaciones administrativas.

Los mecanismos jurisdiccionales que consagró la nueva carta con las implicaciones advertidas son: la acción de tutela⁵⁵⁷, la acción popular, la acción de grupo⁵⁵⁸ y la acción de cumplimiento (art. 86, 87 y 88). Aunque no solo las acciones constitucionales pueden originar actuaciones administrativas. Decisiones judiciales originadas en otro tipo de acciones también lo pueden hacer, como es

⁵⁵⁶ La doctrina explica que el estado social “reposa en la idea de que el poder político debe lograr para los asociados una justicia material mínima: lo importante es entonces el resultado de la acción pública, de suerte que la democracia es entendida más como un efecto material del ejercicio del poder, esto es, como una cierta igualdad social conseguida gracias a la acción estatal. Esta concepción está asociada entonces a la llamada libertad positiva, esto es, aquella que se deriva de la existencia de prestaciones positivas por parte del Estado.” UPRIMNY YEPES Rodrigo, UPRIMNY YEPES Inés Margarita, PARRA VERA, Oscar. Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Bogotá D.C., Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006. p. 72.

⁵⁵⁷ “Otras decisiones que han implicado una orden de hacer a la administración –lo que apareja, necesariamente, la expedición de un acto administrativo– son, por ejemplo, las siguientes: (1) aquellas que ordenan el reintegro de las mujeres embarazadas que han sido despedidas sin justa causa, Cfr. T-739/98; (2) las que ordenan el nombramiento de la persona que obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos, Cfr. T-046/95; T-256/95; T-459/96; (3) las que ordenan la cesación de pagos injustificados como el caso de Foncolpuertos, Cfr. T-001/97; T-126/97; (4) aquellas que ordenan la adecuación de un trámite administrativo o disciplinario a las normas legales sobre debido proceso, Cfr. T-359/97; SU-036/99; (5) las que ordenan la reparación de bienes muebles o inmuebles que, por su estado de ruina, amenazan la vida o la integridad de los funcionarios públicos encargados que laboran en tales dependencias, Cfr. T-501/95; (6) aquellas que ordenan a las autoridades de policía, evidentemente renuentes, a adoptar las decisiones del caso para superar actos de violencia entre vecinos o intrafamiliar, Cfr. T-487/94; (7) las que ordenan a las autoridades actualizar los datos disciplinarios o penales de personas que debido a omisiones de la administración son constantemente detenidas y reportadas a bancos de datos como presuntos delincuentes, Cfr. T-455/98; (8) aquellas que ordenan a las autoridades diplomáticas cumplir con su deber de asistencia a los colombianos detenidos en el exterior. En fin, la Corte y, en general los jueces de tutela, han proferido múltiples decisiones que tienen el efecto de promover el cumplimiento de los deberes de la administración cuando ello es necesario para la defensa de los derechos fundamentales de las personas.” BOTERO, Catalina, FAJARDO, Silvia y PEÑA Diego. Documento introductorio sobre la acción de tutela. Bogotá, 2004. Citado por BOTERO MARINO, Catalina. La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano. Ciudad; Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006. p. 59.

⁵⁵⁸ El artículo 65 de la Ley 472 de 1998 establece un procedimiento administrativo para el pago de la indemnización colectiva como consecuencia de una sentencia favorable al interior del trámite de una acción de grupo. El defensor del pueblo administra el monto de la indemnización y los interesados presentan las solicitudes ante el mismo. “Todas las solicitudes presentadas oportunamente se tramitarán y decidirán conjuntamente mediante acto administrativo en el cual se reconocerá el pago de la indemnización previa comprobación de los requisitos exigidos en la sentencia para demostrar que se forma parte del grupo en cuyo favor se decretó la condena.” SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.* p. 792.

el caso contemplado en el artículo 609 del Código de Comercio, donde un Juez Civil puede ordenar la cancelación de una marca, lo que en la práctica implica la iniciación de un procedimiento administrativo tendiente a revocar de manera oficiosa el acto registral a través de la producción de un acto administrativo de cancelación del registro marcario.

C. Trámite de la actuación administrativa.

El procedimiento administrativo de las actuaciones administrativas varía según la fuente de su iniciación. Es decir, si es un derecho de petición o en ejercicio de un deber legal o de oficio o en virtud de orden judicial, el procedimiento cambia levemente, empero, el cambio siempre debe respetar el debido proceso de los administrados, el principio de legalidad y el interés general.

1. El expediente en el proceso administrativo

Antes de adentrarnos en las particularidades de cada uno de los trámites de las actuaciones administrativas, de conformidad a la manera cómo se inician, hay que tener en cuenta dos fenómenos procedimentales: el expediente del procedimiento administrativo y la acumulación de expedientes.

a. El expediente del procedimiento administrativo

En aplicación de los principios orientadores de las actuaciones administrativas, contemplados en el artículo 3o del antiguo código contencioso administrativo y 3º del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, en especial, los de economía, eficacia y eficiencia, la administración debe formar cuadernos de las actuaciones administrativas, en original y copia, con el objeto de que la dependencia de la entidad pública que las adelante, tenga un panorama o una visión global del trámite adelantado y de los actos realizados tanto por el particular, como por la administración, esto con el objeto de poder tener un control sobre el procedimiento administrativo y entrar a sanearlo, si es del caso. A lo anterior es a lo que se refiere la primera parte del artículo 29 del CCA y el inciso primero del artículo 36 del CPA

Lo anotado obedece a un principio que la doctrina ha denominado como el de la Unidad del Expediente, principio que, sin embargo, es frecuentemente vulnerado por la administración pública, tal como lo esgrime el profesor Brewer Carías en los siguientes términos:

La idea de la unidad del expediente y de que en él debe conservarse todo lo concerniente al procedimiento, no solo lo derivado de las peticiones, sino también los informes y dictámenes de otras Administraciones que tiene que ver con el asunto, por tanto, es de origen reciente. No es frecuente, incluso a pesar de todos estos textos expresos que regulan el expediente, realmente encontrar un expediente completo, y siendo también frecuente todavía que el funcionario deje fuera ciertos documentos cuando no son favorables a la posición que tiene el funcionario o cuando sean favorables a la posición del administrado. Normalmente el funcionario, cuando no ha tomado su decisión, no los enseña, aún cuando existe en todas las leyes el principio del expediente único y de que toda la documentación debe estar en él acumulada, bien de oficio o a petición de parte interesada, con lo que se viola a la vez el principio de publicidad y el derecho a estar informado.⁵⁵⁹

b. Acumulación de expedientes

Cuando se adelantan dos o más actuaciones administrativas, que tengan como fin producir actos administrativos que contemplen idénticos efectos jurídicos, en virtud del principio de unidad procesal y con el objeto de evitar dualidad de decisiones o decisiones contradictorias, se acumularán de oficio o por petición de parte, los expedientes respectivos, siendo el servidor público competente, para continuar con el trámite de la actuación, el que tuviera bajo su haber, la actuación administrativa más antigua, es decir, la que se haya iniciado primero (art. 29, CCA y 36, CPA). Es pertinente anotar que la antigüedad se evidencia de diferentes maneras: si se inicia en virtud de un derecho de petición la fecha de recibido juega un papel primordial, si es en virtud de un deber legal, el momento de cumplir con dicho deber es el punto culminante y si es de oficio, será el día de expedición del acto administrativo de trámite que le dé inicio a la actuación administrativa el que visualiza la antigüedad. Otro tanto se puede acotar respecto a la antigüedad de la actuación cuando se inicia en virtud de una orden judicial ya que será la fecha de firmeza de dicha orden la que determine su antigüedad. Ahora bien, esta acumulación puede operar así las actuaciones administrativas se inicien por diferentes fuentes, pues lo importante es que se trate de asuntos que deben resolverse por un mismo acto administrativo. Por ejemplo: Un procedimiento disciplinario por los mismos hechos puede iniciarse de oficio o por queja ante autoridades diferentes (oficina de control interno disciplinario y Procuraduría General de la Nación).

⁵⁵⁹ Principio del Procedimiento Administrativo en América Latina, editorial *Legis*, páginas 114 y 115.

Con respecto a lo esbozado en el párrafo anterior, esto es, a la competencia en virtud de la antigüedad de la actuación, es viable que se presenten conflictos de competencia cuando los procedimientos se tramiten ante distintas entidades públicas, para cuya resolución se aplicará el artículo 33 del CCA o el 39 del CPA. Si el conflicto se presenta al interior de una misma entidad, en nuestro concepto, lo debe dirimir el representante legal del organismo, como superior jerárquico de los funcionarios en contienda.

Es necesario precisar que la acumulación de expedientes se puede realizar al interior de una misma entidad o entre diferentes entidades y se puede hacer de oficio o a petición del interesado.

El inciso 3° del artículo 29 del CCA, contempla un desarrollo especialísimo del derecho de las personas a acceder a los documentos públicos (Artículo 74 de la Constitución Política), ya que consagra que “cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren, y de obtener copias y certificaciones sobre los mismos, que se entregarán en plazo no mayor de tres (3) días”. Obviamente, los documentos que tengan carácter de reservados, no podrán ser consultados y de ellos se elaborará un cuaderno separado. El ejercicio de este derecho de petición especialísimo sigue los lineamientos del derecho de petición de informaciones, excepto en cuanto al término para entregar los documentos a que se hizo referencia líneas atrás. Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo remite en este caso, en un todo, a los lineamientos del derecho de petición de información, incluido el término (art. 14 del CPA), por ende, en la nueva legislación el derecho de petición de información especialísimo desaparece (último inciso del artículo 36 del CPA).

Es pertinente anotar que el numeral 6° del artículo 207 del antiguo CCA, regulador del contenido del auto admisorio de la demanda en el proceso contencioso administrativo, se refiere a la solicitud de antecedentes administrativos en torno a actos administrativos acusados judicialmente. Los antecedentes administrativos a que hace referencia la norma en cuestión, son las diligencias incorporadas en el expediente del procedimiento administrativo, al cual se está haciendo referencia en este punto. Sin embargo, la nueva codificación no contempló esta solicitud (art. 171 del nuevo CPA).

2. Trámite del derecho de petición en interés general y particular

a. Duración

En este punto nos remitimos a lo expresado a propósito del elemento “pronta resolución”, sin embargo, es menester precisar lo siguiente:

- Regla general: El término es de 15 días hábiles, contados a partir del día siguiente al de la recepción de la petición (art. 6o, CCA e inc. 1º del art. 14, CPA). Sin embargo, es necesario advertir que este lapso no solo comprenderá la actuación administrativa, sino también los trámites de citación y notificación personal (si da lugar), publicación, comunicación o ejecución, según el caso, habida cuenta que el núcleo esencial del derecho de petición, tal como ya se explicó, contempla tres requisitos esenciales: la oportunidad, la respuesta de fondo y la publicitación del acto administrativo, todos los cuales deben cumplirse dentro del término anotado. Obviamente, si la administración pública realiza la citación al interesado para que comparezca a la sede de la entidad a notificarse personalmente del acto administrativo, dentro de los 15 días anotados, debe hacerlo de tal manera que el término para la notificación personal no exceda tales 15 días, en caso contrario se podría predicar vulneración al derecho de petición, pues no se publicitaría la decisión en el lapso anotado conforme a las exigencias del núcleo esencial del derecho fundamental que se estudia, por tanto, consideramos que lo constitucional y legal es que tanto la citación como la notificación personal se lleven a cabo dentro del mencionado lapso.

Como corolario sostenemos en términos prácticos, que la actuación administrativa debe durar un máximo de 5 días y dejar los últimos 10 días de que habla el artículo 6o del CCA y el artículo 14 del CPA, para la citación y si a ello hubiere lugar, la notificación personal del interesado, si se trata del derecho de petición en interés particular, o para la comunicación o ejecución y si es del caso la publicación, si se trata del derecho de petición en interés general.

Cabe aclarar lo siguiente: si las entidades públicas o los particulares que ejercen funciones administrativas, atienden público el sábado o cualquier otro día inhábil, por este solo hecho tales días no se convierten en hábiles, pues conforme al Código de Régimen Político y Municipal, los días hábiles solo son de lunes a viernes exceptuando los festivos.

Excepciones: Antes de analizar cada una de las excepciones es menester advertir que el silencio administrativo no se verá afectado con las interrupciones al término para resolver el derecho de petición, salvo que el lapso de la interrupción supere dicho término, en cuyo caso el plazo para configurar el acto presunto solo operará a partir del día siguiente en que se reanude la actuación, excepto en materia de recusaciones e impedimentos, en cuyo evento la ley contempla otra cosa, tal como se precisa más adelante. Por otro lado, en lo atinente al término para resolver el derecho de petición, lo normal es que el término se reanude una vez se supere el obstáculo pertinente, es decir, si antes de la interrupción han corrido 5 días para resolver la petición, los restantes 10 días solo se contabilizarán a partir del día siguiente de cuando finiquite el asunto que impedía continuar con la actuación.

- Lo que establezcan procedimientos especiales. Por ejemplo; la licitación pública de conformidad al pliego de condiciones y a lo establecido en el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 o en materia de reconocimiento de status pensional en virtud de lo consagrado en el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, donde la administración pública cuenta con un término máximo de 4 meses para resolver la petición⁵⁶⁰. Otro tanto se puede predicar de los casos donde se trate del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, en cuyos eventos la administración cuenta con un plazo máximo de 2 meses calendario, a partir de la presentación de la petición, para dar respuestas de fondo (art. 1º de la Ley 717 de 2001). En los casos de reconocimiento de pensiones, la administración cuenta con 6 meses para adoptar todas las medidas necesarias tendientes al reconocimiento y pago efectivo de las mesadas pensionales (Ley 700 de 2001). En lo relacionado con el silencio administrativo, en estos casos opera la regla general expuesta al inicio de este acápite de excepciones, salvo que la ley especial contemple otra cosa.
- Cuando la administración, a través de un acto administrativo de trámite y debidamente motivado, amplíe antes de vencerse el término señalado por el artículo 6to del CCA y el artículo 14 del CPA Ahora bien, respecto al término a tener en cuenta para configurar el silencio administrativo negativo, cuando se presenten este tipo de ampliaciones, en nuestro concepto, solo se afecta si la ampliación supera el plazo de 3 meses de que trata el artículo 40 del CCA, es decir, si la ampliación es superior a dicho interregno, el término para configurar el silencio administrativo negativo solo empezará a correr a partir del día siguiente del vencimiento del término para decidir de conformidad a la decisión de ampliación. Ahora, a la luz del nuevo CPA se observa que la prórroga no puede superar el doble del término inicial (parágrafo del artículo 14), lo que haría improbable que la actuación administrativa se prolongue más allá del término para configurar el silencio administrativo negativo, empero, nos remitimos a las críticas que en su momento aducimos en relación con el límite a la prórroga anotada.
- Cuando esté de por medio el acaecimiento de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del peticionario y la administración posea los elementos de juicio suficientes, deberá resolver en un término menor a los 15 días, pero, se reitera, si la situación lo amerita⁵⁶¹. Situación positivizada

⁵⁶⁰ Sobre los plazos para resolver peticiones relacionadas con el reconocimiento del status pensional ver sentencia de la Corte Constitucional SU-975 de 2003. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Así mismo se remite al lector al artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

⁵⁶¹ La Corte Constitucional ha sido clara en señalar que cuando estén de por medio situaciones de indefensión que afecten derechos fundamentales y el mínimo vital y móvil, las peticiones de las personas que se encuentren en tales situaciones deben ser atendidas de una manera especial, así: “La Corte se ha pronunciado, además, a favor de una modalidad reforzada del derecho de petición que exige a los funcionarios y servidores públicos atender de modo especialmente cuidadoso las solicitudes de aquellas personas que, por sus condiciones críticas de pobreza y vulnerabilidad social, acuden al Estado en busca de que las necesidades más determinantes de

en el artículo 20 del nuevo CPA, sin embargo, reiteramos lo que advertimos en su momento sobre la inconstitucionalidad de esta disposición al imponer una carga al peticionario en torno a la necesidad de probar la titularidad de su derecho y la configuración del perjuicio irremediable. Ahora bien, a pesar de lo expuesto en este punto, si para la administración es imposible resolver antes del término legal en estos eventos, deberá, a través de un acto administrativo de trámite, explicarle al interesado sobre la imposibilidad de contestar la solicitud antes, en caso contrario, se vulneraría el núcleo esencial del derecho de petición “pronta resolución” ya estudiado.

- La administración podrá requerir al peticionario, por una sola vez, para que aporte los documentos o informaciones que hagan falta para resolver la petición. En este evento, los términos no se iniciarán o se interrumpirán, según el caso, y se reactivarán, en el momento que se alleguen los documentos o informaciones adicionales (art. 11 y 12, CCA y 17, CPA). Es pertinente anotar que en este caso, desde nuestro punto de vista, es deber de la administración proferir un acto administrativo de trámite, ordenando la reanudación de la actuación administrativa, al día siguiente de la recepción de la documentación. Esto permite seguir el “hilo” de la actuación sin ningún traumatismo temporal. En lo atinente al término para configurar el silencio administrativo en este evento, solo empezará a correr a partir del día siguiente de que el interesado allegue los documentos o informaciones que hacían falta para resolver la petición. Es pertinente aclarar que esta figura es diferente a la establecida en el artículo 19 del CPA, pues la primera se refiere a peticiones incompletas al paso que la segunda busca aclarar peticiones ambiguas u oscuras. Aunque la lógica en relación con el Silencio Administrativo y el lapso para decidir, en este último caso, es idéntica al tópico de las peticiones incompletas, es decir, una vez se allegue el memorial aclarando la petición, a partir del día siguiente corren todos los términos de ley.
- La suspensión temporal de la actuación administrativa por prejudicialidad o previa decisión administrativa.⁵⁶² Estas situaciones son de carácter estrictamente excepcional. Aunque a la luz del nuevo CPA, este evento puede tornarse común dado que la administración pública tiene el deber de aplicar de manera uniforme las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, teniendo en cuenta la ratio decidendi de las sentencias de unificación jurisprudencial del

su mínimo vital sean atendidas”. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-542/2005 del 24, mayo, 2005, expediente D-5480.

⁵⁶² “Ahora bien, si su decisión depende de lo que deba resolverse en otra actuación judicial o administrativa, lo prudente sería suspender temporalmente la actuación administrativa hasta que se produzca la providencia correspondiente que le permita a la administración sustentar su decisión desde el punto de vista de la legalidad, la realidad fáctica, el mérito y la oportunidad”. SANTOFIMIO. Tomo III Op. cit., p 243.

Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas. Aunado a lo anterior, la obligatoriedad de la jurisprudencia también está consagrada en el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, donde se señala que la administración pública, en materia laboral, de responsabilidad extracontractual, y de tributario o aduanero, debe acatar los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos⁵⁶³. Por ende, sería viable, si no hay de por medio premura por el eventual acaecimiento de un perjuicio irremediable sobre derechos fundamentales, esperar el pronunciamiento de la máxima corporación de lo contencioso administrativo en estos casos (artículo 10o del CPA).

Aún más, se puede predicar que la primera parte del artículo 10o del nuevo CPA se refiere al precedente administrativo, por tanto, la administración pública estaría obligada a acatar sus decisiones de manera homogénea, salvo razones que obliguen a apartarse de los precedentes⁵⁶⁴, por seguridad jurídica, igualdad y confianza legítima, por tanto, podría suspenderse una actuación administrativa si la misma se adelanta por un asunto relacionado con otro ventilado en otra actuación administrativa que está por decidirse. Es pertinente anotar en este momento que el asunto del precedente administrativo no es nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, ya el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 lo consagró en relación con las decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio para sus competencias administrativas, esto es, los actos administrativos relativos a las materias de prácticas comerciales restrictivas, integraciones empresariales y aquellas prácticas de competencia desleal en donde la Superintendencia ejerce

⁵⁶³ Aunque el artículo 114 de la Ley 1395 de 2010 será derogado cuando entre en vigencia el nuevo CPA, para los procedimientos administrativos que se inicien bajo su regulación (art. 309 del CPA).

⁵⁶⁴ A nivel judicial se exige una justificación suficiente y razonable para apartarse del precedente judicial horizontal o vertical que satisfaga las cargas de transparencia y argumentación (Sentencia C-037/96). El Juez se puede apartar del precedente en estos casos: disanalogía, indeterminación del precedente, *ratio decidendi* y *obiter dictum* o cambio de jurisprudencia por tránsito *Legislativo* o metamorfosis social. En armonía con lo expuesto, la Corte Constitucional advierte que apartarse del precedente de una manera justificada no constituye una vía de hecho, porque procura el avance social, la evolución en las teorías jurídicas y obedece a los cambios generacionales en las altas cortes y a las nuevas visiones legales (Corte Constitucional, Sentencia SU-26 de enero 25 de 2012, Magistrado ponente Humberto Sierra). Podría pensarse que estas mismas causales se podrían aplicar en sede administrativa, sin embargo, la Corte Constitucional ha sido enfática en afirmar que tal potestad es más restringida para la administración pública, toda vez que si no existe duda en la sub regla extraída de la línea jurisprudencial, debe ser atendida sin excusa, pues el principio de legalidad así lo exige (art. 6º de la C.P.). Veamos lo que expone sobre el particular la máxima autoridad de la jurisdicción constitucional: “No sucede lo mismo cuando se trata de autoridades administrativas. En este caso, habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. Ello en el entendido que la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administración”. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C-634 (24, agosto, de 2011). Magistrado Revista de jurisprudencia y doctrina. Diciembre de 2011, p. 2284 – 2302.

vigilancia administrativa⁵⁶⁵. Así mismo podría agregarse en este tópico que no acatar el precedente administrativo, sin justificación alguna, sería una causal de nulidad del acto administrativo respectivo por atentar contra principios constitucionales (igualdad, buena fe, imparcialidad, confianza legítima, seguridad jurídica).

El acto administrativo de trámite que suspenda la actuación en estos eventos, deberá estar debidamente motivado, so pena de vulneración del derecho de petición. Por ejemplo, si se presenta un derecho de petición en interés general con el objeto de que se profiera acto administrativo de apertura de una licitación pública para la construcción de una carretera. Si la intención es resolver favorablemente lo requerido, será necesario esperar a que se apruebe el presupuesto de la entidad, si aún no se ha aprobado, que disponga de una apropiación suficiente que permita la expedición de un certificado de disponibilidad presupuestal, para la construcción de una carretera de la magnitud que estuviere exigiendo el peticionario (artículo 71 del Decreto 111 de 1996, inciso 3°). Es necesario advertir que cualquier actuación posterior a la suspensión de la misma, hace que la misma se reanude automáticamente sin necesidad de auto que lo ordene, habida cuenta de que la suspensión no puede operar a medias. Finalmente, en este punto es necesario advertir que el término para que opere el silencio administrativo también se verá afectado si el lapso de interrupción supera el término para configurar el acto presunto, en cuyo caso, el término se reiniciará una vez se reanude la actuación administrativa.

- Recusaciones e impedimentos (artículo 30 del CCA y artículo 12 del CPA). Señala el último inciso del artículo 12 del CPA que “la actuación administrativa se suspenderá desde la manifestación del impedimento o desde la presentación de la recusación, hasta cuando se decida. Sin embargo, el computo de los términos para que proceda el silencio administrativo se reiniciará una vez” vencido el plazo de diez días para resolver la recusación o el impedimento. En este evento vemos como el legislador afecta el lapso del silencio administrativo independientemente de que el trámite del impedimento o la recusación supere los tres meses, por tanto, es una excepción a la regla general planteada al inicio de este acápite de excepciones.
- Decreto de nulidades procesales (artículo 3° del CCA, figura aplicable a la luz del nuevo CPA, dado que el principio de eficacia se mantuvo incólume –artículo 3° del CPA). En estos casos la figura del silencio administrativo no se puede ver afectada, dado que el interesado no puede correr con

⁵⁶⁵ Este artículo fue declarado exequible de manera condicionada, en el entendido que la doctrina probable administrativa no se extiende a las atribuciones jurisdiccionales. Sin embargo, la Corte Constitucional, señaló que no existe una prohibición constitucional para que a través de la ley, se establezca la figura de la doctrina probable de carácter administrativo. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-537 de junio 30 de 2010.

las consecuencias que generan las irregularidades en que incurre la administración.

- Conflictos de competencia (artículo 33 del CCA y artículo 39 del CPA). En este caso, el término para configurar el silencio administrativo no se verá afectado, salvo que se supere el lapso legal para configurar el acto presunto sin que se emita la respuesta de la petición respectiva, en cuyo caso, dicho término solo empezará a correr a partir del día siguiente en que culmine el trámite del conflicto de competencias. El último inciso del artículo 39 del CPA, señala expresamente que mientras se resuelve el conflicto, el término señalado para resolver el derecho de petición se suspende.
- Cuando se necesita auscultar de manera dispendiosa los archivos de la entidad para hallar documentos necesarios con el objeto de resolver lo pedido, o solicitar documentos a otra entidad con el mismo fin, tal como lo consagran los artículos 10o y 20 del CCA y lo disponen el numeral 4º del artículo 9º del CPA y el artículo 30 del mismo código y, siempre y cuando la recepción e incorporación de tales documentos al expediente no se genere dentro del término que tiene la administración para resolver. En estos eventos se aplicaría el artículo 6º del CCA y el parágrafo del artículo 14 del CPA

Sobre lo anterior se deben hacer las siguientes precisiones:

- El artículo 11 del CCA y el inciso primero del artículo 17 del CPA no se pueden confundir con el artículo 12 del CCA y el inciso segundo del artículo 17 del CPA, ya que el primero se aplica cuando la petición se presenta incompleta, porque le faltan algunos de los requisitos necesarios para poder tramitarla (Ver artículo 5o del CCA y artículo 16 del CPA), ante lo cual, el funcionario respectivo le advierte al interesado en el acto o dentro de los 10 días siguientes a la fecha de radicación, tal irregularidad, precisándole que es necesario que la complete. Si a pesar de las falencias advertidas en el momento de la presentación del escrito, el peticionario insiste en su radicación en el acto, así lo deberá hacer el funcionario, haciendo la salvedad respectiva por escrito y, por lo tanto, no habrá trámite hasta que se corrijan las mismas. En ocasiones se exige la radicación de la petición para evitar situaciones jurídicamente perjudiciales, como sería el caso de una prescripción en materia de prestaciones periódicas. Por otro lado en el artículo 12 del CCA y en el inciso segundo del artículo 17 del CPA, se establece el caso consistente en que se detectan las falencias cuando la actuación ya se está adelantando. Es pertinente anotar que ambos requerimientos son viables en una actuación administrativa y no se excluyen entre sí.

- Para evitar lo expuesto en el punto anterior, el artículo 10o del CCA y el numeral 5° del artículo 8° del CPA, preceptúan que si se trata de requisitos especiales o documentos específicos para impetrar el derecho de petición, se deben fijar en un lugar público de la entidad y publicarse en la página electrónica respectiva, aunado a lo anterior y en concordancia con el inciso 9o del artículo 5o y el inciso 4° del artículo 15 del CPA, se podrán realizar formularios que faciliten la elaboración de la petición a los interesados.
- En procura de proteger el debido proceso del administrado, la administración no podrá requerir al mismo para que aporte documentos que ella misma posea (Inciso 2o, artículo 10o, CCA y numeral 4° del artículo 9° del CPA) o pueda obtener a través de requerimientos a otras autoridades públicas. Recordemos que de conformidad con el artículo 20 del CCA y artículo 30 del CPA, las autoridades públicas podrán requerir a otras autoridades la documentación necesaria para el cabal ejercicio de sus funciones. Sumado a lo anterior, el artículo 16 del Decreto 2150 de 1995, modificado por el artículo 14 de la Ley 962 de 2005 señala de manera categórica lo siguiente: “Solicitud oficiosa por parte de las entidades públicas: Cuando las entidades de la administración pública requieran comprobar la existencia de alguna circunstancia necesaria para la solución de un procedimiento o petición de los particulares, que obre en otra entidad pública, procederán a solicitar oficialmente a la entidad el envío de dicha información”. El inciso tercero de la disposición en mención señala que las entidades públicas deben atender las peticiones de las otras entidades en un término no mayor de 10 días, término ratificado en el artículo 30 del CPA. Obviamente este artículo se aplica cuando las entidades están en un plano de igualdad, en caso contrario se aplican las reglas generales. Por otro lado, las entidades públicas no podrán solicitar que se cumplan requisitos ya cumplidos anteriormente, como certificaciones que ya reposan en los archivos de la entidad (Ver: artículo 14 del Decreto 2150 de 1995, modificado por el artículo 11 de la Ley 962 de 2005). Obviamente, si se trata de documentos que reposan en otras entidades públicas y que por ley solo pueden ser solicitados por el directamente interesado, la entidad pública que debe resolver la petición se verá exonerada de oficiar a dichas entidades, pues es una carga impuesta por el legislador al usuario, el cual deberá completar su solicitud conforme a lo expuesto en el artículo 17 del CPA. No sobra señalar que dicha carga deberá ser razonable y proporcionada al tipo de información que se solicita y el fin para el cual se requiere, en caso contrario sería inconstitucional la medida legislativa, porque vulneraría el derecho fundamental de petición y, por ende, deberá ser inaplicada por el operador administrativo. Sin embargo, consideramos que con el advenimiento del párrafo del artículo 9° del Decreto-Ley 0019 de 2012 (Ley antitrámites),

ya no resulta viable exigirle al interesado que obtenga documentos que reposen en otras entidades públicas y, por ende, se podría entender que las leyes que regulen tal exigencia se entienden derogadas, máxime si tenemos en cuenta que la reserva no es oponible a las autoridades públicas cuando piden información en ejercicio de sus funciones.

- Si el funcionario encargado de resolver la petición, deja transcurrir más de los 15 días referidos sin resolver lo solicitado, sin justificación alguna, se verá inmerso en una causal de mala conducta o configurará una falta gravísima y dará lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con la Ley disciplinaria (art.7o, CCA y art. 31, CPA), sin perjuicio de la acción de tutela que podrá ser perfectamente impetrada por el interesado.

b. Los Terceros: Pueden ser necesarios (determinados e indeterminados) u obligatorios

Terceros necesarios:

- Determinados: Se citarán a la dirección que se conozca a través de correo certificado, si no hay otro medio más eficaz (como el fax o el correo electrónico o la entrega personal, siempre que de ello se deje constancia en el expediente y se tenga certeza de que recibió la citación). El correo certificado tiene como virtud que se expide una constancia de recibido. En el acto de citación se dará a conocer claramente el nombre del peticionario, si lo hubiere, y el objeto de la petición (inc. 2o, art. 14 CCA e inc. 1º, art. 37 CPA). En caso de que la citación resulte muy costosa o fuera imposible realizarla (el interesado vive fuera del país o en un sitio de difícil acceso), se hará una publicación donde conste el objeto de la petición en la Gaceta o periódico que tuviere la entidad, o en una publicación de amplia circulación nacional o local, según el caso (art. 15, CCA). Este evento fue modificado ligeramente por el nuevo CPA, pues en el inciso segundo del artículo 37, se señaló que si no es posible la comunicación, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local según el caso, o a través de cualquier otro medio eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados, sin circunscribir el asunto a una publicación, como ocurría en la codificación del CCA Esta solución también es factible cuando el particular no suministra la dirección (numeral segundo del artículo 5o y numeral 2º del artículo 16 del CPA), con el objeto de que mediante la publicación o el otro medio eficaz, se le solicite al interesado que allegue la dirección, para poder llevar a cabo citaciones y notificaciones durante el trámite del proceso, empero, en este caso el valor de la publicación o del otro medio eficaz, si lo generase, corre a cargo de la administración por no

aplicar el artículo 11 del CCA o el inciso primero del artículo 17 del CPA y en cumplimiento del principio de celeridad.

- Indeterminados: Se convocan a través de publicación o de otro medio masivo de comunicación local o nacional, según el caso, o por otro mecanismo eficaz, donde conste la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que pueda constituirse como parte y hacer valer sus derechos, en las mismas condiciones de cuando se hace imposible la comunicación para terceros determinados o es muy costosa. Para estos efectos debe entenderse por medio eficaz un mecanismo de publicitación de consulta asidua y masiva. De todas las actuaciones que se realicen en el sentido expuesto en este punto debe dejarse constancia escrita en el expediente (inciso segundo del artículo 37 del CPA). Ejemplos de actuaciones administrativas donde opera esta modalidad de vinculación son: los censos para precisar una específica población, como es el caso de vendedores ambulantes de determinado sector de la ciudad, o los concursos donde se convoca a todos los interesados que quieran participar al interior de los mismos.

Terceros obligatorios:

Son aquellos que deben ser vinculados a una actuación administrativa de manera obligatoria en virtud de disposición legal. Ejemplos los encontramos en la obligada intervención de las comunidades negras o indígenas en trámites administrativos relativos a asuntos ambientales⁵⁶⁶, y en materia urbanística en las obligadas convocatorias a los colindantes de aquellos predios vinculados a proyectos de construcción, cuando de aprobar las licencias respectivas trata.⁵⁶⁷ El artículo 46 del CPA se refiere a este tipo de terceros cuando establece “Cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar”, por expedición irregular en nuestro concepto.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha señalado que la consulta previa a comunidades indígenas o negras no es obligatoria para tomar medidas transitorias justificadas.

⁵⁶⁶ Un caso que ejemplifica la consulta previa fue establecido por la Corte Constitucional al declarar exequible la Ley 1458 del 2011, que aprobó el Convenio Internacional de Maderas Tropicales del 2006, dado que le ordenó al Gobierno hacer una declaración interpretativa al momento de la ratificación. Dicha declaración interpretativa consiste en advertir que cuando se adopten medidas *Legislativas* o administrativas, acciones, planes, programas o proyectos en el marco del Convenio, se deberá respetar plenamente el derecho a la consulta previa. Cfr: CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-196 de marzo 14 de 2012, Magistrado Ponente: María Victoria Calle.

⁵⁶⁷ SANTOFIMIO. *Op. cit.*, p. 224.

Por ejemplo: en un caso estudiado por la corporación, la medida consistió en el traslado transitorio de los miembros de unas comunidades indígenas de la administradora del régimen subsidiado de salud (ARS) a la que estaban adscritos. En dicho caso, el Consejo no anuló el acto administrativo que ordenó el traslado, pues se trató de una situación transitoria y urgente que garantizaba la atención en salud de las comunidades, además que no afectaba la identidad étnica de sus integrantes, aunado a que dicha medida no iba dirigida con exclusividad al grupo indígena sino a un grupo poblacional más amplio.⁵⁶⁸

La Corte Constitucional estableció las reglas en materia de consulta previa a minorías étnicas⁵⁶⁹, así:

- La consulta deberá agotarse en todos los casos de intervención sobre las tierras de propiedad de las minorías, y no solo para los casos de grave afectación.
- La consulta no es solamente previa, también es posterior. Esto significa que las comunidades tendrán el derecho a participar, intervenir y decidir durante la ejecución de los proyectos económicos o de infraestructura.
- La consulta debe realizarse desde la misma concepción del proyecto, desde sus fases de planeación y factibilidad.
- Por tratarse de un derecho fundamental, los jueces de tutela pueden decidir si los proyectos se suspenden o se ejecutan.
- Los beneficios de las explotaciones económicas en los territorios étnicos también cobijan a las comunidades.

La Corte Constitucional ha precisado que el derecho a la consulta previa no solo es de uso exclusivo de minorías. En efecto, aclara que cuando se trate de grandes proyectos de infraestructura con incidencia en el ambiente, es necesario garantizar la participación de la comunidad involucrada, así no se trate de aquellas comunidades que han sido consideradas como titulares del derecho fundamental a la consulta previa. En el caso analizado, la Corte amparó los derechos a la participación, alimentación, trabajo, libertad de escoger profesión u oficio y

⁵⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 11001032400020040021400 de diciembre de 2010, Consejera Ponente: María Claudia Rojas.

⁵⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-129 de marzo 3 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacio. El fundamento normativo de la consulta previa lo encontramos en la Ley 21 de 1991 que aprobó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que le exige consultar a los pueblos, a través de sus instituciones representativas y siguiendo un procedimiento apropiado, cuando se prevean medidas Legislativas o administrativas que los afecten directamente, para llegar a un acuerdo u obtener su consentimiento. Además, las leyes 70 y 99 de 1993 consagran el deber de consultar a las comunidades en ciertos eventos, y el Decreto 1320 de 1998 regula este requisito, en los casos de explotación de recursos naturales. Por su parte, la Presidencia de la República expidió la Directiva 1 del 2010, que señala las situaciones que deben ser o no consultadas y los mecanismos para adelantar el proceso correspondiente.

dignidad humana de los miembros de la Asociación de Pescadores de las Playas de Comfenalco. Los accionantes consideraron en riesgo estos derechos, como consecuencia de la construcción del proyecto Anillo Vial Malecón de Crespo, en Cartagena.⁵⁷⁰

En el artículo 38, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo consagra los eventos que pueden dar lugar a la existencia de terceros interesados en intervenir en la actuación administrativa, con los mismos derechos, deberes y responsabilidades de quienes son parte interesada, así:

- Cuando hayan promovido la actuación administrativa sancionatoria en calidad de denunciantes, resulten afectados con la conducta por la cual se adelanta la investigación, o estén en capacidad de aportar pruebas que contribuyan a dilucidar los hechos materia de la misma.
- Cuando sus derechos o su situación jurídica puedan resultar afectados con la actuación administrativa adelantada en interés particular, o cuando la decisión que sobre ella recaiga pueda ocasionarles perjuicios.
- Cuando la actuación haya iniciado en interés general.

Se resalta del párrafo de la disposición anotada lo siguiente: la intervención de los terceros interesados se debe realizar a través de derecho de petición, de conformidad a los lineamientos contemplados en el artículo 16 del CPA, sin importar si los mismos acuden al procedimiento administrativo en virtud de comunicación o por iniciativa propia.

Finalmente, si la administración pública impide la participación de un tercero a través de un acto administrativo de trámite, esta decisión debe ser notificada en debida forma y el tercero tendría derecho a interponer recursos contra ella y, si es del caso, a ejercer la acción judicial pertinente, pues en relación con él tal decisión le está dando por terminada la actuación administrativa de manera anticipada.

c. Desistimiento

Existen dos clases de desistimiento en las actuaciones administrativas, el expreso y el tácito, así:

- El expreso: Se encuentra consagrado en el artículo 80 del CCA y 18 del CPA, y consiste en un escrito en donde se expresa la voluntad de no continuar con la actuación. El desistimiento expreso se puede realizar en cualquier momento de la actuación administrativa. Empero, la administración podrá seguir la actuación

⁵⁷⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-348 (15,05,2012)

de oficio por razones de interés general, a pesar de la mencionada renuncia, cuya decisión la deberá determinar a través de un acto administrativo de trámite debidamente motivado que se le deberá comunicar al interesado. Un ejemplo de estos casos se daría cuando se solicita el otorgamiento de una licencia de construcción y antes de que sea otorgada se desiste de tal petición. En este evento la administración podrá continuar con el trámite de otorgamiento de la licencia, con el objeto de adelantar y finiquitar el estudio de viabilidad de la construcción, debido a que la obra, en caso de construirse, tendría un impacto positivo en la comunidad. Por otro lado, el acto administrativo de trámite, que acepta el desistimiento y, por ende, pone fin a la actuación administrativa, debe estar motivado y debe ser notificado en debida forma porque contra él procede la vía gubernativa y la vía jurisdiccional (art. 35 y último inciso del art. 50, del antiguo CCA y art. 43 del CPA). Si se acepta el desistimiento, esto no es impedimento para que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales. Esta es una diferencia ostensible con el proceso judicial, pues en este escenario el desistimiento hace tránsito a cosa juzgada e impide que se incoe una nueva demanda por los mismos hechos, con las mismas pretensiones y donde se ventile una controversia entre las mismas partes. Éste desistimiento también se puede formular de manera verbal, en cuyo caso se deberá extender un acta que dé cuenta del mismo, para que repose en el expediente.

- **Tácito:** Se da en dos eventos, así:

- Se puede dar cuando el peticionario no allega los documentos o las informaciones de que hablan los artículos 11 y 12 del CCA o los incisos primero y segundo del artículo 17 del CPA, dentro de los dos meses siguientes al requerimiento de conformidad al CCA o dentro del mes siguiente al requerimiento de acuerdo con el CPA, en cuyo caso se entenderá que el peticionario desiste en su pretensión y como consecuencia se archiva el expediente (art. 13, CCA y último inciso del art. 17 del CPA), salvo que el interesado pida prórroga hasta por un término igual, aunque cabe aclarar que en este caso el nuevo CPA limita el número de prórrogas que se pueden solicitar a solo una, pues no otra cosa significa la expresión “hasta por un término igual” que trae la norma que se comenta en su tenor literal (Inciso tercero del artículo 17 del CPA). Si se declara el desistimiento, esto no es un obstáculo para que el particular pueda presentar un nuevo derecho de petición sobre el mismo asunto con el lleno de los requisitos legales, siempre y cuando el derecho que busca que se le reconozca no se encuentre prescrito, lo que implicaría una decisión desfavorable, o que la administración haya decidido continuar el trámite de oficio; decisión que debe ser comunicada al interesado (art. 8 y 9, del CCA

y 18 del CPA). En este último caso, si la administración expidió un acto administrativo en firme con ocasión de la actuación continuada de oficio a pesar del desistimiento, un nuevo derecho de petición implicaría en la práctica un recurso extraordinario de revocatoria directa, siempre y cuando la anotada decisión fuere desfavorable a los intereses del peticionario que en principio desistió. Por otro lado, es pertinente anotar que en este evento se debe proferir un acto administrativo de trámite debidamente motivado que declare la configuración del desistimiento y ordene el archivo del expediente, con el objeto de que se pueda recurrir y si es del caso demandar ante la jurisdicción contenciosa (art. 35 y último inciso del art. 50 del CCA y artículo 43 del CPA). Para esta situación, el último inciso del artículo 17 del CPA, señala que contra esta decisión cabe únicamente recurso de reposición.

- También se puede ocasionar cuando se trata de realizar las citaciones o publicaciones de que tratan los artículos 14 y 15 del CCA y no se cubre el valor o costo de tales citaciones o publicaciones, por el peticionario, dentro de los cinco (5) días siguientes a la orden de realizarlas, orden que debe cumplir la administración, previa consignación del valor correspondiente (art. 16, CCA). Este término solo empezará a correr a partir del día siguiente que se le comunique al interesado la mencionada orden. Su configuración debe declararse a través de acto administrativo en los términos y por las razones anotadas en el punto anterior. Ahora bien, esta forma de desistimiento no fue contemplada en el nuevo CPA, tal vez, porque la norma no establece que la citación a terceros corra de cuenta del peticionario o interesado (artículo 37 del CPA), por tanto, bajo la égida del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, la comunicación a terceros debe ser sufragada en su totalidad por la administración pública.

d. Impedimentos y Recusaciones

(Art. 30, CCA y 11 del CPA) En desarrollo del principio de imparcialidad, se aplicarán en las actuaciones administrativas, las causales de impedimento o recusación contempladas en el artículo 150 del CPC o en el artículo 11 del CPA, dependiendo de cuál sea la normativa bajo la cual se esté tramitando el procedimiento administrativo y, además cuando el funcionario competente haya hecho parte de listas de candidatos a cuerpos colegiados de elección popular inscritas o integradas también por el interesado, a la cual el nuevo CPA le agregó que dicha causal se configure en el período electoral coincidente con la actuación administrativa o en alguno de los dos períodos anteriores, o que el funcionario competente haya sido recomendado por el interesado para llegar al cargo que

ocupa o que el interesado haya sido designado por el funcionario como referencia con el mismo fin (numerales 14 y 15 del artículo 11 del CPA). Es pertinente anotar que estas últimas causales consagradas en el Código Contencioso Administrativo y reiteradas en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, carecen de técnica legislativa, debido a que no resultan precisas y, por el contrario, son ambiguas, oscuras, demasiado abiertas, en fin, atentatorias contra el principio de la seguridad jurídica.⁵⁷¹ Aunque el nuevo CPA limitó la causal contemplada en el numeral 14 del art. 11 en el tiempo, lo que la hace más concreta, sin embargo, la contemplada en el numeral 15 de la misma codificación sigue igual de indeterminada, pues una recomendación en una hoja de vida puede aparecer sin una previa constatación de quien recomienda.

Procedimiento: (art. 30, CCA y 12, CPA).

- Acto administrativo debidamente motivado que se le comunica al interesado, donde se especifique la causal de impedimento.
- Tal acto administrativo, deberá expedirse dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se comenzó a conocer el asunto o dentro de los tres días siguientes si estamos en presencia de la nueva codificación.
- El expediente, junto con el acto administrativo, se envía al superior, o si no lo tuviere, a la cabeza del respectivo sector administrativo. A falta de todos los anteriores, al Procurador General de la Nación cuando se trate de autoridades nacionales o del Alcalde Mayor del Distrito Capital, o al Procurador Regional en el caso de las autoridades territoriales, para que dentro de los 10 días a la recepción, se decida sobre la viabilidad del impedimento y, en el evento de su procedencia, designen al servidor competente y, en caso de imposibilidad en su elección por agotarse el número de servidores públicos competentes, uno ad-hoc. En el mismo acto ordenará la entrega del expediente.
- Resuelto el impedimento, el expediente deberá pasar al funcionario designado para que asuma el conocimiento y resuelva el asunto.
- En cualquier momento procesal, el interesado o cualquier persona, podrá recusar al funcionario, o en el evento en que aparecieren terceros determinados u otra causal que le impida conocer el asunto, el funcionario debe declararse impedido.
- Cuando cualquier persona presente una recusación, el recusado manifestará si acepta o no la causal invocada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su formulación. Vencido este término, se seguirá el trámite señalado para los impedimentos.

⁵⁷¹ “En nuestra opinión, se trata de causales que pueden dejar abiertas las puertas a la inseguridad jurídica”. SANTOFIMIO. Tomo III. Op. cit., p. 237.

- De la recusación, resolverá el superior inmediato o el procurador regional y, si procede, podrán separar al funcionario del conocimiento.
- En caso de que el servidor público incurso en alguna causal de impedimento o recusación, deje el cargo respectivo, el nuevo servidor público asumirá la actuación administrativa en el estado en que se encuentre y separará de la misma al funcionario que hubiere sido nombrado para el efecto.
- El trámite de un impedimento o recusación suspenderá los plazos para decidir o para que opere el silencio administrativo. Plazos que deben reanudarse, desde nuestra óptica, al día siguiente en el que se reciba nuevamente el expediente por parte del funcionario que se declaró impedido o fue recusado, en caso de que se declare improcedente el impedimento o la recusación, o cuando lo reciba el nuevo funcionario, en caso de que se declare procedente el impedimento o la recusación. Esta posición se encuentra ratificada en el último inciso del artículo 12 del CPA y agrega que de todas maneras se reinicia el conteo de los términos para configurar el silencio administrativo cuando se cumple el plazo de los diez días para decidir el impedimento o la recusación (la norma habla del inciso 1º del art. 12, empero, en realidad es el inciso 2º de dicho artículo). Consideramos que reiniciar los términos sin que se resuelva el impedimento o la recusación dentro del término legal, es un castigo para la administración negligente que no cumple con los principios de eficiencia, eficacia y economía que gobiernan las actuaciones administrativas, por tanto, vemos que se quedó corto el legislador al no contemplar dentro del recuento automático, el término para resolver la petición. El trámite de las recusaciones e impedimentos debe ser prioritario, porque está en juego el derecho de petición y el debido proceso administrativo.
- Es pertinente anotar que el funcionario que se designe para continuar con el trámite del procedimiento administrativo, debe proferir un acto administrativo de trámite avocando el conocimiento, el cual debe ser puesto en conocimiento del interesado y a partir del día siguiente de la expedición y publicación de dicho acto, se reanudarán los términos para decidir y configurar el silencio administrativo.

e. Nulidades Procesales en las actuaciones administrativas

En virtud del principio de eficacia, consagrado en el artículo 3o del CCA y 3º del CPA, las autoridades administrativas podrán remover de oficio o a petición de parte las irregularidades meramente accidentales que afecten la actuación administrativa y decretar nulidades, cuando se transgredan el debido proceso y el derecho de defensa del interesado, con el objeto de evitar decisiones inhibitorias, por ejemplo, cuando se practican pruebas en la actuación administrativa sin citar al interesado.

Las nulidades que se decreten no afectarán las pruebas legalmente recaudadas, en procura de proteger el debido proceso del administrado (art. 29, CP), sin embargo, ocasionarán que se repita la actuación afectada, con el objeto de extirpar la irregularidad, retro trayendo los términos, de conformidad al tiempo que se hubiere utilizado o empleado, hasta el momento en que se profirió el acto o practicó la diligencia que violó el debido proceso. Sin embargo, esta consecuencia no necesariamente es imprescindible, pues el operador administrativo cuenta con poderes discrecionales amplios en este ámbito, por tanto, puede considerar que no es necesario retrotraer y basta corregir simplemente, siempre y cuando, no se vulnere el debido proceso y el derecho de defensa del afectado.

Es pertinente anotar que en esta materia no hay una enumeración taxativa de las causales de nulidad, como si acontece en el *Código de Procedimiento Civil* con su artículo 140 o en el *Código General del Proceso* con su artículo 133, por tanto, son mucho más amplias las posibilidades de advertir y manifestar nulidades procesales. Sin embargo, el servidor público deberá tener mucho cuidado con la aplicación de estas medidas, porque en ningún evento podrán ser utilizadas para violentar los principios de la función administrativa consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, ni para transgredir el principio del debido proceso establecido en el artículo 29 de la carta magna. En caso que el servidor público utilice de manera indiscriminada y sin ninguna justificación la figura de las nulidades procesales, podrá verse inmerso en procesos disciplinarios (artículo 7 del CCA y 31 del CPA), sin perjuicio de la eventual acción de tutela a que hubiere lugar. Recordemos que el numeral 10° del artículo 9° del CPA, prohíbe a las autoridades públicas demorar injustificadamente la producción del acto o su comunicación o notificación.

Se reitera, no toda irregularidad genera nulidad. Sería absurdo que por una citación dirigida a la dirección correcta y con recepción efectiva del peticionario, se declare la nulidad de la misma por un error ortográfico en el nombre del citado. Es un error accidental que se puede corregir en el futuro, redactando el nombre en forma correcta, en los demás escritos que se dicten o en las demás diligencias que se celebren. Estos errores formales pueden ser corregidos sin ningún trámite o rigorismo y a diferencia de las nulidades procesales, son errores que pueden ser subsanados después de la expedición del acto administrativo que culmina la actuación administrativa (art. 45 del CPA).

Además, estas nulidades se pueden sanear por el trascurso del tiempo o la aquiescencia del interesado, como sería el caso de que la citación para comparecer al proceso se enviara a la dirección equivocada y sin embargo el interesado arribará efectivamente al mismo, o el caso de que se cite al mero

tenedor pensando que es el propietario pero durante el trámite administrativo adquiera la propiedad por compra.

Al tratarse de irregularidades que la administración comete y que debe sanear a través de la figura de la nulidad, el administrado no puede correr con las consecuencias que se generen en la dilación del término para decidir, por ende, la figura del silencio administrativo no se verá afectada por las nulidades que se declaren durante el trámite de una petición. Sin embargo, si serán una justificación en el caso de la vulneración del derecho de petición, en el eventual proceso judicial por tutela, pues tales nulidades buscan proteger otro derecho fundamental de igual jerarquía que el de petición, el debido proceso.

En lo atinente a los términos para resolver el derecho petición, obviamente se ven afectados porque la actuación se retrotrae y, como consecuencia, el lapso para decidir vuelve a contabilizarse desde el punto donde se detectó la irregularidad.

Finalmente cabe anotar que la declaratoria de nulidad por irregularidades que la ameriten, se debe declarar en la actuación administrativa, pues en vía gubernativa, la misma se discute y si es del caso se sana, a través del ejercicio de los recursos contra la decisión de fondo emitida. Sobre la facultad de decretar nulidades y remover obstáculos que impidan resolver de fondo o con garantía del debido proceso, el artículo 41 del CPA, consagra: La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho y adoptará las medidas necesarias para concluirarla.

3. Trámite del derecho de petición de informaciones

Se deben atender los siguientes presupuestos:

a. Término

Es de diez días, contado a partir del día siguiente a la recepción de la solicitud, siguiendo los lineamientos expuestos por el artículo 6° del CCA y el numeral 1° del artículo 14 del CPA. Transcurrido este término, sin que la administración se hubiere pronunciado y notificado de tal pronunciamiento, se entenderá que la respuesta es positiva (Silencio Administrativo Positivo) y, por ende, dentro de los tres días siguientes se deberá proceder a entregar la documentación o permitir acceder a los archivos de la entidad, sin la exigencia de ningún requisito adicional por parte de la administración pública con respecto al peticionario⁵⁷². En caso

⁵⁷² “También es contrario al Derecho constitucional de petición, tratándose de la protección inmediata de su

contrario, el servidor público competente, se verá inmerso en una sanción disciplinaria equiparable con la pérdida del empleo- destitución- a la luz de la antigua codificación (art. 22, *Código Contencioso Administrativo*) o incurrirá en una conducta tipificable como falta gravísima conforme al nuevo *Código de Procedimiento Administrativo* (art. 31), sin perjuicio de la acción de tutela a que hubiere lugar, ya que el hecho de no ejecutar el acto administrativo, equivale a no publicitarlo en estos eventos, y por ende se vulnera el núcleo esencial del derecho de petición⁵⁷³.

Es importante aclarar que este término está sometido a las mismas excepciones que ya fueron explicadas en su momento, cuando abordamos el término para resolver derechos de petición en interés general o interés particular.

El acto administrativo que resulta del ejercicio del derecho de petición de informaciones, cuando se resuelve positivamente, es un ejemplo de un acto administrativo que tiene como manera de publicitarse la ejecución (recordemos que las formas en que se publicitan los actos administrativos son: la publicación, la notificación, la comunicación y la ejecución). Por tanto, la citación que la entidad pública envía a la dirección del peticionario para que comparezca por la información solicitada, es un acto administrativo de trámite perteneciente a la etapa de publicitación de la decisión, que culmina con la entrega de la información solicitada, o el permiso para acceder a ella, sin perjuicio de que el interesado comparezca por la información o para acceder a los archivos o instalaciones de la entidad, sin que medie citación alguna. Es importante aclarar que si el peticionario no comparece dentro del término de los tres días a que se ha hecho referencia en este párrafo, esto no quiere decir que la administración pública pierda competencia para entregar o permitir el acceso a la información. Por tanto, el interesado podrá comparecer en un momento posterior a dicho lapso y la administración pública deberá hacer efectivo el silencio administrativo positivo, salvo que el acto administrativo presunto haya perdido fuerza ejecutoria o se haya revocado en sede administrativa o anulado en sede judicial.

núcleo esencial, exigir luego de consumado el silencio administrativo especial a que se refiere el artículo 25 de la Ley 57 de 1985, otros requisitos adicionales a la simple solicitud de entrega de las copias, su entrega debe tener lugar dentro de los tres (3) días inmediatamente siguientes, sin necesidad –contrariamente a lo que supone el fallador de segunda instancia– de protocolizar la constancia de la solicitud presentada o declaraciones juramentadas sobre la no contestación (art. 42 CCA), requisitos contrarios al procedimiento especial y perentorio del derecho a obtener copias, así como violatorios de la presunción de buena fe en las actuaciones ante las autoridades (Carta Política art. 83)”. COLOMBIA. Corte Constitucional, Sentencia T-464, (16, 07, 1992).

⁵⁷³ “Si dentro de los tres (3) días siguientes a la consumación del silencio administrativo positivo, no se entregan las copias del correspondiente documento – como lo ordena el artículo 25 de la Ley 57 de 1985– se vulnera por la autoridad el derecho fundamental a la obtención de la copia del respectivo documento público, derecho este derivado, como se explicó, del derecho fundamental de petición y que necesariamente se integra, por mandato constitucional y legal, a su núcleo esencial”. Ibid.

Lo anotado anteriormente, consideramos, es perfectamente aplicable *mutatis mutandi*, en el derecho de petición de información especialísimo, contemplado en el inciso 3° del artículo 29 del CCA, empero, en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo la situación no se altera, pues el derecho de petición de información relacionado con expedientes administrativos, se aviene a las reglas generales de este tipo de solicitudes.

Por otro lado, se reitera lo explicado cuando analizamos el derecho de petición de información en su parte sustancial, en el sentido de que el derecho de petición de información no solo es para pedir simples copias de escritos, sino todo tipo de información que repose en los archivos o dependencias de las entidades públicas o que, en general, tengan en sus manos. Por tanto, procede para solicitar constancias, certificaciones, compendios, fotografías, diskettes, CD, videos, etc.

b. Pronunciamiento negativo

Si la administración decide negar la petición, así deberá notificárselo al interesado y al Ministerio Público, dentro de los diez días a que se hizo referencia en el literal anterior (Inciso primero del artículo 23 del Código Contencioso Administrativo e inciso primero del artículo 25 del Código de Procedimiento Administrativo).

c. Recurso de insistencia⁵⁷⁴

Tal como se vio líneas atrás, en el caso de que la administración declare que los documentos son de carácter reservado, el administrado o el Ministerio Público podrán insistir ante la administración de la no reserva de la información solicitada, dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión o dentro de los diez (10) días siguientes a dicha notificación si se llegare a aplicar el nuevo código (art. 76 del CPA)⁵⁷⁵. La administración podrá revocar su decisión y

⁵⁷⁴ Este recurso no es procedente cuando se impetra contra una decisión emitida por un particular, porque se trata de un mecanismo especial para proteger el derecho de petición de información ante entidades públicas. La vía idónea en estos eventos es la acción de tutela. Ahora bien, a la luz de la nueva codificación, el recurso de insistencia si es procedente ante las Cajas de Compensación Familiar y las Instituciones privadas del Sistema de Seguridad Social Integral, pues a ellas se les aplica el capítulo II del Título II del CPA (art. 33 del CPA). Por otro lado, cabe anotar que este tipo de recurso no opera ni siquiera ante los particulares que prestan funciones administrativas, pues dichos particulares no pueden ser calificados como autoridades del orden nacional, departamental, distrital o municipal, dado que no hacen parte de la organización nacional o territorial de la administración pública, por ende, no se avienen a las reglas de competencia estipuladas en el inciso primero del artículo 26 del CPA

⁵⁷⁵ Ante el vacío del artículo 21 de la ley 57 de 1985, se acude a las normas generales sobre la materia, en este caso lo contemplado en el artículo 50 del CCA, lo cual es perfectamente viable, por ser el recurso de insistencia un medio de impugnación especial en vía gubernativa, que se somete a las normas generales en lo que no este regulado. (Ver: capítulo sobre el procedimiento general y los especiales). Es pertinente acotar que el artículo 76 del CPA, amplió el término para interponer los recursos en vía gubernativa, lo que significa que el recurso de insistencia también se ve afectado por esta ampliación, a la luz de la nueva codificación.

otorgar los documentos o confirmar su negativa a través de un acto administrativo debidamente notificado, para lo cual tiene quince (15) días, de conformidad con las normas generales (art. 6o CCA e inciso primero del artículo 14 del CPA).

Ahora, sin perder de vista lo anterior, podría pensarse que la insistencia del solicitante en caso de reserva no implica el trámite de un recurso, por tanto, no se aplicarían los términos de ejecutoria de la vía gubernativa, ni la administración contaría con los 15 días para resolver dicha solicitud, en otras palabras, la insistencia implicaría que la administración pública pierde competencia para decidir y es la justicia contenciosa administrativa la que se debe ocupar del asunto. A nuestro modo de ver esta es una posición errónea por varias razones: en primer lugar, se esgrime lo siguiente: si la insistencia no implica el ejercicio de un recurso especial en vía gubernativa, con qué objeto el legislador previó que en casos como este el interesado deba acudir directamente a la vía administrativa y no directamente ante la vía jurisdiccional, a través de una acción especial y con trámite breve. No tiene sentido que el administrado agote una etapa en sede administrativa para un asunto de exclusiva competencia del Juez Administrativo. En segundo lugar, la administración debe tener la posibilidad de corregir su error si encuentra que en el escrito de insistencia se plantean argumentos jurídicos que así lo hacen notar, pues no es de sentido común que la administración, pudiendo evitar el trámite en sede judicial revocando la decisión ilegal, deba asumir una posición de incompetencia y de remisión como consecuencia, con el desgaste que esto conllevaría tanto para el peticionario como para la administración de justicia. Finalmente, cabe acotar que el tenor literal del inciso segundo del artículo 26 del CPA no señala un término perentorio para enviar la documentación al correspondiente tribunal o juez administrativo, lo que le da cabida a la interpretación que se viene prohiendo, dado que no sería contrario a derecho agotar inicialmente los plazos de ejecutoria y decisión de recursos propios de la vía gubernativa, antes de enviar el expediente a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Si la administración confirma la decisión, dentro de los quince (15) días a que se hizo referencia anteriormente, deberá acudir a la vía jurisdiccional para que la jurisdicción contenciosa administrativa decida si tenía o no la razón al negar la posibilidad de acceder a la información respectiva. En este evento la administración pública debe dictar un acto administrativo de trámite comunicándole al interesado que el expediente se envió a la jurisdicción contenciosa para lo de su competencia, salvo si lo señaló así en el acto administrativo que confirmó la reserva y se le notificó al peticionario. El envío del expediente se debe realizar a más tardar al día siguiente en que se resuelva el recurso de insistencia. Si la administración pública no resuelve el recurso de insistencia de manera oportuna, cabrá la acción de tutela

con el objeto de obligar a la autoridad renuente a que resuelva de fondo y, si es del caso, remita el expediente a la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, previo a lo expuesto en el párrafo anterior y teniendo en cuenta el nuevo CPA, la administración pública podrá solicitar a la sección del Consejo de Estado que el reglamento disponga, que asuma el conocimiento del asunto en atención a su importancia jurídica o con el objeto de unificar criterios sobre el tema, en cuyo caso deberá informarle al interesado que está pendiente el trámite de dicha solicitud. Dicha solicitud se debe realizar por el medio más expedito (fax, correo electrónico, etc.) y se debe enviar al día siguiente en que se resuelva. Obviamente en este caso no se envía el expediente al Consejo de Estado, pues primero se debe esperar a que la máxima corporación de lo contencioso administrativo, decida avocar el conocimiento del recurso. Si al cabo de cinco (5) días, contados a partir del día siguiente del envío de la solicitud, la sección guarda silencio, o decide no avocar conocimiento, la actuación continuará ante el respectivo Tribunal o Juzgado Administrativo bajo los lineamientos explicados líneas atrás. En todo caso, la autoridad administrativa deberá informarle al interesado lo atinente a que autoridad judicial de manera definitiva resolverá el asunto.

El Tribunal Contencioso Administrativo o el Juez correspondiente, posee diez días hábiles para decidir, contados a partir del día siguientes a la recepción de la documentación. Se interrumpirá este término en el caso que el Tribunal solicite copia o fotocopia de los documentos cuya divulgación deba decidir y hasta la fecha en la cual los reciba oficialmente, en cuyo caso, a partir del día siguiente se reanudara el término que faltare para emitir la decisión correspondiente. El envío de la documentación estará sometido a término judicial.

Si la jurisdicción considera que la administración no tenía razón, le ordenará a la misma que otorgue los documentos o informaciones respectivas al interesado en un término perentorio e improrrogable mediante auto, que es de Sala si es el Tribunal el que resuelve, que se notifica por comunicación como las decisiones que se emiten al interior de los procesos de tutela y no es susceptible del recurso de reposición por tratarse de una decisión de aplicación inmediata equiparable a una sentencia de tutela. Este trámite es prevalente habida cuenta que es una manera especial de proteger el derecho fundamental de petición en su modalidad de información, y, por ende, comparte la misma naturaleza de la acción de tutela.

Como corolario, el artículo 21 de la Ley 57 de 1985 derogó tácitamente el inciso segundo del artículo 23 del *Código Contencioso Administrativo*, que decía: “Todas estas decisiones estarán sujetas a los recursos y acciones previstas en este código”, habida cuenta que los recursos ordinarios y las acciones ordinarias

fueron remplazadas por el procedimiento especial iniciado en virtud del recurso de insistencia. Situación que fue corroborada por el artículo 25 del CPA, donde se estableció que contra la decisión que rechace la petición de informaciones o documentos por motivos de reserva legal, no procede recurso alguno, salvo el recurso de insistencia.

Es importante que el Juez Administrativo señale con precisión el término dentro del cual la entidad pública deberá suministrar la información requerida, aunque el artículo 21 de la Ley 57 de 1985 no diga nada ni el artículo 26 del CPA, toda vez que de lo que se trata es de proteger el derecho fundamental de petición en su modalidad de información, sin que se le dé la oportunidad a la administración pública de burlarse del mismo. Esta interpretación compagina con el núcleo esencial de este derecho: “la pronta resolución”, aunque se diferencia con la tutela en que mediante el recurso de insistencia si se busca un pronunciamiento de fondo de carácter favorable. Empero, el Juez deberá evaluar en cada caso el término que otorgará para el suministro de la información, dependiendo de las circunstancias que lo rodeen (complejidad de lo pedido, necesidad de la información, etc.).

Se reitera, este trámite es prevalente y se equipara en su naturaleza a la acción de tutela protectora de la petición, toda vez que está de por medio tal derecho fundamental, por tanto, consideramos perfectamente viable que se le ordene a la entidad, por regla general, suministrar los documentos dentro de las 48 horas siguientes a la notificación por cualquier medio hábil de la providencia, cómo lo señala el art. 23, del Decreto 2591 de 1991. En caso de que se no se cumpla con la entrega en el término estipulado, es viable el incidente de desacato pertinente, como si se tratara de una acción de tutela incumplida, dada la naturaleza similar de ambos procedimientos, tal como se ha venido explicando.

Es pertinente advertir lo siguiente: si la administración pública se evidencia renuente en el envío de la documentación al Tribunal Administrativo o al Juez Administrativo según el caso, es perfectamente viable ejercer la acción de tutela por vulneración del debido proceso, toda vez que no se le da trámite a una etapa procesal expresamente consagrada en la ley, que constituye un pilar fundamental del derecho de defensa para el recurrente, habida cuenta que un tercero imparcial decide la controversia.

La decisión que resuelve el recurso de insistencia debe comunicarse a las partes como si se tratara de una sentencia de tutela, toda vez que mediante el recurso que se estudia se protege el derecho fundamental de petición y como tal, su trámite debe ser preferente y libre de formalismos judiciales.

Finalmente, si el recurso de insistencia da como resultado la revocatoria de la decisión que esgrimía la información como reservada, dentro de los tres días siguientes a la notificación de dicha decisión, se deberá entregar la información, sin perjuicio de que se suministre en el acto de notificación personal.

4. Trámite en el ejercicio de un deber legal

Se aplica todo lo visto a propósito del trámite de la actuación administrativa en virtud del ejercicio del derecho de petición en interés general o particular, en la medida que le sea compatible. En este caso no se señala un término específico para el desarrollo de la actuación administrativa, esto dependerá de lo que señale la ley que determina la obligación a cumplir. Es pertinente anotar, sin embargo, que si estamos en presencia de los formularios de que trata el artículo 5o del CCA y el inciso 4o del artículo 15 del CPA, se aplica el término contemplado en el artículo 6o del CCA y en el inciso primero del artículo 14 del CPA de la misma codificación. Aún más, consideramos que si la normativa pertinente no señala un término específico, deberá seguirse la regla general de los 15 días.

5. Trámite de la actuación por iniciación oficiosa

Se aplica todo lo previsto en materia de derecho de petición en interés general o particular, en la medida que le sea compatible. En cuanto a la duración, es deber de la administración, iniciar la actuación a través de un acto administrativo de trámite, donde se señale el término dentro del cual deberá pronunciarse, término que tendrá que ser prudencial, de conformidad a los derechos involucrados en la actuación. Aunque en este evento hay que tener en cuenta las normas especiales como es el caso del procedimiento disciplinario (Ley 734 de 2002).

Por otro lado, el acto administrativo de trámite que inicie la actuación administrativa de oficio, debe ser comunicado efectivamente al interesado o interesados que pueden resultar afectados con la decisión, habida cuenta que está de por medio su derecho de defensa y debido proceso (art. 28 del CCA y art. 35 del CPA). Así lo ha explicado la doctrina en los siguientes términos:

Es decir que cuando se inicie de oficio una actuación administrativa, la respectiva entidad debe comunicar a los particulares que pueden resultar afectados con la decisión la existencia y el objeto de la misma. Esa comunicación debe hacerse por correo a la dirección que se conozca si no hay otro medio más eficaz. Y si la citación no fuere posible o pudiera resultar demasiado costosa o demorada

se debe hacer la publicación de que trata el artículo 15 del Código Contencioso Administrativo, esto es del texto o de un extracto de aquella que permita identificar el objeto de la actuación en la publicación que para el efecto tenga la entidad o en un periódico de amplia circulación nacional o local, según el caso.⁵⁷⁶

Aunado a lo anterior, el nuevo *Código de Procedimiento Administrativo* señala que este tipo de procedimientos únicamente pueden iniciarse mediante escrito, y por medio electrónico solo cuando lo autoricen el mencionado Código o la Ley, tal como sucede regularmente con los concursos públicos (Inciso segundo del artículo 35 del CPA).

Así mismo, es pertinente señalar que la normativa advierte que la citación debe hacerse por correo a la dirección correspondiente, sino hay otro medio más eficaz, que no necesariamente es el correo electrónico, dado que puede que el conocimiento personal del servidor público que debe citar le indique otra vía, como la entrega física y directa de la citación al interesado o una llamada telefónica. Por ende, hay que analizar cada caso concreto y advertir si la administración pública utilizó el medio más eficaz conforme a las circunstancias especiales del asunto.

Sobre este punto también es menester destacar que el nuevo *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* no es exclusivamente individualista, también es colectivo, por ende, la administración tiene el deber de permitir la intervención de cualquier persona cuando el asunto es colectivo (temas urbanísticos o medioambientales) o en caso de procesos sancionatorios, no debe coartar la comparecencia activa en el trámite del denunciante, pues este tiene interés en las resultas del proceso, aunque el legitimado por pasiva en este caso sea el procesado.

Finalmente cabe advertir que la administración pública podrá abstenerse de comunicar al interesado de la actuación iniciada de oficio y diferir dicha comunicación, en aquellos eventos donde considere que se puede diluir la prueba y se requiere de previa medida cautelar antes de publicitar la actuación. Sin embargo, esta excepción debe estar suficientemente fundamentada en el expediente, en caso contrario se vulneraría el debido proceso y el derecho de defensa del posible afectado con la decisión.

⁵⁷⁶ Salvamento de Voto de Darío Quiñones Pinilla a sentencia del 16 de julio de 2002, dictada por CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Revista Jurisprudencia y Doctrina de Legis, noviembre de 2002, p. 2490 y ss.

6. Trámite en el derecho de petición de consultas

Su término de duración es de 30 días (dentro del cual debe producirse la comunicación del concepto), contado a partir del día siguiente a la recepción de la petición, siguiendo el lineamiento contemplado en el artículo 6° del CCA y el inciso primero del artículo 14 del CPA, y, en todo caso, se aplicarán los artículos de las actuaciones iniciadas por el derecho de petición en interés general o particular, en lo que le sea compatible (Inciso segundo del artículo 25, del CCA). En caso de no expedirse y comunicarse el concepto de manera injustificada dentro de los 30 días anotados, cabe la acción de tutela.

7. Trámite en las actuaciones iniciadas en virtud de orden judicial

Las actuaciones administrativas también se podrán iniciar en virtud de una orden judicial, tal como se advirtió líneas atrás, en aquellos eventos en que las providencias judiciales (autos o sentencias), como consecuencia de acciones de tutela⁵⁷⁷, cumplimiento o populares, entre otras acciones, ordenen la expedición de un acto administrativo a una entidad adscrita a la administración pública o a un particular que ejerza funciones públicas con el fin de hacer efectivo un derecho a un administrado, o, en general, para crear determinadas situaciones jurídicas dentro del ámbito del mismo.

En estos casos se aplicará toda la normativa de las actuaciones administrativas iniciadas en virtud del derecho de petición en interés general o particular, en lo que les fuere pertinente, aunque los términos serán eminentemente judiciales o legales, con el objeto de adecuarlos al caso concreto de conformidad al derecho individual o colectivo a salvaguardar.

⁵⁷⁷ “Otras decisiones que han implicado una orden de hacer a la administración –lo que apareja, necesariamente, la expedición de un acto administrativo– son, por ejemplo, las siguientes: (1) aquellas que ordenan el reintegro de las mujeres embarazadas que han sido despedidas sin justa causa, Cfr. T–739/98; (2) las que ordenan el nombramiento de la persona que obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos, Cfr. T–046/95; T–256/95; T–459/96; (3) las que ordenan la cesación de pagos injustificados como el caso de Foncolpuertos, Cfr. T–001/97; T–126/97; (4) aquellas que ordenan la adecuación de un trámite administrativo o disciplinario a las normas legales sobre debido proceso, Cfr. T–359/97; SU–036/99; (5) las que ordenan la reparación de bienes muebles e inmuebles que, por su estado de ruina, amenazan la vida o la integridad de los funcionarios públicos encargados que laboran en tales dependencias, Cfr. T–501/95; (6) aquellas que ordenan a las autoridades de policía, evidentemente renuentes, a adoptar las decisiones del caso para superar actos de violencia entre vecinos o intrafamiliares, Cfr. T–487/94; (7) las que ordenan a las autoridades actualizar los datos disciplinarios o penales de personas que debido a omisiones de la administración son constantemente detenidas y reportadas a bancos de datos como presuntos delincuentes, Cfr. T–455/98; (8) aquellas que ordenan a las autoridades diplomáticas cumplir con su deber de asistencia a los colombianos detenidos en el exterior. En fin, la Corte y, en general los jueces de tutela, han proferido múltiples decisiones que tienen el efecto de promover el cumplimiento de deberes de la administración cuando ello es necesario para la defensa de los derechos fundamentales de las personas”. BOTERO Catalina; FAJARDO Sylvia y PEÑA Diego . Op. cit., p. 59.

Un ejemplo claro en este aspecto es la sentencia proferida por una autoridad judicial (puede ser de la jurisdicción ordinaria, constitucional o contencioso administrativa) que ordena el reconocimiento de una pensión de jubilación a un ex servidor público, en virtud de una acción de tutela, para evitar un perjuicio irremediable o por violación del mínimo vital y móvil o la decisión de revocar órdenes administrativas de cierre de establecimientos o el decomiso de bienes porque vulneran el libre desarrollo de la personalidad⁵⁷⁸.

8. Trámite del derecho de petición ante particulares

Dado que este tipo de derecho de petición es un híbrido de los otros derechos de petición ya comentados, es menester precisar que la normativa que se aplica es la prevista en el capítulo primero del título II del CPA que ya analizamos, salvo que trate de procedimiento especiales como los contemplados en la Ley Estatutaria del Hábeas Data (Inciso cuarto del artículo 32 del CPA) tal como lo señala el inciso segundo del artículo 32 del CPA, empero, si estamos en presencia de cajas de compensación familiar e instituciones del sistema de seguridad social integral, se aplica además del capítulo primero, el capítulo segundo del título anotado.

D. Aspectos comunes aplicables a las actuaciones administrativas.

1. Conflictos de competencia administrativa:

Este aspecto está regulado por el artículo 33 del código contencioso administrativo y el artículo 39 del Código de Procedimiento Administrativo, cuyo trámite es el siguiente:

a. Los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. El funcionario que se considere incompetente, deberá manifestarlo en el acto mismo, si la petición es verbal o dentro de los diez días siguientes si es por escrito (art. 33 del CCA e inciso primero del art. 21 del CPA).

b. El funcionario que se considere incompetente, deberá enviar la documentación al que considere competente dentro de los diez (10) días siguientes a la recepción⁵⁷⁹ (Inciso segundo del artículo 21 del CPA). Si la incompetencia la advierte luego del término anotado, es menester que envíe el expediente inmediatamente, sin perjuicio de la acción de tutela y el procedimiento disciplinario correspondiente,

⁵⁷⁸ Sentencias T-425 y 475 de 1992.

⁵⁷⁹ A pesar de que el artículo 33 del CCA solo circunscriba este evento a la petición escrita, consideramos que en aplicación de principios como la igualdad (art. 13 C.P.) y debido proceso (art. 29 C.P.), este trámite también debe adelantarse cuando la petición es verbal. Simplemente el acta que se extienda de la misma, se envía al funcionario que se considere competente.

si a ello hubiere lugar. En caso de que el funcionario decida resolver la petición, simplemente advirtiéndole que es incompetente, tal respuesta vulneraría el derecho fundamental de petición, toda vez que no resolvería de fondo el asunto y, por tanto, sería viable la acción de tutela. La Corte Constitucional se ha pronunciado en este sentido, en los siguientes términos: “Desde una perspectiva constitucional, la obligación de realizar el traslado de la solicitud, en caso de incompetencia de la entidad ante la cual se eleva la petición, es un elemento del núcleo esencial del derecho de petición, toda vez, que la simple respuesta de incompetencia, constituye una evasiva a la solicitud [...]”⁵⁸⁰. En este evento la administración pública debe dictar un acto administrativo de trámite comunicándole al interesado que el expediente se envió al competente y que el plazo para decidir se amplía en 10 días que solo se cuenta a partir del día siguiente en que el competente recepcione la petición, según el caso, como se pasa a explicar. A este acto administrativo se anexará el oficio remitivo (Inciso segundo del artículo 21 del CPA). Agrega el último inciso del artículo 21 del CPA que los términos para decidir se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente, lo cual se constituye en una modificación a lo consagrado en el artículo 33 del CCA, pues en este artículo se disponía que los términos establecidos para decidir se ampliarían en diez (10) días, al paso que la nueva codificación contempla que los 15 días solo empiezan a correr a partir del día siguiente en que la autoridad competente recepcione la petición.

c. Si el funcionario que recibe la petición proveniente del que se declaró incompetente, también se considera incompetente, la documentación se enviará a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado (Parágrafo del artículo 33 del CCA e inciso primero del artículo 39 del CPA). En este evento la administración pública debe dictar un acto administrativo de trámite comunicándole al interesado que el expediente se envió a la jurisdicción contenciosa para lo de su competencia.

Es importante anotar que los conflictos de competencia administrativa se pueden presentar entre autoridades del orden nacional, entre autoridades del orden nacional y local o entre autoridades del orden local; en todos estos eventos la Sala de Consulta y Servicio Civil era competente para dirimir el conflicto. Esto lo afirmamos porque el artículo 4º de la Ley 954 de 2005, el cual le agregó un parágrafo al artículo 33 del CCA, derogó tácitamente el artículo 131 numeral 3º de la mencionada codificación, pues el artículo 33 es una norma especial que no distinguía en su tenor el orden nacional o territorial de las autoridades que se podían ver involucradas en el conflicto. Es por lo anterior que no compartíamos la tesis de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que predicaba

⁵⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-476 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

que el artículo 131-3 del CCA no se derogó por la Ley 954, argumentando que tal derogación no se hizo de forma expresa, lo cual es una afirmación que saca de plano la derogación tácita sin ninguna justificación.⁵⁸¹

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, en el inciso primero del artículo 39, aclaró el problema interpretativo que ocurría bajo la vigencia de la antigua codificación y que fue expuesto en el párrafo anterior, toda vez que señala de manera expresa:

La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si está también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

d. Si el segundo funcionario no se considera incompetente, los términos para resolver la petición se ampliarán en diez días (art. 33) o se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por el competente, como ya se explicó (último inciso del artículo 21 del CPA). Por ejemplo: el derecho de petición en interés particular en total se resolvería en 25 días descontando el término de la distancia o solo se empezaría a contabilizar los 15 días descontando el término de la distancia, es decir, el lapso que dure el envío del expediente al competente y su efectiva recepción por parte de este último.

Obviamente, es importante tener en cuenta que la demora en la remisión también genera vulneración del derecho de petición. Por otro lado, está proscrita la cadena interminable de incompetentes porque vulneraría el derecho de petición, por ende, si la segunda autoridad también se considera incompetente pero respecto a un tercero y no frente a quien envió el expediente, deberá remitir la actuación a la autoridad judicial competente para que ella decida de manera definitiva quién debe resolver la actuación, en cuyo caso, si lo encuentra necesario, involucrará dentro de la actuación judicial a la tercera autoridad que se pueda ver involucrada en la controversia.

⁵⁸¹ Cf. COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Ponente: Luis Fernando Álvarez aramillo. Expediente: No. 11001030600020060005900. (22, junio, 2006) Partes: Superintendencia de Sociedades y Superintendencia Nacional de Salud. Asunto: Conflicto de Competencias Administrativas.

e. En el ámbito jurisdiccional, recibido el expediente y efectuado el reparto, el magistrado ponente le otorgará un término común de tres días a las entidades en conflicto y a las personas que pudieran tener interés en el asunto para que aleguen, vencido el cual, la Sala tendrá veinte (20) días para decidir (Parágrafo del artículo 33 del CCA). Este procedimiento fue modificado levemente por el inciso tercero del artículo 39 del CPA en los siguientes términos: “recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que estas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno”. Como se observa, ya el traslado para alegar no se hace mediante auto sino por medio de edicto y se amplió de 3 a 5 días el plazo para realizar la facultad anotada.

f. Si el conflicto es positivo (los dos se consideran competentes), el trámite es similar al señalado. En este caso la inconformidad surge de quién no está tramitando la petición. (Inciso segundo del artículo 39 del CPA). Este es un asunto exótico que normalmente no se presenta dado que, desafortunadamente, normalmente los servidores públicos buscan quitarse trabajo y no aumentarlo.

g. La titularidad de la acción de definición de competencias solo la tienen las autoridades, aunque quienes tienen interés directo en que se adelante la actuación administrativa⁵⁸², pueden gestionar ante la administración pública para que se envíe la documentación a la Jurisdicción Contenciosa administrativa y sea esta última la que dirima el conflicto, a tal punto que, en caso de renuencia, es perfectamente viable ejercer la acción de tutela⁵⁸³ por vulneración del derecho fundamental de petición o por transgresión del debido proceso, habida cuenta que la simple declaración de incompetencia no resuelve de fondo el asunto y dilatar injustificadamente los términos para decidir es una forma de violentar los principios de eficiencia, eficacia y economía que gobiernan las actuaciones administrativas. Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo

⁵⁸² El Consejo de Estado, ha definido el interés directo en materia de contratación estatal, pero esta definición es perfectamente aplicable en las actuaciones administrativas, así: “Ese interés directo ha sido entendido, en sentido amplio, como derivar del mismo un provecho o un perjuicio con relevancia jurídica, una utilidad o una pérdida, o lo que es lo mismo, experimentar en la esfera jurídica propia de quien dice tener interés, una afectación también jurídica como consecuencia del negocio celebrado (o de la petición interpuesta).” El paréntesis es mío. COLOMBIA. Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera. Sentencia, Expediente 9527 (24, agosto, 2000).

⁵⁸³ “[...] los particulares pueden gestionar ante la administración que se someta a la jurisdicción administrativa el conflicto de competencias presentado en su seno para que sea el Juez administrativo quien lo resuelva [...]” COLOMBIA. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Auto, Expediente C-124. (11, febrero, 1991).

señala de manera expresa que los conflictos de competencia administrativa se pueden promover por solicitud de la persona interesada, lo que quiere decir que la nueva codificación le permite al peticionario o afectado con la actuación administrativa, solicitar a las autoridades la ejecución del trámite que se estudia, asunto que ya la jurisprudencia de la máxima corporación de lo contencioso administrativo contemplaba, tal como se advierte en este literal (Inciso primero del art. 39 del CPA).

Es posible que en el evento que se plantea en el párrafo anterior, el Juez de tutela le ordene a las autoridades involucradas en el conflicto de competencias administrativas, que inicien el trámite respectivo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues el Juez de tutela no es la autoridad competente para decidir el asunto, a lo sumo, debe velar porque el derecho de petición culmine con una respuesta de fondo debidamente notificada al interesado.

h. El conflicto de competencias debe haberse planteado dentro de la etapa de la actuación administrativa ya que, posteriormente, es un vicio invalidante del acto administrativo (Ver el artículo 84, del CCA y el artículo 137 del CPA). Aunque si dicho vicio se advierte en vía gubernativa, se puede revocar la decisión y remitir la actuación.

i. Si el conflicto de competencia administrativa se presenta al interior de una misma entidad, los funcionarios en contienda deben solicitarle al representante legal que dirima el conflicto. En caso contrario, será el interesado quien solicite al representante legal, que designe al servidor público competente para resolver la petición.⁵⁸⁴ En caso de que no lo hiciere, estaría violando el derecho fundamental de petición y no precisamente el inicialmente presentado sino el impetrado para que se dirima el conflicto referido. Por tanto, sería viable la acción de tutela para que una orden judicial obligue al jefe de la entidad a designar al servidor público competente. Los términos para decidir en este caso, correrían a partir del día siguiente en que se recepcione la petición por el designado. Sin embargo, es pertinente anotar que algunas entidades están desconcentradas a nivel nacional, en cuyo caso, el trámite para resolver los conflictos de competencia administrativa entre seccionales será el descrito en este numeral.

j. Si la autoridad que recibe la petición considera que no es competente para resolver la misma, entonces, tampoco tiene claridad de que servidor público o particular sería el competente para resolverla, debe remitir de una vez el

⁵⁸⁴ “Si la incompetencia se presenta al interior de una misma entidad deberá ser resuelta por el jefe de la misma, ordenando remitir el expediente al competente, o asignando funciones especiales para resolver el asunto si se trata de un conflicto generado a partir de la ausencia o vaguedad de las normas de competencia interna.” SANTOFIMIO. Tomo III. *Op. cit.*, p. 233.

expediente al Consejo de Estado para que este defina el asunto, dado que no se puede obstaculizar el trámite del derecho de petición so pena de vulneración de dicho derecho fundamental. En caso que así lo hiciere, deberá comunicarle al interesado el procedimiento que se le dio a la petición y los términos que se deben agotar para satisfacerlo.

2. Régimen Probatorio

De conformidad a lo contemplado en el artículo 34 del CCA y 40 del CPA, en las actuaciones administrativas existe libertad probatoria y, por ende, todos los medios de convicción o elementos de juicio solicitados por el interesado u ordenados de oficio son aceptados, eso como desarrollo directo a la protección del debido proceso que debe operar en los procesos administrativos.

Ante la carencia de una regulación precisa en materia probatoria al interior del proceso administrativo, se deberá acudir a lo preceptuado en el Código de Procedimiento Civil o el Código General del Proceso, en lo que tiene que ver con los principios que orientan el régimen probatorio, el decreto y práctica de los medios de prueba (testimonios, peritajes, pruebas grafológicas, etc.), y las características que deben reunir, es decir, que sean conducentes, pertinentes y útiles (último inciso del artículo 40 del CPA). Es pertinente aclarar que contra el acto que decida la solicitud de pruebas no proceden recursos (Inc. 1º del art. 40 del CPA). Esta disposición se nos antoja inconveniente pues lo lógico es que la persona interesada debe tener la posibilidad de impugnar el acto que decida la solicitud de pruebas, aunado a que en materia judicial esta decisión es controvertible por naturaleza, por tanto, no se vislumbra razón suficiente que sustente el trato diferencial con el procedimiento en sede administrativa. En todo caso, en el evento en que la denegatoria del decreto y la práctica de la prueba sea ilegal, es perfectamente viable impetrar acción de tutela por violación del debido proceso. Por otro lado, es necesario advertir que la administración pública no puede agregar o quitar formalidades especiales a la práctica de los medios probatorios, por ende, se debe circunscribir a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil o el Código General del Proceso.

Atendiendo a lo señalado en el párrafo anterior, todo acto administrativo debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (art. 174 CPC).⁵⁸⁵ Como consecuencia, las pruebas se deben aportar en la actuación

⁵⁸⁵ “[...] la decisión, sea administrativa o no, debe necesariamente estar sustentada en pruebas aportadas al proceso; las partes gozan de amplias posibilidades de solicitar la incorporación de los medios de prueba que consideren adecuados para resolver el conflicto suscitado; los medios de prueba deben ser evaluados por el juzgador conforme a los postulados de la sana crítica, evitándose, en todo caso, decidir el asunto fundado en simples razones objetivas o en presunciones que carezcan de sustentos dentro del respectivo expediente”. Ibid,

administrativa con comparecencia del interesado y si son documentales, permitiendo su consulta.

La violación a este régimen transgrede el debido proceso del administrado interesado, y en especial los principios de imparcialidad y contradicción, configurándose un vicio invalidante del acto administrativo. (Vulneración del derecho de audiencia y defensa: art. 84, CCA y 137, CPA).

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo hace mucho énfasis en la contradicción de los medios de juicio recaudados por parte del peticionario o afectado con la actuación administrativa, es decir, el interesado debe contar con la oportunidad de controvertir las pruebas aportadas o practicadas dentro de la actuación, antes que se dicte una decisión de fondo (Inciso primero del artículo 40 del CPA).

Finalmente es necesario acotar que los gastos que ocasione la práctica de pruebas correrán por cuenta de quien las pidió. Si son varios los interesados, los gastos se distribuirán en cuotas iguales (Inc. 2º del art. 40 del CPA). Estas reglas también operan cuando el servidor público decide practicar una prueba de oficio, siempre y cuando se trate del trámite de un derecho de petición en interés particular. En estos últimos eventos, antes de practicar la prueba, el operador jurídico debe comunicarle al interesado o interesados el costo de la práctica de la prueba y darles un término para que lo paguen, so pena de que en caso de no hacerlo, se entienda que desisten del elemento de convicción. Contra estas decisiones no cabe recurso alguno porque son actos administrativos de trámite que simplemente se comunican. Si se trata de derechos de petición en interés general, las pruebas a practicar de oficio deben ser asumidas económicamente por la administración pública. Así mismo, si se trata de procedimientos administrativos tendientes a vigilar, controlar y sancionar, las pruebas de oficio también deben ser costeadas por la autoridad que adelanta la actuación administrativa.

3. Demoras, derecho de petición y acción de litigar

Estas figuras jurídicas están contempladas en los artículos 37 y 39 del antiguo Código Contencioso Administrativo, y se resumen en lo siguiente:

Cuando la actuación administrativa se inicie en virtud de un deber legal o de oficio y se prolonguen injustificadamente en el tiempo, sin finiquitarse, se podrá utilizar el derecho de petición para que concluya la actuación. Es importante

acotar que esta facultad no opera cuando la actuación administrativa se inicia en virtud de un deber legal que carece de término al interior de las normas especiales que lo regulan, así se trate del lleno de un formulario, pues en estos casos tales formularios solo se diligencian por voluntad del interesado, en otras palabras, aunque es un deber legal de carácter relativo llenarlos, como ya se explicó, su naturaleza es de derecho de petición y su protección se realiza por medio de la acción de tutela. Por otro lado, la acción de tutela será viable en estos casos en el evento de transgresión del derecho de petición incoado para impulsar el trámite de la actuación administrativa iniciada de oficio o en virtud de un deber legal. En caso de orden judicial lo que opera es el desacato.

Por otro lado, el derecho de petición no se puede confundir con la acción de litigar, esto con el objeto de dar una diferenciación, un poco escueta, por cierto, por parte de la ley, en lo que tiene que ver con el Proceso Administrativo y el Contencioso Administrativo, donde el primero es una manifestación de la democracia participativa (la petición) y el segundo un principio de la administración de justicia (Todo el mundo tiene acceso a la misma en los términos contemplados por la ley).

La Corte Constitucional estableció tres parámetros muy precisos para diferenciar el derecho de petición de la acción de litigar, con el objeto de que las dos figuras no se confundan y su tratamiento sea disímil y acorde a nuestro ordenamiento jurídico. Veamos:

- a. El derecho de petición no procede para poner en marcha el aparato judicial o para solicitar a un servidor público que cumpla sus funciones jurisdiccionales, ya que esta es una actuación reglada que está sometida a la ley procesal. Ahora bien, en caso de mora judicial puede existir transgresión del debido proceso y del derecho de acceso efectivo a la justicia; pero no del derecho de petición.
- b. Dentro de las actuaciones ante los jueces pueden distinguirse dos. De un lado, los actos estrictamente judiciales y, de otro lado, los actos administrativos. Respecto de estos últimos se aplican las normas que rigen la administración, esto es, el Código Contencioso Administrativo.
- c. Por el contrario, las peticiones en relación con actuaciones judiciales no pueden ser resueltas bajo los lineamientos propios de las actuaciones administrativas, como quiera que las solicitudes que presenten las partes y los intervinientes dentro de aquél (del proceso) en asuntos relacionados con la litis tengan un trámite en el que prevalecen las reglas del proceso.⁵⁸⁶

⁵⁸⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Impugnación. Acción de Tutela instaurada por la Compañía

Precisamente en la providencia cuyo aparte se transcribió anteriormente, se desestimó un derecho de petición de información tendiente a obtener una certificación sobre la presentación de un memorial en un despacho judicial, habida cuenta que en lo que respecta a certificaciones provenientes de despachos judiciales, existe una norma específica como lo es el artículo 116 del CPC, donde se advierte con claridad que el juez certifica sobre hechos ocurridos en su presencia y en ejercicio de sus funciones de que no haya constancia escrita, por tanto, la presentación de un escrito en una actuación judicial no se prueba con una certificación, sino con el correspondiente sello del despacho, toda vez que la presentación de un memorial es un hecho que consta por escrito.

4. Gratuidad: La regla general es que no se genere costo alguno, sin embargo, en materia de derecho de petición de informaciones el artículo 24 del CCA y el artículo 29 del CPA establecen que se deberá cancelar el valor de las copias cuando el costo de las mismas lo justifique, aunque, en todo el caso, el precio de las mismas correrá por cuenta del interesado y dicho costo no podrá exceder el valor de la reproducción conforme a los precios del mercado. Por otro lado, es importante anotar que en materia de reproducción mecánica de documentos, el artículo 18 de la Ley 57 de 1985 contempla la posibilidad de que las copias se expidan en un lugar diferente a la oficina donde reposan los mismos, a costa del interesado, en el evento de que fuere imposible sacarlas en dicho lugar o resultare muy costoso a juicio del peticionario.

De igual manera el artículo 16 del CCA disponía el cobro del costo de citaciones y publicaciones para lograr la comparecencia a la actuación administrativa de terceros determinados o indeterminados, situación que no se prevé en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo.

En lo atinente a las pruebas que se practiquen, en relación con el costo de su práctica, se seguirán los lineamientos del inciso segundo del artículo 57 del CCA y el inciso segundo del artículo 40 del CPA, en atención a que sobre el particular, la regulación de la actuación administrativa guarda silencio en su totalidad, en lo que tiene que ver con el antiguo CCA y otro tanto sucede en relación con el CPA, pero con el tópico de pruebas de oficio.

Estos son los únicos emolumentos que en principio se generan en las actuaciones administrativas. Ahora bien, es obligatorio que las tarifas que se fijen en relación con los conceptos anotados sean razonadas y proporcionadas, en caso contrario procedería la acción de tutela por vulneración al debido proceso, pues se estaría

Aseguradora de Fianzas S.A. contra el juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá D.C., Ref. T-256.199., 3, abril, 2000.

presentando un obstáculo económico insalvable para el interesado en la actuación. Así mismo, es importante anotar que cuando la administración pública decida implantar medios electrónicos en sus procedimientos administrativos, deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a dichos medios, como por ejemplo: monitores públicos con ingreso a internet (Inciso primero del artículo 53 del CPA).

Finalmente es preciso que las entidades públicas siempre se comporten bajo la máxima del costo-beneficio, pues toda actuación debe justificarse en torno a este principio. Por ejemplo: si se solicita el pago de las copias a través de un oficio enviado por un medio que resulta más costoso que la misma reproducción, lo lógico sería enviarle de una vez y a través de dicho medio al interesado dichas fotocopias, sin exigirle pago alguno.

E. Procedimiento administrativo sancionatorio.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo trae regulado el procedimiento administrativo sancionatorio en el capítulo III del Título III de su Parte Primera. De dicho capítulo se extraen las siguientes características y etapas de dicho procedimiento:

1. Ley especial deroga ley general: Al igual de lo que sucede con los procedimientos administrativos especiales frente al procedimiento administrativo ordinario, en este evento prevalecen las normas especiales frente a las normas que se disponen por el CPA. Por ejemplo lo dispuesto en el Código Disciplinario Único o en las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos (Inciso primero del artículo 47 del CPA y párrafo de la misma disposición). Obviamente este procedimiento se aplica para la imposición de aquellas sanciones administrativas que no vengan precedidas por un procedimiento consagrado en una ley especial, como por ejemplo el Procedimiento administrativo de declaratoria de vacancia por abandono del cargo (art. 127 del Decreto 1950 de 1973) o el Procedimiento administrativo de demolición (numeral 5° del artículo 104 de la Ley 388 de 1997 y artículo 216 del Código Nacional de la Policía –salvo que la amenaza de ruina, incendio, calamidad pública o producción de daños sea inminente, en cuyo caso se aplica el inciso 2° del artículo 2° del CPA-).

2. Ley general suple a la especial: Aquellos vacíos que presenten los procedimientos administrativos especiales de carácter sancionatorio deben ser superados a través de la regulación que contempla el Código de Procedimiento Administrativo (inciso primero del artículo 47 del CPA). Por ejemplo, la etapa

de formulación de cargos no está consagrada en el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, regulado en la Ley 80 de 1993 y demás normas legales complementarias.

3. Etapas del procedimiento administrativo sancionatorio: Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona y deberán contemplar las siguientes etapas:

- **Averiguaciones preliminares:** En este estado la autoridad busca establecer si existen méritos para adelantar un procedimiento administrativo sancionatorio. Consideramos que el investigado debe tener la oportunidad de defenderse incluso en esta etapa, por tanto, aunque el CPA no dice nada y parece que la comunicación al interesado solo se surte cuando ella culmina y se decide iniciar el procedimiento sancionatorio propiamente dicho, creemos que a través del acto administrativo de trámite que da apertura a este paso, se debe citar al interesado para que comparezca en esta instancia, con el objeto de que participe y convenza al operador jurídico de que no existen méritos suficientes para formular cargos en el asunto respectivo. Esta citación se obvia si se trata de evitar la pérdida de la prueba o de practicar una medida cautelar, empero, en todo caso, cuando se asegure la prueba o se practique la medida se debe citar al investigado. Lo anterior, obviamente, si el investigado está debidamente individualizado, en caso contrario, será a partir de que se obtenga tal individualización que se aplicará lo dicho (Inciso segundo del artículo 47 del CPA). El CPA no contempla término alguno para tramitar esta etapa, por tanto, consideramos que si la investigación se inicia a petición de parte, se debe aplicar el término de los 15 días para resolver peticiones en interés particular y las excepciones a dicho término conforme a la ley y si es de oficio, al interior del acto administrativo de trámite que da apertura a las averiguaciones preliminares, se debe señalar con precisión el lapso que contemplarán las mismas, lapso que deberá estar debidamente justificado en la decisión anotada so pena de acción de tutela por parte del interesado, el quejoso o el Ministerio Público por dilación injustificada del trámite. Esta etapa puede terminar con el archivo del expediente, siempre y cuando el operador jurídico no encuentre méritos para formular cargos.
- **Formulación de cargos:** Una vez la autoridad establece que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, procederá a formular cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede

recurso, lo cual es lógico dado que contra los cargos lo viable es los descargos (Inciso segundo del artículo 47 del CPA).⁵⁸⁷ En lo atinente a la publicitación del acto administrativo que formula cargos, se debe aplicar la regulación de la etapa de publicitación del procedimiento administrativo ordinario, normado en la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo. Por otro lado, la norma no establece un término para formular cargos una vez existen méritos para ello, por ende, consideramos que debe ser en el menor tiempo posible, conforme al cronograma de actividades de la entidad que adelanta el procedimiento administrativo sancionatorio. En caso de que la dilación sea injustificada, el quejoso o denunciante, o cualquier ente de control, podrá impetrar acción de tutela por vulneración del debido proceso. Ahora bien, en reciente pronunciamiento la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura flexibilizó el principio de congruencia entre la formulación de cargos y la imposición de la sanción, en el sentido de que la imputación fáctica no puede variar al paso que la imputación jurídica si lo puede hacer.⁵⁸⁸

- **Descargos:** Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer.
- **Período probatorio:** Cuando deban practicarse pruebas se señalará un término no mayor de treinta (30) días. Cuando sean tres (3) o más investigados o se deban practicar en el exterior, el término probatorio podrá ser hasta de sesenta (60) días (Inciso primero del artículo 48 del CPA). Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente, mediante el acto administrativo de trámite que abre el período probatorio, el cual simplemente se comunica y contra el cual no cabe recurso alguno, aunque es susceptible de control constitucional a través de la acción de tutela en caso de vulneración del debido proceso (Inciso tercero del artículo 47 del CPA). Por otro lado, la norma no establece un término para abrir a pruebas una vez culmine el traslado para presentar los descargos, por ende, consideramos que debe ser en el menor

⁵⁸⁷ Esta formulación de cargos debe evidenciarse en contratación estatal, tal como lo señaló el Consejo de Estado en los siguientes términos: “En este escenario, la Sala estima indispensable que se realice un debido proceso jurídico integral, desde la fase de formación de la voluntad, mediante la comunicación, por parte de la entidad estatal contratante, que imputa cargos al contratista, donde también indique qué hechos lo originan, qué sanción podría imponerse –de las tantas que puede contener el contrato–, y qué pruebas de ello tiene la administración –C.C.A, art. 28, para que él pueda, a su vez, definir a qué se atiene en este aspecto y de qué manera asumirá su defensa frente a los hechos que le imputan”. *COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO – SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO –, SECCIÓN TERCERA. Rad.: 25000–23–26–000–1994–00225–01 (16.367). Actor: Jaime Hernández Torres. Demandado: Ferrovías–hoy Ministerio de Transporte–. Asunto: Contractual. Bogotá, D.C., (23, junio, 2010). Revista de jurisprudencia y doctrina de Legis, agosto de 2010, p 1370 – 1414.*

⁵⁸⁸ *COLOMBIA. CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA DISCIPLINARIA. Sentencia, 05001110200020070145903. (13, julio, 2011)*

tiempo posible, conforme al cronograma de actividades de la entidad que adelanta el procedimiento administrativo sancionatorio. En caso de que la dilación sea injustificada, el quejoso o denunciante, o cualquier ente de control, podrá impetrar acción de tutela por vulneración del debido proceso.

- **Alegatos:** Vencido el período probatorio se dará traslado al investigado por diez (10) días para que presente los alegatos respectivos (inciso segundo del artículo 48 del CPA). Por otro lado, la norma no establece un término para abrir alegatos una vez venza el período probatorio, por ende, consideramos que debe ser en el menor tiempo posible, conforme al cronograma de actividades de la entidad que adelanta el procedimiento administrativo sancionatorio. En caso de que la dilación sea injustificada, el quejoso o denunciante, o cualquier ente de control, podrá impetrar acción de tutela por vulneración del debido proceso.
- **Decisión:** El funcionario competente proferirá el acto administrativo definitivo dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación de los alegatos. (inciso primero del artículo 49 del CPA). Consideramos que estos 30 días deben contabilizarse a partir del día siguiente del vencimiento del término para presentar alegatos.

4. Contenido de la decisión que resuelve el procedimiento: El acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio deberá contener (artículo 49 del CPA):

- La individualización de la persona natural o jurídica a sancionar: nombre, cédula, domicilio, residencia, estudios, profesión, edad, entre otros aspectos relevantes.
- El análisis de hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción.
- Las normas infringidas con los hechos probados.
- La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación.

5. Graduación de las sanciones: Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones por infracciones administrativas se graduarán atendiendo a los siguientes criterios taxativos, en cuanto resultaren aplicables (art. 50 del CPA):

- Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados, es decir, la sola amenaza es un factor que incide en la graduación de la sanción y, así mismo, la consumación del daño.
- Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero en detrimento del patrimonio público.
- Reincidencia en la comisión de la infracción.

- Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.
- Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.
- Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes. Este es un criterio para infracciones culposas, pues las dolosas implican necesariamente la voluntad de no cumplir en debida forma con los deberes o no aplicar las leyes pertinentes.
- Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente.
- Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas. Se pueden aceptar total o parcialmente los descargos.

6. Renuencia a suministrar información por particulares: Las personas particulares, sean estas naturales o jurídicas, que se rehúsen a presentar los informes o documentos requeridos en el curso de las investigaciones administrativas, los oculten, impidan o no autoricen el acceso a sus archivos a los funcionarios competentes, o remitan la información solicitada con errores significativos o en forma incompleta, serán sancionadas con multa a favor del tesoro nacional o de la respectiva entidad territorial, según corresponda, hasta de cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos. La autoridad podrá imponer multas sucesivas al renuente, en los términos del artículo 90 del CPA. La sanción a que se hace referencia en este párrafo, deberá graduarse conforme a los criterios contemplados en el artículo 50 del CPA.

Llama la atención que el inciso primero del artículo 51 del CPA no circunscribe la conducta que se reprocha en este numeral solo a investigaciones administrativas de carácter sancionatorio, a pesar de que la consagración de dicha disposición se encuentra al interior del capítulo que se refiere al procedimiento administrativo sancionatorio. Por tanto, pensamos que en virtud del principio de legalidad, el cual se interpreta de manera restringida tratándose de sanciones, la sanción a que se hace referencia en el artículo anotado, solo se puede aplicar si la conducta típica se presenta al interior de investigaciones administrativas sancionatorias. En lo atinente a la renuencia en otro tipo de procedimientos, se seguirán los lineamientos generales explicados para el derecho de petición de información.

Ahora bien, la sanción a la que se refiere el anterior inciso se aplicará sin perjuicio de la obligación de suministrar o permitir el acceso a la información o a los documentos requeridos (inciso segundo del artículo 51 del CPA).

Para imponer la multa a que se refiere el artículo 51 del CPA se debe agotar el siguiente procedimiento:

- **Solicitud de explicación:** Mediante acto administrativo de trámite se le dará traslado a la persona renuente para que en un término de diez (10) días, contados a partir del día siguiente de la comunicación de dicho acto, explique las razones por las cuales se ha negado a suministrar la información o a brindar el acceso a sus archivos o ha enviado la misma incompleta o con errores ostensibles.
- **Decisión:** La resolución motivada que ponga fin a la actuación por renuencia deberá expedirse y notificarse dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término para dar respuesta a la solicitud de explicaciones.
- **Vía gubernativa:** Contra la resolución motivada que ponga fin a la actuación administrativa procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la notificación. Aunque el artículo que se comenta no precisa en qué forma debe llevarse a cabo la notificación aquí referida, consideramos que la misma debe adelantarse en los términos generales contemplados en el Código de Procedimiento Administrativo. Así mismo, el término para resolver el recurso de reposición, deberá ser el general que se dispone para la resolución de cualquier tipo de recurso en vía gubernativa.

El párrafo del artículo 51 del CPA advierte que el procedimiento que se acaba de describir, no suspende ni interrumpe el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio que se esté adelantando para establecer la comisión de infracciones a disposiciones administrativas.

7. Caducidad de la facultad sancionatoria: En el caso del procedimiento administrativo sancionatorio, la administración pública posee un máximo de tres años para proferir el acto administrativo sancionador y notificarlo conforme a la ley, contados a partir del día del acaecimiento del comportamiento que dé lugar a la sanción, en caso contrario, perderá la competencia para sancionar (art. 38 del CCA). Esto se explica para atender a la no dilación injustificada de este tipo de procesos y a no mantener en la indefinición o limbo jurídico la situación de una persona. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, a propósito de los procesos disciplinarios, en los siguientes términos:

Bajo este hilo conductor, y en la necesidad de unificar las posturas de las Secciones sobre el tema, asunto que precisamente constituyó el motivo para que el presente proceso fuera traído por importancia jurídica a la Sala Plena, a continuación se explicarán las razones esenciales por las cuales se considera que la tesis de recibo y que debe imperar es la que proclama que la sanción disciplinaria se impone cuando concluye la actuación administrativa al expedirse y notificarse el acto administrativo principal,

decisión que resuelve de fondo el proceso disciplinario. Es este el acto que define la conducta investigada como constitutiva de falta disciplinaria. En él se concreta la expresión de la voluntad de la administración.⁵⁸⁹

Esta posición jurisprudencial fue ratificada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo en el Inciso Primero del artículo 52 al establecer: “Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado”⁵⁹⁰.

Un ejemplo a la prescripción del derecho a sancionar sería el caso de un funcionario de carrera administrativa a quien califican de manera insatisfactoria. La normativa de carrera administrativa señala que cuando un empleado es calificado de manera insatisfactoria, la administración puede sancionarlo declarándolo insubsistente y, como consecuencia, retirándolo del cargo. En este caso, ¿Hasta cuándo la administración pública posee la facultad sancionadora? En virtud del principio de seguridad jurídica y debido proceso, la administración pública, al producir una decisión que pueda implicar la imposición de una sanción, está obligada a adelantar la actuación administrativa sancionatoria correspondiente, expedir el acto administrativo respectivo y publicitarlo conforme a la ley. En el caso que nos ocupa, por ser una potestad sancionadora, posee tres años contados a partir del día siguiente de la expedición de la calificación insatisfactoria, para producir y publicitar la insubsistencia (art. 38 CCA e inciso primero del art. 52 CPA).⁵⁹¹

Ahora bien, el artículo 52 de la nueva codificación aclara que los actos que resuelven los recursos pueden ser expedidos después de los tres años anotados, lo cual es lógico dado que estas decisiones ya no hacen parte de la actuación administrativa sino de la vía gubernativa y lo que buscan es poner en tela de juicio la sanción que ya se impuso, así no se encuentre en firme. Señala el artículo mencionado que tales recursos deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Agrega la disposición que si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria

⁵⁸⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sentencia 2003-00442. Radicación 11001-03-15-000-2003-00442-01. (29, septiembre, 2009). Revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis*, diciembre de 2009, p. 2082 – 2096.

⁵⁹⁰

⁵⁹¹ Sobre la potestad sancionadora en materia de Carrera Administrativa ver: Revista de Jurisprudencia y Doctrina, febrero 2004, Editorial *Legis. Op. cit.*, p. 194.

que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver. Esto último implica un nuevo caso de silencio administrativo positivo. Este evento de silencio administrativo positivo sancionatorio fue declarado exequible por la Corte Constitucional, dado que las consecuencias de las omisiones de la administración las debe soportar el Estado, más no el ciudadano (Sentencia C-875 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt). Sin embargo, en dicha providencia se advierte que si por una causa extraña o por caso fortuito no es posible resolver el recurso dentro del término consagrado en la ley, la administración así lo indicará en el acto que resuelve el correspondiente medio de impugnación. Ahora, consideramos que la indicación anotada en el acto que resuelve el recurso es contraria al debido proceso del administrado, pues este no sabe con anticipación el porqué de la dilación de la vía gubernativa, por ende, creemos que la administración debe explicar la ocurrencia de la causa extraña o del caso fortuito, a través de un acto administrativo de trámite donde se señale con toda precisión el día en que será resuelto el recurso, de esta manera se evita la configuración del acto presunto con efectos positivos. Veamos lo que expone la máxima corporación de la Jurisdicción Constitucional en los siguientes términos:

La procedencia del silencio administrativo positivo, en el caso en análisis, se considera razonable y proporcional, en la medida en que los intereses de Estado están protegidos cuando es a este al que le corresponde resolver el recurso contra el acto sancionatorio y para ello cuenta con los elementos para hacerlo y pende solo de su actividad. Es claro que al ente competente le basta analizar la solicitud contenida en el recurso y sopesarla con el acto que impone la sanción y el expediente administrativo, es decir, no requiere de investigaciones exhaustivas ni agotar procedimientos que permitan afirmar que no es posible tomar una decisión en tiempo, salvo circunstancias excepcionales como la fuerza mayor o el caso fortuito, que justifiquen la mora en la resolución del recurso. En estos eventos, el silencio administrativo no operará y la administración así lo indicará en el acto que resuelva el correspondiente recurso, de esta manera quedan a salvo los intereses de la administración.⁵⁹²

Agrega el artículo que se comenta que cuando se trate de un hecho o conducta continuada, el término de caducidad de la facultad sancionatoria se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución. Por ejemplo: mientras un cajero adultere recibos con el objeto de quedarse con parte de lo consignado, el término de caducidad no correrá ni un minuto.

⁵⁹² COLOMBIA. Sentencia C-875 (2011). En Revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis*, abril de 2012– *Op. cit.* p. 733 – 746.

Por otro lado, el inicio del cómputo de los tres años se contabiliza desde la ocurrencia del hecho ilícito. Este punto de inicio es problemático dado que la administración pública se puede encontrar con la ocurrencia del hecho mucho tiempo después del acaecimiento del mismo, sin embargo, su potestad sancionadora se está agotando desde el mismo momento en que aconteció el evento reprochable. Por eso, la caducidad en estos casos no corre a partir del día siguiente de la presentación de la queja correspondiente o del momento en que la administración se da cuenta del asunto, sino a partir de la ocurrencia del hecho ilícito, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado.⁵⁹³ Consideramos que lo ideal sería que el cómputo de los tres años empezara a correr a partir del día siguiente en que la autoridad se dé cuenta del acaecimiento del hecho ilícito, empero, sin abusar de dicha regla, en caso contrario, es decir, si por una falla en el servicio no conoce del asunto en tiempo oportuno, la caducidad debe correr desde el momento de la configuración del evento reprochable. Sobre la oportunidad o no del conocimiento de la conducta irregular, sería asunto del cual deberá ocuparse el Juez contencioso administrativo del caso. Sin embargo, como dijimos, esta interpretación que se propone para aplicar la caducidad de la facultad sancionadora, no es aceptada por el Consejo de Estado.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, la máxima corporación de lo contencioso administrativo establece una alternativa frente al problema descrito, consistente en que el criterio del momento en que la autoridad tuvo conocimiento de los hechos, para empezar a contar el término de caducidad, se aplica cuando se trata de hechos o conductas que no han trascendido de la esfera del o de los sujetos activos o autores de esos hechos o conductas, que no han salido a la luz pública dentro del ámbito de interés respectivo.⁵⁹⁴

Así mismo cabe señalar que cuando estamos en presencia de omisiones administrativas, el término para imponer la sanción no corre mientras permanezca la renuencia, dado que el incumplimiento no cesa. Por ejemplo: Una sanción impuesta por la Superintendencia Financiera en el marco de la emergencia económica declarada en 1998 por el Decreto 2331, el cual obligó a los bancos a aceptar los inmuebles que sus deudores les ofrecieran en dación en pago. Si dichas entidades financieras le exigían a los deudores avalúos de los inmuebles u otros requisitos y no se limitaban a recibir simple y llanamente tales inmuebles, la Superfinanciera conservaba su facultad sancionatoria y el término para proferir el acto administrativo sancionatorio y su respectiva notificación no se contabilizaba ni un segundo.⁵⁹⁵

⁵⁹³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN PRIMERA. Sentencia 11001032400020070014500 (28, octubre, 2010).

⁵⁹⁴ COLOMBIA. Sentencia 11001032400020070014500 (28, octubre, 2010). En Revista de Jurisprudencia y doctrina de *Legis*, enero de 2011. Op cit., p. 32 a 34.

⁵⁹⁵ Sobre este tópico se pronunció el Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 25000232400020050094301 (17131), marzo 24 de 2011, Consejero Ponente: Martha Teresa Briceño.

Por otro lado, se resalta el hecho de que el artículo 51 del CPA diferencia con claridad el término relacionado con la caducidad de la facultad sancionatoria, con el lapso de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que decreta la sanción, el cual se concreta al cabo de cinco (5) años contados a partir de la firmeza del mismo, lo cual es loable dado que el antiguo artículo 38 del CCA no clarificaba esta situación y, por ende, era factible confundir ambos términos al interpretarlo y aplicarlo. Sin embargo, consideramos que el artículo 51 plurimencionado carece de técnica legislativa, dado que habla de caducidad de la facultad sancionadora, cuando en realidad se debería referir a la prescripción de la facultad sancionadora, toda vez que caducan las acciones y prescriben los derechos y, de igual manera, se refiere a la prescripción de la sanción decretada, cuando en términos jurídicos debería señalar la pérdida de fuerza ejecutoria del acto que la decretó y no una prescripción de la sanción (último inciso del artículo 52 del CPA).

Finalmente, se advierte que el término de 3 años para imponer sanciones puede poseer excepciones en los procedimientos especiales, tal como ocurre con la facultad para sancionar en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, por infracciones al régimen de libre competencia económica, donde la Ley 1340 de 2009 señaló que la facultad para imponer dichas sanciones caducará después de cinco años, contados desde la fecha en que se ejecutó la conducta violatoria o desde el último hecho constitutivo de la misma, cuando sea de tracto sucesivo.

F. Utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo trae regulado un acápite destinado a la utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo, en el capítulo IV del Título III de su Parte Primera. Se puede afirmar que la nueva codificación trae un fuerte componente tecnológico e informático que se constituye en un pilar fundamental en el CPA, dado que favorece a la administración y a los interesados. De dicho capítulo se resaltan los siguientes aspectos:

1. Procedimientos y trámites administrativos a través de medios electrónicos: El legislador le da vía libre a la introducción de medios electrónicos en los procedimientos administrativos, sin embargo, deja intactas las otras posibilidades de acceso a la administración pública en procura de protección al derecho a la igualdad. Recordemos que cuando se analizó el derecho de petición, se dejó claro que la administración pública no puede circunscribir su ejercicio a este tipo de medios, como sería el caso de formularios virtuales, pues es menester asegurar la

utilización del derecho fundamental inclusive para aquellas personas ignorantes del mundo virtual (Inciso primero del artículo 53 del CPA).

2. Registro para el uso de medios electrónicos: Señala el inciso primero del artículo 54 del CPA que toda persona tiene el derecho de actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos, caso en el cual deberá registrar su dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin. Esta disposición parece indicar que la sola introducción del correo electrónico en la base de datos anotada, faculta a la administración pública para realizar citaciones o notificaciones de las decisiones que emita en los procedimientos administrativos a través de dicho medio, lo cual a todas luces se nos antoja ilegal e inconstitucional por violentar la igualdad de acceso a la administración pública, el debido proceso y el derecho de petición. En efecto, la sola introducción de un correo electrónico en una base de datos no puede dar por entendida la aquiescencia del interesado en estos asuntos, pues es menester la manifestación expresa e inequívoca por parte del usuario de darle vía libre a la administración para que realice citaciones o notificaciones por dicho medio. Sin embargo, el legislador presume dicha aquiescencia con el solo registro en la plurimencionada base de datos, e invierte la lógica del asunto en el sentido de que el interesado debe solicitar de manera expresa e inequívoca que recibirá notificaciones o comunicaciones por otro medio diferente. La regla general debe ser la posibilidad de utilizar cualquier vía de acceso a la administración pública y las excepciones deben ser autorizadas de manera expresa e inequívoca por el interesado. Piénsese en todas aquellas personas que terminarían registrándose en estas bases de datos sin dimensionar el alcance que las mismas tienen en relación con sus derechos fundamentales del debido proceso, de petición e incluso de acceso efectivo a la administración de justicia. En estos casos, por tanto, las autoridades están obligadas a explicarle al usuario con absoluta claridad que consecuencias trae el registrarse en dichas bases de datos, aunado a que deberán darle la posibilidad de aceptarlas o rehusarlas, de cuya constancia debe quedar prueba escrita en el expediente.

Cabe anotar que el artículo que se estudia en este numeral consagra que las peticiones de información y consulta hechas a través de correo electrónico no requieren del referido registro y puedan ser atendidas por la misma vía, en cuyo caso, obviamente, es necesario tener en cuenta que los términos corren a partir del día siguiente del envío exitoso del correo electrónico. Por tanto, el peticionario debe dejar prueba de dicho envío en caso de un posible pleito judicial vía tutela. En opinión de expertos de Adalid Abogados, la prueba del correo electrónico reviste una serie de particularidades. Tales expertos explican que

[...] un correo electrónico tiene dos partes: un texto o mensaje, que es lo que normalmente las personas ven y leen; en él se pueden ver la fecha de envío, las direcciones de correo del remitente y de quien recibe la comunicación, además de lo que se dice en la comunicación; la segunda parte del correo se llama encabezado o header, por su nombre en inglés, y para verlo hay que hacer un ejercicio, dependiendo de en qué servidor está alojado su correo. Allí podrá ver la información más importante del mensaje, como desde qué dirección IP la envió, la hora real de envío, a qué hora pasó por cada servidor y dónde fue recibido el mensaje. Esta información normalmente no sale en las impresiones, pues técnicamente debe ser leída por expertos; por ejemplo, en internet hay bases de datos que muestran alguna información (http://www.ip-adress.com/trace_email), de todos modos un correo electrónico sin encabezado carece de valor probatorio por sí solo”.⁵⁹⁶

Como corolario, es menester imprimir no solo el texto sino el encabezado del correo electrónico o indicarle al operador jurídico como puede obtener dicho encabezado vía electrónica, cuando se pretenda hacer valer como prueba en un asunto administrativo o judicial.

Finalmente señala el último inciso del artículo 54 del CPA que las actuaciones en este caso se entenderán hechas en término siempre que hubiesen sido registradas hasta antes de las doce de la noche y se radicarán el siguiente día hábil, disposición importante para contabilizar los términos para adelantar actuaciones administrativas o para configurar el silencio administrativo. En estos casos, por ejemplo: para resolver el derecho de petición en interés particular, la administración debe tener en cuenta que el lapso legal empezó a correr a partir del día siguiente del registro (por ejemplo: el envío efectivo del correo electrónico) y no de la radicación, aunque se le deberá informar al peticionario el número de radicación del derecho de petición.

3. Documento público en medio electrónico: En el inciso primero del artículo 55 del CPA se establece que los documentos públicos autorizados o suscritos por medios electrónicos tienen la validez y fuerza probatoria que le confieren a los mismos las disposiciones del Código de Procedimiento Civil. Esta disposición es criticable porque en sede administrativa no se

⁵⁹⁶ Ambito Jurídico, ejemplar 25, Bogotá D.C., 25, marzo, 2013, Opinión, p. 6. Allí se explica que para desplegar la información detallada del encabezado en Gmail, es menester buscar la opción “*mostrar original*” en la parte superior derecha del mensaje, al lado derecho de “*responder*”. Se abrirá otra ventana con la información. En caso de Hotmail, es necesario hacer clic sobre el botón derecho del mouse, encima del correo, sin abrirlo, y escoger la opción “*ver código fuente del mensaje*”. Finalmente, en lo atinente a Outlook, se debe hacer doble clic en el mensaje de correo, en la bandeja de entrada, para abrir el mensaje. Seleccionar view (vista), luego seleccionar options (opciones).

debería aplicar el artículo 254 del CPC, el cual consagra expresamente que los documentos públicos solo tienen valor probatorio si están autenticados, lo cual es atentatorio contra el principio de buena fe que gobierna las actuaciones administrativas. Consideramos que esta disposición debe ser inaplicada por inconstitucional (art. 83 de la CP) y debe dársele valor probatorio a las simples copias de documentos públicos que acerquen los interesados a las actuaciones administrativas.

En el inciso segundo del artículo 55 del CPA se señala que las reproducciones efectuadas a partir de los respectivos archivos electrónicos se reputaran auténticas para todos los efectos legales, lo cual lo encontramos loable para menesteres en sede judicial, como por ejemplo la exigencia del anexo al libelo del acto administrativo acusado. Empero, no vemos la utilidad práctica en sede administrativa, pues como se anotó, en los procedimientos administrativos lo que impera es la buena fe, máxime si se tiene en cuenta que los documentos que reposan en archivos electrónicos no se le pueden exigir por regla general al usuario, pues la entidad los posee o los puede hacer llegar al expediente de manera oficiosa.

4. Notificación electrónica: Aunque este asunto se abordará un poco más en detalle cuando veamos medios de publicidad de los actos administrativos, es necesario tener en cuenta en este momento que el artículo 56 del CPA contempla la notificación electrónica. Además el inciso primero establece que el administrado debe aceptar este medio de notificación. Ahora bien, resulta que aquí la exigencia de la aceptación expresa resulta una contradicción frente al mero registro en la base de datos que se consagra en el inciso primero del artículo 54 del CPA. Nos remitimos entonces a las críticas señaladas cuando comentamos este artículo y resaltamos la aparente incompatibilidad entre esta disposición y el inciso primero del artículo 56 del CPA.

Por otro lado, el inciso segundo del artículo 56 del CPA dispone que el interesado se puede arrepentir, en cualquier etapa de la actuación administrativa, de la autorización dada para realizar notificaciones electrónicas. Como corolario, las notificaciones del acto definitivo y de los actos que resuelven los recursos, si fuere el caso, deberán realizarse de la manera tradicional.

Finalmente el último inciso del artículo 56 del CPA consagra que la notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración. Llama la atención que esta regulación resulta algo confusa, dado que establecer la fecha y hora en que se accedió al acto administrativo por vía electrónica puede resultar

un asunto difícil de determinar. Aquí se debió establecer que la notificación se entendía surtida desde el registro de la misma, por ejemplo, el envío del correo electrónico de manera exitosa, pues es carga del peticionario que autorizó la notificación por esta vía, consultar de manera permanente y continua dicho medio, es decir, para el caso anotado, su correo electrónico. Aunque podría pensarse en un software que le permita detectar a la administración pública el momento en que el peticionario abre su correo electrónico, sin embargo, la crítica sigue siendo la misma, es decir, el administrado podría abstenerse de abrir su correo y, como consecuencia, la notificación permanecería en suspenso.

5. Acto administrativo electrónico: El artículo 57 del CPA habilita a la administración pública para expedir actos administrativos por medios electrónicos, siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad.

Para lo anterior la firma digital⁵⁹⁷, el software de seguridad a los escritos y la publicitación de los actos administrativos en la página web de la entidad pública, cumplirían con estos cometidos. Es deber de la administración pública advertirle al usuario que debe consultar de manera asidua e ininterrumpida la página oficial de la entidad dado que allí puede publicitarse el acto administrativo, asunto que, suponemos, lo debe hacer al momento de comunicar la radicación del derecho de petición, si fue presentado por medio electrónico, o por otro medio eficaz, si se presentó a través de otra vía.

6. Archivo electrónico de documentos: De conformidad al artículo 58 del CPA, cuando el procedimiento administrativo se adelante utilizando medios

⁵⁹⁷ La Corte Suprema de Justicia señala que la inclusión de la firma digital hace presumir que el suscriptor del documento tenía la intención de acreditarlo y de ser vinculado con su contenido, si, además, el suscriptor es el único que usa la firma, esta puede ser verificada, está ligada al mensaje y cumple las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno. Agregó la máxima corporación de la justicia ordinaria que por disposición de la Corte Constitucional, también se requiere que la haya refrendado una entidad autorizada. Ver: COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL. Sentencia 11001311000520040107401 (16, diciembre, 2010), Magistrado Ponente: Pedro Octavio Munar. Es importante aclarar que la firma digital se constituye en un sistema de información encriptada a la cual no tiene acceso sino el titular de la firma digital y quién recibe la información. En estos casos el titular de la firma digital recibe un archivo que solo puede ser abierto por él con una clave secreta y que es entregado por parte de una entidad autorizada que lleva su registro y la refrenda. Dicho archivo es el que se utiliza para enviar documentos con firma digital (art. 35 de la Ley 527 de 1999). Es importante anotar que los documentos firmados digitalmente pueden ser modificados, lo que ocurre es que la presencia de tal firma permite evidenciar su alteración posterior. Así lo explica la doctrina en los siguientes términos: “En efecto, la mayoría de las personas suele pensar que los documentos firmados digitalmente son inmodificables o inalterables, lo cual no es cierto, pues lo que permite la firma digital es evidenciar si el documento ha sido alterado después de firmado. Esta funcionalidad técnica no requiere de expertos o peritos, ya que Windows y otros software de uso común lanzan la alerta sobre el documento alterado y es esto precisamente lo que permite garantizar el otro atributo de los documentos electrónicos para que tengan valor jurídico y probatorio, es decir su integridad”. SÁNCHEZ IREGUI, Felipe. Del Correo electrónico, su valor probatorio y otras vicisitudes. En *Ámbito Jurídico*. Colombia, 18, 11 al 24, julio, 2011. p. 18.

electrónicos, los documentos deberán ser archivados en este mismo medio. Agrega que podrán almacenarse por medios electrónicos, todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas. Lo anterior nos permite colegir el nacimiento de los expedientes electrónicos y de los archivos de dichos expedientes en medios magnéticos, virtuales, digitales o similares. Obviamente en estos casos se debe asegurar el ejercicio del derecho de petición de información.

El inciso segundo de la disposición que se comenta establece que la conservación de los documentos electrónicos que contengan actos administrativos de carácter individual, deberán asegurar la autenticidad e integridad de la información necesaria para reproducirlos, en los términos anotados en el numeral anterior, y registrar las fechas de expedición (envío del correo electrónico), notificación (apertura del correo electrónico por el usuario) y archivo (firmeza del acto administrativo).

7. Expediente electrónico: El inciso primero del artículo 59 del CPA define el expediente electrónico como “el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contenga”.

Como todo expediente, el contenido de uno electrónico debe venir foliado para garantizar su integridad y su recuperación cuando se requiera, para lo cual se elaborará un índice electrónico, firmado digitalmente por la autoridad, órgano o entidad actuante, según proceda (inciso segundo del artículo 59 del CPA).

El último inciso del artículo 59 del CPA establece que la autoridad respectiva conservará copias de seguridad periódicas que cumplan con los requisitos de archivo y conservación en medios electrónicos, especialmente para garantizar la consulta y el ejercicio del derecho de petición de información.

8. Sede electrónica: El primer inciso del artículo 60 del CPA establece una obligación para las autoridades públicas: el deber de tener al menos una dirección electrónica. Así mismo le agrega a dicha obligación un deber de garantía de condiciones de calidad (respuesta de fondo y oportuna), seguridad (software con clave que solo pueda ser utilizado por autoridades competentes), disponibilidad (reproducción de copias físicas o de otro tipo de la información que repose en la página electrónica), accesibilidad (página virtual de fácil consulta), neutralidad (contenido imparcial y no proclive al proselitismo político) e interoperabilidad de la información que repose en dicha dirección –es decir una conectividad con todas las entidades públicas de tal suerte que opere el principio de coordinación administrativa- (inciso segundo del artículo 60 del CPA).

Para lo anterior, el último inciso del artículo 60 del CPA, faculta a las autoridades para establecer sedes electrónicas comunes o compartidas por varias autoridades, siempre y cuando se identifique claramente quién es el responsable para garantizar las condiciones de calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. Agrega que cada autoridad usuaria de la sede compartida será responsable de la integridad, autenticidad y actualización de la información y de los servicios ofrecidos por este medio. Creemos que este inciso se refiere a la posibilidad de que varias personas jurídicas de derecho público puedan compartir una sede electrónica.

9. Recepción de documentos electrónicos por parte de las autoridades:

Establece el artículo 61 del CPA lo siguiente:

- Las autoridades deberán llevar un estricto control de los mensajes recibidos en los sistemas de información incluyendo la fecha y hora de recepción. En otras palabras, los correos electrónicos son enviados, sin embargo, solo hasta que los abren se hace una relación día a día de la recepción con hora y fecha de recibido.
- Las autoridades deben mantener la casilla del correo electrónico con capacidad suficiente (espacio en el disco duro) y contar las medidas adecuadas de protección de la información (antivirus debidamente actualizado).
- Las autoridades deben enviar a los interesados un mensaje acusando el recibo de las comunicaciones entrantes indicando la fecha del mismo y el número de radicado asignado y advirtiéndoles que deben consultar de manera asidua e ininterrumpida la página electrónica oficial, obviamente, precisándoles la dirección electrónica correspondiente. Como se anotó en el primer punto de este numeral, cuando se abre el correo se perfecciona la comunicación e inmediatamente debe aparecer en los medios electrónicos del interesado el radicado de su petición y su orden de turno, con el objeto de que pueda realizar seguimiento a su solicitud.

10. Prueba de recepción y envío de mensajes de datos por la autoridad: En armonía con lo expuesto en el numeral anterior a propósito de lo establecido en el artículo 61 del CPA, el artículo 62 de la misma codificación establece las siguientes reglas:

- El mensaje de datos emitido por la autoridad para acusar recibo de una comunicación, será prueba tanto del envío hecho por el interesado como de su recepción por la autoridad.
- Cuando fallen los medios electrónicos de la autoridad, que impidan a las personas enviar sus escritos, peticiones o documentos, el remitente podrá

insistir en su envío dentro de los tres (3) días siguientes, o remitir el documento por otro medio dentro del mismo término, siempre y cuando exista constancia de los hechos constitutivos de la falla en el servicio. Es menester sobre este punto realizar dos comentarios: en primer lugar, la prueba de la falla del servicio se acredita con el pantallazo del envío y el rebote de dicho envío, el cual se guarda en un software especializado como Microsoft Word o se imprime y se guarda en físico y luego se anexa a la solicitud remitida por otro medio. Por otro lado, es pertinente tener en cuenta que si se envía en debida forma la petición, la autoridad no abre el correo electrónico inmediatamente o al día siguiente de su envío (último inciso del artículo 54 del CPA), el peticionario puede enviar o presentar la petición por otro medio dentro del término comentado, acompañada del pantallazo anotado como prueba de la falla del servicio (no apertura en tiempo del correo electrónico). Todo lo anterior sin perjuicio de que el interesado opte por presentar la petición por otro medio, pues recordemos que los medios electrónicos deben ser medias adoptadas para facilitar el acceso a la administración pública, no para coartarlo.

11. Sesiones virtuales: El artículo 63 del CPA establece que los comités, consejos, juntas y demás organismos colegiados en la organización interna de las autoridades, podrán deliberar, votar y decidir en conferencia virtual, utilizando los medios electrónicos idóneos y dejando constancia en lo actuado por ese mismo medio con los atributos de seguridad necesarios.

12. Estándares y protocolos: Finalmente el artículo 64 del CPA establece que sin perjuicio de la vigencia dispuesta en el nuevo Código en relación con las anteriores disposiciones, el Gobierno Nacional establecerá los estándares y protocolos que deberán cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos. Ahora bien, nos preguntamos si este artículo vulnera el principio de legalidad, dado que los procedimientos administrativos solo pueden ser regulados por leyes emanadas por el Congreso de la República y no a través de actos administrativos. Podría sostenerse que no, siempre y cuando se trate de reglamentaciones internas que no contradigan los principios y regulaciones del Código de Procedimiento Administrativo.

G. Finalización de la Actuación Administrativa.

La Actuación Administrativa puede finalizar a través de un acto administrativo escrito o verbal⁵⁹⁸ que resuelva de fondo el asunto, o un acto administrativo ficto o

⁵⁹⁸ El Consejo de Estado precisa la posibilidad de que existan los actos verbales pero a título de excepción, en

presunto, el cual se configura a través del silencio administrativo. En este último caso, a pesar de su configuración, la administración no pierde competencia para decidir, salvo, si el interesado interpone los recursos contemplados en la vía gubernativa contra el acto presunto (inciso segundo del artículo 40 del CCA) o acude a la jurisdicción contenciosa para enervar la presunción de legalidad del mismo y se le notifica el auto admisorio de la demanda a la entidad demandada (inciso primero del artículo 71 del CCA). Estas reglas fueron ratificadas en el último inciso del artículo 83 del CPA

Por otro lado, la actuación administrativa puede terminar de manera anormal ya sea porque se presente la perención, se profiera un acto administrativo de trámite dando por terminada anticipadamente la actuación administrativa o porque se dé el desistimiento.

1. Terminación anormal de la actuación administrativa

Puede culminar por las siguientes razones:

- La Perención: Si se trata de la intervención de un Agente Oficioso y la persona para quién obra no ratifica su actuación dentro del término de tres (3) meses, contados a partir del momento en que el agente interviene en la actuación administrativa, se produce la efectividad de la caución que tuvo que prestar el mencionado agente y se archiva el expediente (último inciso del artículo 52 del CCA), todo esto a través de un acto administrativo de trámite debidamente motivado susceptible de impugnarse y demandarse. El dinero que se recaude al hacerse efectiva la caución, va a las arcas de la entidad pública, habida cuenta que constituye una indemnización por mover injustificadamente el aparato administrativo. Recordemos que esta figura jurídica se aplica para las actuaciones administrativas en virtud del principio fundamental del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política. Obviamente que si en el lapso de los tres meses se da a conocer una justa causa que imposibilita la ratificación, la administración deberá ampliar el término como consecuencia de la misma, como por ejemplo: si el interesado se encuentra en estado de coma o inconciencia

los siguientes términos: "Sin embargo, la conveniencia de que los actos administrativos consten por escrito o la obligatoriedad de que así sea en determinados casos, no significa que pueda descartarse la posibilidad de que se presenten actos administrativos verbales, es decir decisiones administrativas que a pesar de no constar en un instrumento material, producen efectos jurídicos, bien sea porque respecto de ellas se surta el requisito de publicidad, otorgándoles de esta manera eficacia y por lo tanto produciendo los efectos para los cuales fue tomada la respectiva decisión, o porque esta sea ejecutada directamente." Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de abril de 2005. Expediente 14.519. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Publicada en revista de jurisprudencia y doctrina, *Legis* de julio de 2005, páginas 995 a 997.

por enfermedad o accidente e, inclusive, podrán resolver si está de por medio la efectividad de un derecho fundamental. Lo contemplado en este párrafo fue reiterado por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo en los incisos segundo y tercero del numeral 4º del artículo 77 del CPA, sin embargo, existió una leve variación en cuanto al término para ratificar la actuación, esto es, se pasó de un lapso de tres (3) meses a dos (2) meses.

- El desistimiento: Ya sea expreso o tácito, tal como se explicó cuando iniciábamos el análisis del trámite de la actuación administrativa (art. 8, 13 y 16 del CCA y art. 17 y 18 del CPA). Este desistimiento se materializa a través de un acto administrativo de trámite debidamente motivado susceptible de impugnarse en sede administrativa y demandarse en sede jurisdiccional. Es pertinente anotar que el desistimiento no impide que el peticionario inicie una nueva actuación administrativa por el mismo asunto toda vez que en este caso no opera la cosa decidida.

- Un acto administrativo de trámite que dé por terminada, de manera anticipada, la actuación administrativa, el cual es susceptible de impugnarse en sede administrativa y demandarse en sede jurisdiccional. Este sería el caso, por ejemplo, cuando el peticionario muere y la administración no encuentra mérito suficiente para continuar la actuación administrativa en tales condiciones o cuando se archiva la petición porque el interesado no corrigió o aclaró su solicitud dentro del término pertinente (Inciso primero del artículo 19 del CPA).

2. Acto administrativo escrito y acto administrativo verbal

Es pertinente advertir, antes de adentrarnos en este tema, que los actos administrativos no poseen una forma determinada para expedirse y presentarse, el Consejo de Estado ha sido claro en este sentido al explicar: “[...] su existencia no siempre está sujeta a una determinada forma de expedición o presentación, y si se quiere, de instrumentalización, tanto que la doctrina ha dado cabida a la posibilidad de que el acto administrativo pueda manifestarse aun de manera verbal”⁵⁹⁹.

Como corolario, respecto al acto administrativo verbal, podría agregarse lo siguiente: no solo la jurisprudencia lo establece, la ley lo ha consagrado expresamente, es así como el inciso segundo del artículo 6to del Código Contencioso Administrativo consagra que una actuación administrativa puede culminarse a través de un acto administrativo verbal, veamos: “Cuando la petición

⁵⁹⁹ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Auto (29, enero, 1998). Expediente 4767.

haya sido verbal, la decisión podrá tomarse y comunicarse en la misma forma al interesado. En los demás casos será escrita”.

Es pertinente anotar lo siguiente: de la actuación administrativa verbal iniciada en virtud de un derecho de petición, deberán levantarse una serie de constancias o actas⁶⁰⁰, donde consten la petición, demás aspectos procesales pertinentes y la respuesta a la misma (Inciso tercero del artículo 15 del CPA). Pensamos que debe irse más allá de lo contemplado en el artículo 6to del CCA, el cual solo se refiere a la petición verbal, porque el peticionario deberá poseer un soporte documental que le dé certeza a sus derechos y una prueba que facilite la demanda contra el acto administrativo verbal en sede jurisdiccional, en caso de no estar conforme con el mismo⁶⁰¹ (art. 58 CP “Derechos Adquiridos”), toda vez que en caso contrario, esto es, ante la eventualidad de no probar la existencia del acto administrativo verbal, se generaría un rechazo de la demanda o una sentencia inhibitoria.

Los eventos que pueden generar actos administrativos verbales son, según las voces de Roberto Dromi, citado por el Consejo de Estado, los siguientes:

Por excepción, se podrá prescindir de la forma escrita, cuando: 1) medie urgencia o imposibilidad de hecho; la constancia escrita del acto se hará a la brevedad posible; 2) se trate de actos cuyos efectos se hayan agotado y respecto de los cuales la registración no tenga razonable justificación; 3) se trate de órdenes de servicio que se refieran a cuestiones ordinarias y de rutina, y 4) la voluntad pública se exteriorice por medio de señales o signos.⁶⁰²

Sin embargo la regla general es que la actuación administrativa culmine con un acto administrativo escrito, por las siguientes razones⁶⁰³:

⁶⁰⁰ “Por acta se entiende relación oficial escrita de lo tratado o acordado en junta o reunión, o de algo que ocurre; crónica de un suceso o atestiguamiento de un hecho autorizado por notario (acta notarial), juez u otra autoridad; certificado que se extiende del resultado de unas elecciones al terminar éstas; certificación que acredita la elección de cada candidato; crónica del fallo de un tribunal o de las calificaciones dadas por un tribunal de exámenes o de otra clase (Moliner)”. LAMPREA, Pedro Antonio, Anulación de los actos de la administración pública, 2ª Edición 2004. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.: Bogotá D.C., Colombia, p. 87.

⁶⁰¹ “De acuerdo con lo expuesto, si bien no es la forma común y ordinaria en la que se deben dar sus pronunciamientos, sí es perfectamente posible la existencia de decisiones verbales de la administración, que, en cuanto actos administrativos, también son impugnables ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siempre y cuando se pruebe de manera fehaciente su existencia”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 14519, abril 20 de 2005, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. En Código Contencioso Administrativo de *Legis*, Hojas sustituibles, páginas 43 a 45.

⁶⁰² *Ibid.* p. 43 a 45.

⁶⁰³ LAMPREA. *Op. cit.*, p. 381.

- Seguridad jurídica: Certeza del objeto y fin de la declaración administrativa.
- Control de legalidad: de su contenido se puede inferir una parte motiva y resolutive conforme o no a derecho y materializadora o no de los fines estatales.
- Publicitación de la decisión: facilita su notificación, comunicación o publicación.
- Certeza de su ejecutoriedad: Es decir, vía libre para materializar sus efectos jurídicos luego de su firmeza, advertida como título de ejecución escrito.
- Facilidad de conservación: favorece su archivo, consulta, ejecución o examen futuro.
- Y medio de prueba idóneo: Es elemento de juicio fidedigno de la voluntad de la administración pública.

Las excepciones a la regla general de que todos los actos administrativos son escritos son las siguientes, tal como lo expone el Dr. Pedro Antonio Lamprea en los siguientes términos:

- **Forma verbal:** la ley dispone que, en forma habitual, se adopte conducta verbal en órdenes de policía; relaciones burocráticas de mando del superior a sus subalternos; en el tráfico ordinario de los órganos del Estado; en los informes de actividad; en el ejercicio del derecho verbal de petición.
- **Forma tácita:** ocurre, por vía de ficción legal, en el silencio administrativo, en que la ley presume cierta voluntad pública.
- **Forma implícita:** que es elaboración de la doctrina y según la cual un acto posterior decide la suerte del anterior que disponía sobre la misma materia. Aunque el acto nuevo no lo declare, su oposición al primero demuestra voluntad implícita de dejarlo sin efecto. La jurisprudencia admite insubsistencia implícita, cuando el nominador sin remover un funcionario, designa a otro para el mismo empleo público.
- **Forma simbólica:** En el mundo actual, el símbolo es forma de comunicación. Hay conducta pública en el uso de símbolos. Como ocurre con las señales de tránsito. Nadie podría alegar desconocimiento de su sentido cuando incurre en violación de normas de circulación.⁶⁰⁴

⁶⁰⁴ Las excepciones anotadas son señaladas en su obra: Anulación de los Actos de la Administración Pública, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., Segunda Edición corregida y aumentada, 2004, página 382. Sin embargo el doctrinante Lamprea, establece la forma escrita no convencional como una excepción a lo no escrito, empero, consideramos que en este caso confunde lo no escrito con una de las formas de la publicitación

Ahora bien, el contenido de un acto administrativo escrito que resuelve el fondo del asunto, deberá reunir la siguiente información:

- a. En el encabezamiento del acto se indica el despacho u oficina que lo expide.
- b. El nombre formal del acto, su número y el año de expedición (decreto, resolución, ordenanza, acuerdo número_ del 200_), aunque para algunos doctrinantes este requisito resulta irrelevante habida cuenta que no afecta la legalidad o existencia de la decisión⁶⁰⁵.
- c. La fecha completa de expedición del acto (día, mes, año). No confundir con la fecha de publicitación la cual se materializa con la publicación, notificación, comunicación o ejecución.
- d. Resumen del contenido del acto en una corta frase que sirva de referencia temática para el lector (Por el cual se hace un nombramiento, se acepta una renuncia, se reglamenta la ley tal, etc.).
- e. La denominación legal de la autoridad que lo expide (Presidente de la República, Ministro de Educación, Asamblea de Cundinamarca, etc.).
- f. Las atribuciones legales en que se fundamenta la expedición del acto.
- g. La parte motiva del acto, compuesta por los considerandos de hecho y de derecho que justifiquen su expedición, precedidos de la expresión considerando. Se advierte que no necesariamente la motivación debe estar en el cuerpo del acto administrativo, puede estar contenida en otra documentación referida expresamente en la manifestación, por razones de conveniencia, oportunidad, técnicas, pedagógicas, etc.⁶⁰⁶.

de los actos administrativos, como lo es la comunicación, la cual se puede realizar por los medios más expeditos, como lo son el correo certificado, o el fax, aportes estos últimos de la telemática o transmisión de documentos a distancia, como también lo serían el correo electrónico o el telegrama. Estos eventos no pueden ser confundidos de ninguna manera con la notificación.

⁶⁰⁵ “El acto administrativo está llamado a la forma escrita, finalidad cierta, sin que cuente cómo se denomina, si resolución, acuerdo, ordenanza, decreto, acta etc. La ausencia de nombre no anula su carácter de acto, si reúne las condiciones del mismo. Como fenómeno tangible y determinable es prueba de voluntad administrativa y de la personal injerencia del agente del Estado. El control de legalidad se condiciona, por necesidad, a la prueba de su existencia.” LAMPREA. *Op. cit.*, p. 86.

⁶⁰⁶ “[...] si bien es cierto la doctrina ha dicho que cuando el acto debe ser motivado (y el de adjudicación no es la excepción) los motivos se deben expresar en el cuerpo del mismo, no es menos cierto que esa misma doctrina acepta que esa motivación puede aparecer en otros documentos expresamente referenciados, sin que sea menester repetir sus textos [...]”. COLOMBIA.CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Tercera. Sentencia, expediente 6920. 1, octubre, 1992.

h. La parte dispositiva, compuesta por las decisiones, redactadas en artículos, incisos, numerales, literales y párrafos, precedida de las expresiones, decreta, resuelve, ordena o acuerda, según la clase de acto. Es necesario acotar que la falta de este requisito genera inexistencia del acto administrativo dado que no tendría fuerza vinculante ni generaría eventuales efectos jurídicos.

i. Las expresiones “comuníquese y cúmplase”, “notifíquese y cúmplase”, o “publíquese y cúmplase”, según el mecanismo de publicidad que deba utilizarse. Si se menciona el mecanismo incorrecto podría predicarse ilegalidad del acto administrativo por vulneración de las normas en que debería fundarse.

j. El lugar y nuevamente la fecha de expedición.

k. Las firmas correspondientes: Sobre este requisito en particular el Consejo de Estado ha expresado: “[...]pero es claro para la sala que la firma de la autoridad que profiere el acto, además de ser el signo de su responsabilidad, a través del cual se puede establecer el aspecto subjetivo del acto y precisar la competencia de quien lo expide, constituye un requisito de forma, que de ser omitido daría lugar a la causal de anulación del acto, que el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo denomina expedición en “forma irregular”, ya que los funcionarios públicos, no solamente deben firmar sus decisiones, sino que de conformidad con el artículo 321 del Código de Régimen Político y Municipal deben firmarlos “poniendo con todas sus letras el nombre y apellido”⁶⁰⁷.

A pesar de la posición jurisprudencial transcrita en el párrafo anterior, en nuestra opinión no es posible compartir esta tesis, toda vez que una decisión administrativa que no culmine con la firma de la autoridad competente, no es más que un acto administrativo inexistente, habida cuenta que aún no se ha adoptado o expedido, dado que la rúbrica acompañada del nombre legible es la manifestación inequívoca del compromiso de la administración pública frente a lo decidido, en caso contrario, no es más que un proyecto sin ningún poder vinculante. Si se llegare a operativizar un acto administrativo en estas condiciones, la acción de reparación directa sería procedente, toda vez que la operación administrativa sería irregular porque materializaría los efectos jurídicos de una decisión que no ha nacido a la vida jurídica.

⁶⁰⁷ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sección Tercera. (16, septiembre, 1994) *Op. cit.*, Expediente N°5672.

Cláusulas accesorias: Aunado a lo expuesto en líneas anteriores, la administración pública puede introducir en la parte motiva y resolutive de los actos administrativos, aspectos adicionales para cumplir en debida forma con lo resuelto, sin que tales aspectos sean determinantes para considerar al acto administrativo como existente, aunque sí podrían serlo en el ámbito de validez cuando sea la propia ley la que exija su introducción⁶⁰⁸. Esto es lo que la doctrina ha denominado cláusulas accesorias de los actos administrativos, entre las cuales se tienen las siguientes: la decisión sometida a un término o plazo, a una condición resolutoria⁶⁰⁹ o suspensiva, o a un modo o formalidad⁶¹⁰, la motivación adicional en aquellos actos administrativos que por ley no tienen que motivarse o la indexación en caso del reconocimiento de sumas de dinero.

La motivación del acto administrativo: De toda la información anterior, el elemento que se hace más importante es “la motivación”, ya que, si se transgrede, se evidencian importantes consecuencias jurídicas, veamos:

De conformidad a lo estipulado en el artículo 35 del CCA y el artículo 42 del CPA, todo acto administrativo que afecte a particulares, que culmine una actuación administrativa, deberá estar motivado. Motivación que estará fundada en las opiniones que hubieren vertido los interesados durante la actuación y en las pruebas e informes que se hubieren recaudado durante la misma, además del debido sustento legal.

La motivación del acto administrativo escrito, se entiende como, las razones fácticas y jurídicas que llevan a la administración pública, a tomar una decisión en determinado sentido. Las razones fácticas se deducen de los

⁶⁰⁸ Este es el caso de las mujeres embarazadas que ocupan un cargo de libre nombramiento y remoción, donde en principio la subsistencia se puede generar sin motivación alguna, empero en estos casos la motivación es obligatoria. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado quien soportó igualmente su decisión en el artículo 43 de la Constitución Política y el artículo 21 del Decreto 3135 de 1968, según el cual, durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto, el retiro solo puede efectuarse con justa causa comprobada y por resolución motivada. Sin estas formalidades, se presume que se efectuó por motivo del embarazo. (COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia 8064-05. (1, junio, 2006).

⁶⁰⁹ “Esta figura aplicada mutatis mutandi al ámbito del acto administrativo pendiente condicione entraña la extinción de pleno derecho de sus efectos jurídicos (Marienhoff) por disposición de la ley. Lo que da tanto como afirmar que el acto administrativo que cobró firmeza deja de ser obligatorio, por el cumplimiento de una condición impuesta por el *Legislador* de la cual dependían sus efectos y, por lo mismo, los afectados con la medida pueden oponerse por la vía de la excepción de pérdida de ejecutividad, según lo establece el artículo 67 del Código Contencioso Administrativo” *COLOMBIA*, CONSEJO DE ESTADO, Sentencia (3, diciembre, 2007). En Revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis*, octubre de 2008, p. 1703 a 1712.

⁶¹⁰ El profesor Pedro Antonio Lamprea trae como ejemplo de cláusula modal el evento de que se expidan actos administrativos que adviertan que solo producirán efectos jurídicos cuando se adopten los programas o proyectos de acción de que trata el artículo 45 de la ley 489 de 1998. LAMPREA. *Op. cit.*, p. 334.

elementos de juicio recaudados durante la actuación administrativa⁶¹¹ y las razones jurídicas se encuentran en la normativa pertinente, que regule la materia respectiva.

La regla general es que todos los actos administrativos que afectan a particulares deberán estar debidamente motivados: salvo las excepciones contempladas en la Constitución o en la Ley. Esto con el objeto de proteger el debido proceso (Artículo 29 de la Constitución) y el derecho de defensa de los interesados con la decisión, en el sentido de que, en la etapa de la publicitación del acto, se conocerán las razones que dieron lugar a la decisión y de ellas se inferirá, si la misma está ajustada a derecho. En este sentido la Corte Constitucional se expresó y como justificación argumentó las siguientes razones:” [...], en primer lugar, tanto en unos como en otros (se refiere también a los fallos judiciales) la motivación se orienta al convencimiento de las partes, eliminando cualquier arbitrariedad y facilitando el saber por qué se tomó la decisión respectiva, lo cual permite la viabilidad de los recursos. En segundo lugar, porque pone de manifiesto la vinculación de la administración al ordenamiento jurídico y por consiguiente, la motivación se puede caracterizar como la explicación, dada por la administración, mediante fundamentación jurídica, de la solución que se da al caso concreto. Y en tercer lugar, porque también permite el control de la actividad administrativa por parte de la opinión pública, como extensión del principio de publicidad del artículo 209 de la CP en la parte que consagra: “la función administrativa está al servicio de los intereses generales” y del artículo 123 en la parte que indica: “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad”. En otras palabras, la comunidad tiene derecho a estar informada, la sociedad no es indiferente al conocimiento de las resoluciones que le puedan interesar, [...]; esta es una proyección del principio de publicidad y es corolario del estado democrático”.

Luego, en este mismo pronunciamiento, la Corte concluye de manera contundente de la siguiente forma: “Esta más que definido que la publicidad, que implica motivación, es esencial en el ordenamiento colombiano. Hasta el punto que la Corte Constitucional, en un caso de tutela llegó a decir: “la falta de motivación del acto hace pensar que la administración no produjo el acto por razones del buen servicio administrativo”⁶¹².

⁶¹¹ El Dr. Jairo Parra Quijano, argumenta sobre el particular “Las providencias de los funcionarios suelen estar llenas de citas y de transcripciones, pero raquíticas en la narración y evaluación de los hechos. Cuando ello ocurre, se viola el principio de la socialización o publicidad de la prueba, porque la sociedad no puede ejercer control sobre lo que no entiende, Podemos afirmar que control es entender.

Los hechos y la prueba de ellos deben ser explícitos, de tal manera que toda persona pueda entender, que fue lo que pasó desde el punto de vista fáctico y como se probó.” PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional., p. 11.

⁶¹² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-250 de mayo 26 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro

Es por lo anterior que no compartimos la posición que el Consejo de Estado alguna vez contempló, en el sentido de que la regla general era precisamente lo contrario: la no motivación expresa del acto administrativo⁶¹³. Además, porque la motivación expresa se hace necesaria para que se ejerza el control jurisdiccional respectivo.

La jurisprudencia, a título enunciativo, ha expresado los siguientes actos administrativos, como de aquellos donde es indispensable la motivación⁶¹⁴:

- a.** El acto que extinga o modifique una situación jurídica ya creada. Por ejemplo: la reliquidación de una pensión.
- b.** El que cambia una práctica administrativa sin que se produzca modificación en el ordenamiento: Por ejemplo, el que ordena que los Servidores Públicos adscritos a determinada entidad ya no percibirán viáticos para capacitaciones dentro de determinado ámbito territorial.
- c.** El que esté en contradicción con actuaciones o documentos que formen parte de la actuación administrativa. Por ejemplo, en el evento en que se descubra que determinados documentos, que obran en el expediente, los cuales acreditaban que una persona había cursado determinados estudios, con el objeto de ascender en carrera, carecen de fundamento fáctico, ya que se comprueba que el funcionario no asistió a los mencionados cursos.
- d.** El que se expide siguiendo ciertos factores señalados como presupuestos en la ley. Por ejemplo, el acto de adjudicación de un Contrato Estatal.
- e.** El que cree situaciones perjudiciales para el administrado. Una calificación insatisfactoria en carrera administrativa.

Los actos administrativos discrecionales en virtud del principio de razonabilidad, también deben ser motivados, tal como lo contempla el artículo 36 del CCA y el artículo 44 del CPA, esto es lo que se infiere de lo siguiente: “En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional,

Martínez Caballero.

⁶¹³ “Por otra parte, se debe distinguir la necesidad de la existencia o suficiencia de motivos para la expedición de un acto y la obligación de la administración de expresarlos. Esta obligación no existe como regla general, por cuanto se presume legalmente la existencia de motivos, por lo que ella solo surge cuando la Constitución o la Ley así lo exija o cuando dicha necesidad se imponga por ciertas circunstancias especiales que la exija para hacer posible el control de legalidad del acto administrativo. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Sentencia. 4, julio, 1984.

⁶¹⁴ C.E., sección segunda, Sentencia ago. 30/77). Negrilla fuera de texto.

debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa”.⁶¹⁵

Sobre la regla general de motivación frente a los actos administrativos que resulten de la potestad discrecional, la Corte Constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“El ordenamiento jurídico contemporáneo prevé un control jurisdiccional al acto que afecta intereses protegidos de los administrados, mediante el examen de los hechos antecedentes que hacen posible la aplicación de la norma jurídica que dota a la administración de menor o mayor grado de discrecionalidad. Es decir, la discrecionalidad no supone la libertad de la administración para actuar prescindiendo de la necesidad de justificar la realidad de la actuación concreta. Por lo tanto, en el acto administrativo debe diferenciarse lo que es discrecional de lo que es regla de derecho, para encauzarlo, dirigirlo y sobre todo limitarlo.”⁶¹⁶

Como excepción contemplada en la ley, donde el acto administrativo no debe motivarse, tenemos: La facultad de libre nombramiento y remoción (Artículo 26 del Decreto-Ley 2400 de 1968). Anteriormente también constituía una excepción la declaratoria de insubsistencia de nombramientos en provisionalidad (artículo 107 del Decreto 1950 de 1973), sin embargo con el advenimiento del parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, desarrollado por el artículo 10° del Decreto 1227 de 2005, expedido por la Presidencia de la República y el Departamento Administrativo de la Función Pública, se establece que antes de cumplirse el término de duración del encargo, de la prórroga o del nombramiento provisional, el nominador, por resolución motivada, podrá darlos por terminados.

Teoría de los motivos determinantes: En el caso de que la administración, a pesar de que tenga la posibilidad de no motivar el acto administrativo, tal como lo contempla la ley, lo llegare a motivar, tales motivos serán controlables por el Juez Administrativo. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Toda la teoría francesa de los motivos determinantes cuando se obra con facultad discrecional, está fundada en la espontánea motivación que se dé en el texto mismo de la decisión administrativa a aquéllas que por ser proferidas en ejercicio de ese

⁶¹⁵ “El acto así producido deberá ser adecuadamente motivado con base en el análisis documental–probatorio, conforme a las normas de la sana crítica y resolviendo siempre en derecho las cuestiones planteadas tanto en la iniciación del procedimiento administrativo como durante su trámite, si se trata de decisiones regladas, o con consideraciones jurídicas y de oportunidad, en los casos de decisiones discrecionales”. SANTOFIMIO GAMBOA.. Tomo III. *Op. cit.* 251.

⁶¹⁶ Corte Constitucional, SU–250 del 26 de mayo de 1998, M.P.: Alejandro Martínez Caballero.

poder no requieren la manifestación de los motivos que en el ánimo del funcionario las determinaron. Es claro que si en tales circunstancias se expresan los motivos, ellos deben ser verdaderos y cabe controvertir en juicio si lo son o no. De no serlo, se configura la desviación de poder, cuando no aparecen motivos justificativos del acto, en razón de buen servicio, o cuando se pretextaron motivos inexistentes para apoyar la decisión.

Pero la teoría del motivo determinante se basa necesariamente en que el funcionario al ejercer su facultad haya expresado en el mismo acto el motivo que determinó su decisión. Cuando éste se declara, cabe controvertirlo y, demostrada su falsedad, puede llegarse a la conclusión de que no existió un motivo de buen servicio que justificara la decisión.⁶¹⁷

Las irregularidades que se presenten en la motivación del acto, generan dos vicios en el acto administrativo, que lo hacen susceptible de anulación ante la jurisdicción contenciosa-administrativa, así:

a. Expedición Irregular del Acto: En el evento en que la motivación expresa del acto administrativo faltare, es decir, la falta de motivación, salvo que la Constitución o Ley tenga al acto administrativo como de aquellos que no deben motivarse.

También se da cuando la motivación es insuficiente o ambigua: lo cual se produce cuando la motivación no es seria, adecuada o suficiente e íntimamente relacionada con la decisión que se pretende, rechazándose así la que se limita a expresar fórmulas de comodín o susceptibles de ser aplicadas a todos los casos⁶¹⁸.

b. Falsa motivación: Se da cuando la motivación no corresponde a los presupuestos fácticos y jurídicos que dieron lugar a adoptar la decisión en determinado sentido.

3. El Silencio Administrativo

Ante la omisión de la Administración de adoptar y publicitar una decisión, dentro de determinado tiempo, en virtud de una actuación administrativa iniciada en ejercicio del derecho de petición en interés particular o de información o de la interposición de los recursos en vía gubernativa o cuando así se señale en normas especiales frente a peticiones de esta misma índole, se producirá un acto administrativo presunto, que, por regla general, tiene efectos negativos y

⁶¹⁷ Consejo de Estado, Sentencia de 242 de enero de 1963. Anales números 401 y 402. Citada por Gustavo Penagos en su obra *El Acto Administrativo*, Tomo II, Ediciones Librería Del Profesional, Séptima Edición, página 515.

⁶¹⁸ C.E. Sec. Primera, Sent. Jul. 4/84.

excepcionalmente positivos.⁶¹⁹ Esta figura jurídica no es más que una sanción a la Administración por omitir su deber de proferir y publicitar un acto administrativo en tiempo.⁶²⁰ Es importante acotar en este punto que si la petición se presenta ante autoridad incompetente y lo sabe de antemano el peticionario, es deber del interesado estar pendiente de la remisión al competente, pues en caso de que opere el silencio administrativo, la entidad competente podrá excepcionar en el correspondiente proceso judicial que nunca recibió la petición y así exonerarse de responsabilidad.

En este caso, estamos hablando de una omisión voluntaria, es decir, de una abstención premeditada de la Administración de proferir y publicitar una decisión dentro de determinado tiempo, a pesar de existir una actuación administrativa. Cuando se trata de abstenciones involuntarias, estamos en el terreno de los hechos administrativos y, por ende, no se configuran actos administrativos presuntos. La decisión presunta cobija su motivación, la cual se traduce en una supuesta negativa o aquiescencia a lo solicitado, según el caso, por tanto, la demanda contra el acto presunto sería anti técnica, si se llegara a hablar dentro de la misma de falta de motivación.

Desacertadamente algún sector de la doctrina ha considerado que el acto administrativo presunto que resulta del silencio administrativo no es el resultado de la voluntad. Así lo ha manifestado el profesor Gustavo Penagos al expresar: “Si la administración guarda silencio, mal podría decirse que hay manifestación de la voluntad en forma directa o indirecta”⁶²¹. De lo que se olvida este eminente tratadista es que el silencio administrativo necesariamente resulta del ejercicio del derecho de petición, por lo tanto, la administración está perfectamente enterada de que debe pronunciarse y sin embargo, por negligencia o dolo decide no emitir decisión alguna. Esto no es más que una manifestación ineludible del querer de la administración, materializada en un interés de burla de los derechos de los asociados. Simplemente es el querer de no servir al conglomerado de manera arbitraria, a lo cual el legislador le quiso dar connotación jurídica para no ver perjudicados los derechos de los administrados.

⁶¹⁹ “Este fenómeno jurídico puede definirse como una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la Administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones”. Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de febrero de 1998, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

⁶²⁰ “El Legislador ha previsto algunas hipótesis en las cuales, en nuestra opinión, como mecanismo de sanción a la Administración morosa, presume el surgimiento de actos administrativos con determinados efectos frente a los interesados”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, p. 221.

⁶²¹ El Acto Administrativo, Página 401, Ediciones Librería del Profesional, Séptima edición

Excepciones

a. Derecho de petición en interés general: La figura del silencio administrativo solo se configura frente a situaciones jurídicas particulares y concretas, las cuales se consolidan a través de un acto administrativo particular, es decir, el acto presunto, nunca procederá frente a situaciones generales, impersonales o abstractas, donde necesariamente deberá existir un acto administrativo general que regule la materia. Esto se colige de lo normado en el inciso primero del artículo 40 del CCA y del inciso primero del artículo 83 del CPA, los cuales hablan de la notificación de la decisión, ante lo que es necesario advertir que las únicas decisiones que se notifican son las de carácter particular y concreto (art. 44, CCA y art. 66, CPA). En cuanto a peticiones de interés general, si la administración no se pronuncia en tiempo, procede la acción de tutela y si lo hace, el mecanismo de publicitación de esta decisión es el de la comunicación si es desfavorable a los intereses del peticionario o la comunicación y la publicación si es favorable (art. 43 del CCA y art. 65 del CPA).

b. Derecho de petición de consulta: El silencio administrativo tampoco opera frente al derecho de petición de consulta, habida cuenta que el producto es un concepto sin fuerza vinculante, de lo que se colige que un concepto presunto se traduce en una figura jurídica inútil.

c. Derecho de petición ante particulares: El silencio administrativo no opera en el caso del derecho de petición ante particulares, toda vez que los mismos no tienen la virtualidad de proferir actos administrativos, ni siquiera de carácter presunto, salvo que la ley diga otra cosa. Lo anterior se afirma sin perjuicio de la acción de tutela y la sanción pecuniaria a que haya lugar. Por otro lado, si se trata de particulares que cumplen funciones administrativas, si opera el silencio administrativo porque en este evento actúan como administración pública.

d. El recurso ordinario de queja: De conformidad a lo consagrado en el inciso primero del artículo 60 del CCA y en el inciso primero del artículo 86 del CPA solo los recursos ordinarios de reposición y apelación son susceptibles de producir un acto presunto de carácter negativo.

e. El recurso de insistencia: Debido a que posee un trámite especial consagrado en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985 y en el artículo 26 del CPA

f. El recurso extraordinario de revocatoria directa: Tal como lo dispone el artículo 72 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 96 del Código de Procedimiento Administrativo, en este caso no se aplica el silencio administrativo.

Efectos:

a. Es un mecanismo procesal que da por terminada la actuación administrativa.

b. Es un mecanismo sustancial que se configura a través de una ficción jurídica que busca proteger el debido proceso del interesado, en el sentido de que este obtenga, obligatoriamente, una decisión en determinado sentido por parte de la administración, para adquirir certeza jurídica de su situación y no ver truncada la posibilidad de obtener un derecho subjetivo, sea por la vía gubernativa o por la vía jurisdiccional. En este último evento también se evidencia que esta figura busca proteger el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia.

Finalidad

El silencio administrativo es una figura jurídica elaborada con la finalidad de tener acceso a la vía gubernativa o jurisdiccional, para evitar que la actitud omisiva de la administración, pueda torpedear el control de su actividad. Aún más, en ocasiones permite obtener lo solicitado o reclamado equiparándose su resultado a una decisión favorable para el administrado, configurándose nuevamente una intención legal consistente en evitar aquellas actitudes omisivas perjudiciales para el conglomerado, incontrolables y arbitrarias. La finalidad, en todo caso es, entonces, evitar la falta de control de actividades arbitrarias y despóticas materializadas en omisiones intencionales y premeditadas de carácter ilegal al interior del proceso administrativo⁶²².

Modalidades

- **Silencio Administrativo Sustancial:** Es aquel que se produce en la etapa de la actuación administrativa, es decir, la de la formación del acto, con el objeto de no prolongar indefinidamente en el tiempo la misma y así, darle la posibilidad, al administrado, de interponer los recursos de la vía gubernativa o ir directamente a la vía jurisdiccional. (Inciso 2do del artículo 135 del CCA -Este silencio agota la vía gubernativa- y último inciso del artículo 83 del CPA).

⁶²² “La figura del silencio administrativo negativo se consagró como garantía para el administrado y no en beneficio de la administración negligente en la resolución de las peticiones. Se trató de esta manera de facilitarle al interesado el acceso a la administración de justicia ante el silencio de la autoridad en ejercicio de función administrativa, creando la ficción de que tal silencio u omisión equivalía a una respuesta negativa, como regla general, que podía ser demandada judicialmente. Por eso el artículo 135 del Código Contencioso Administrativo dispuso que una vez ocurrido el acto ficto el interesado puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 15 de junio de 2006. Expediente 8406-05. Consejero ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante. Extracto Jurisprudencia publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2006, páginas 1963 a 1965.

Esta figura está regulada en el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo.

- **Silencio Administrativo Procesal:** Se da en la vía gubernativa, el cual se presenta en el caso en que la administración no resuelva los recursos de reposición o apelación interpuestos. Se busca que no se vea afectado el derecho subjetivo del interesado. Cuando se presentan dentro del término de ejecutoria el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, el término de configuración del silencio para ambos recursos corre de manera simultánea. Ahora bien, si los recursos no se interponen de manera simultánea, empero, se presentan dentro del término de ejecutoria, el lapso para configurar el silencio administrativo se produce de manera independiente para cada uno. Se aclara que si se presentan de manera simultánea los recursos referidos, se configura un solo acto presunto respecto de los dos medios de impugnación. Por otro lado, si se resuelve el recurso de reposición pero se guarda silencio frente a la apelación, frente a esta última se configura el acto presunto y viceversa.

Esta figura, está regulada en el artículo 60 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 86 del Código de Procedimiento Administrativo.

Clasificación

a. Silencio Administrativo Negativo

Es la regla general, es decir, en todos aquellos eventos surgidos del derecho de petición en interés particular o de la interposición de los recursos, donde la administración deba pronunciarse dentro de determinado tiempo, si no lo llegare a hacer, se presume que está produciendo un acto administrativo que deniega lo solicitado por el interesado. Esta figura no opera cuando el pronunciamiento es parcial, pues en estos eventos la adición debe solicitarse mediante recurso o queda en firme lo decidido

La jurisprudencia en alguna oportunidad consideró que el silencio administrativo negativo no daba como resultado una decisión administrativa presunta, porque “con el silencio negativo no se genera ningún cambio, por el contrario, se mantiene una situación preexistente”⁶²³. En verdad con el silencio administrativo negativo no se consigue ninguna modificación en la situación jurídica del administrado, sin embargo, es precisamente este el efecto jurídico que configura el acto administrativo, porque, simplemente se considera que la administración

⁶²³ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 5 de febrero de 1998, Dr. Ricardo Hoyos Duque, Expediente N°AC-5436, Actor: Judith Correa Luque.

no accede al *petitum* y, por ende, su voluntad presunta gira en torno a denegar la posibilidad de una mutación en el tráfico jurídico, lo que indubitadamente nos permite inferir el acto administrativo.

El inciso 1º del artículo 40 del CCA lo regula, de la siguiente manera: “[...] transcurrido un lapso de tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa”. A su vez, el inciso 1º del artículo 60 de la misma normativa también lo consagra, así: “Transcurrido un plazo de dos (2) meses, contado a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa”.

Así mismo el inciso 1º del artículo 83 del CPA lo reglamenta, en los siguientes términos: “Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa”. De igual forma, el inciso primero del artículo 86 de dicha codificación lo estipula, veamos: “Salvo lo dispuesto en el artículo 52 de este Código, transcurrido un plazo de dos (2) meses, contados a partir de la interposición de los recursos de reposición o apelación sin que se haya notificado decisión expresa sobre ellos, se entenderá que la decisión es negativa”.

La redacción de los anteriores artículos podría considerarse afortunada, ya que la misma compagina con el núcleo esencial del derecho de petición: “pronta resolución”, habida cuenta de que uno de sus componentes es la publicitación del acto administrativo de carácter particular y concreto a través de la notificación. En caso de que la administración no notifique la decisión, la vulneración del derecho de petición es evidente porque el interesado nunca se enteraría de la decisión adoptada por la administración en debida forma y como sanción operaría el silencio administrativo negativo. Por otro lado, tal como se explicó líneas atrás, otra utilidad práctica de la mención de la palabra “notificación” en la disposición en comento, radica en circunscribir el silencio administrativo negativo al derecho de petición en interés particular.

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 83 del nuevo Código de procedimiento Administrativo expresa que si el término para resolver una petición, de conformidad con la ley, supera el lapso contemplado para configurar el silencio administrativo negativo, este solo puede materializarse una vez venza el plazo para resolver la solicitud, en cuyo caso se agrega un mes y luego de su finalización surge el acto presunto con efectos negativos. Veamos lo que contempla la nueva legislación sobre el particular: “En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que esta se hubiere decidido, el silencio

administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión”. Desafortunadamente el nuevo Código no contempla el evento del plazo superior tratándose del silencio administrativo procesal, por tanto, consideramos que por analogía, en este caso se debe aplicar la misma regla señalada para el silencio administrativo sustancial, es decir, si se superan los dos (2) meses, se agrega un (1) mes adicional al estipulado por la ley.

La ocurrencia del silencio negativo no impide que la administración resuelva:

El inciso segundo del Artículo 40 del CCA es claro en precisar lo siguiente: la administración no pierde la competencia para decidir la petición, a pesar de que se configure el silencio administrativo negativo. En cuanto al silencio administrativo negativo de carácter procesal, por su simple ocurrencia, la administración no pierde competencia para resolver los recursos (último inciso del art. 60 del CCA). Esta regla se reitera en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo (último inciso del art. 83 del CPA y penúltimo inciso del art. 86 del CPA).

Incompetencia para resolver la petición: Se da en los siguientes eventos:

En lo que tiene que ver con el silencio administrativo de carácter sustancial, si el interesado interpone los recursos en la vía gubernativa contra el acto presunto, lo cual puede realizarse en cualquier tiempo, tal como lo consagra el artículo 51 del Código Contencioso Administrativo y el inciso primero del artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo (Inciso segundo del artículo 40 del CCA y último inciso del artículo 83 del CPA).

En cuanto al silencio administrativo negativo de carácter procesal, cuando el interesado acuda a la jurisdicción contencioso administrativa (último inciso del artículo 60 del CCA y penúltimo inciso del artículo 86 del CPA), lo cual se entiende materializado con la notificación del auto admisorio de la demanda a la entidad demandada, ya que la administración no posee otro mecanismo que de carácter oficial la entere de la decisión adoptada por el administrado, y por ende, antes de tal notificación, podrá considerarse competente para decidir los recursos. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Bajo este contexto es que debe interpretarse la limitación en el término indefinido de la competencia de la administración para resolver los recursos cuando ha operado el silencio administrativo negativo. En este punto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en considerar que una vez se ha demandado y se ha trabado la litis con la notificación del auto admisorio de la demanda, la administración ha perdido competencia para resolver los recursos, pues solo hasta ese momento es que la administración tiene conocimiento de que el particular ha acudido a la jurisdicción.⁶²⁴

⁶²⁴ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 17 de junio de 2004, expediente 13.272. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié. Revista Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, Páginas 1421 a 1423. Sin

Es pertinente manifestar que en lo relacionado con el silencio administrativo de carácter sustancial, la administración pública también pierde competencia para resolver la petición inicial si el interesado decide acudir a la vía jurisdiccional con el objeto de solicitar la nulidad del acto presunto de carácter negativo. Este momento de pérdida de competencia se materializa, al igual que lo que sucede con el silencio administrativo procesal, en el momento que la administración es notificada del auto admisorio de la demanda. Esta incompetencia se justifica porque a partir de que se traba la Litis, es a la Jurisdicción Contenciosa a la que le corresponde resolver sobre la legalidad o no del acto presunto y su consecuente nulidad y desaparición jurídica en caso de ser inválido. Por ende, si la administración pudiera resolver la petición inicial, intrínsecamente revocaría la decisión presunta, lo cual es jurídicamente imposible, en virtud de lo contemplado en el artículo 71 del CCA⁶²⁵. Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado hizo extensiva la regla consagrada en el último inciso del artículo 60 del CCA en los siguientes términos: “Podría aducirse, en sentido contrario, que la administración no pierde competencia para pronunciarse respecto de la petición inicial o del recurso gubernativo mientras no se haya acudido ante la jurisdicción

embargo en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado se aparta de esta posición y aduce que con la sola interposición de la demanda ya pierde competencia la administración para resolver los recursos interpuestos, veamos: “Acudir, según el diccionario de la real academia de la lengua, significa (cruce de recudir y acorrer). 1. intr.. Dicho de una persona; ir al sitio a donde le conviene o es llamada. E. intr.. Ir o asistir con frecuencia a alguna parte. 3. intr.. Dicho de una cosa: Venir, presentarse o sobrevenir [...], por lo que bastaría simplemente con la presentación para que la administración perdiera la potestad de decidir”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 15 de junio de 2006. Expediente 8406-05. Consejero ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante. Extracto Jurisprudencia publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2006, páginas 1963 a 1965. Sin embargo, con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo se clarifica por parte del *Legislador* el asunto, toda vez que la administración pública solo pierde competencia para resolver los recursos, cuando se notifica el auto admisorio de la demanda en el evento de que el interesado haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (penúltimo inciso del artículo 86 del CPA).

⁶²⁵ Sin embargo, el Consejo de Estado no comparte esta opinión, pues considera que el acto administrativo presunto no se configura de manera automática una vez vence el plazo respectivo, dado que la administración aún conserva competencia para decidir de fondo y, por ende, no requiere de revocar previamente el decisión ficta. Veamos lo dicho por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo sobre este asunto: “Para corroborar que la finalidad de la norma legal al consagrar el silencio administrativo negativo inicial o sustancial es el de considerarlo como una garantía a favor del peticionario que no ha de operar de manera automática, por el solo vencimiento del plazo consagrado en la norma como requisito para su configuración, basta tener presente que por disposición expresa de la misma ley, la administración conserva intacta su competencia para decidir sobre la petición inicial mientras dicho peticionario no hubiere recurrido en vía gubernativa el acto administrativo ficto o presunto resultante del silencio administrativo negativo sustancial o no lo hubiese demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, disposición que resultaría incompatible y excluyente con la hipótesis de que en estos casos el acto administrativo ficto o presunto se debiere tener por configurado, de manera automática, a partir de la expiración del plazo comentado, puesto que si ello fuere así, por elemental congruencia, habría que concluir entonces que en este último escenario, para que la administración pudiese pronunciarse sobre la petición inicial, resultaría indispensable que previamente se dispusiere la revocatoria , total o parcial, del acto administrativo ficto o presunto preexistente”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de marzo de 2007. Expediente 14850. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2008, páginas 612 a 627.

de lo contencioso administrativo, expresión que se ha entendido extensivamente en el sentido de que puede pronunciarse mientras no se haya notificado el auto admisorio de la demanda”.⁶²⁶

Éste pronunciamiento tuvo eco en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, al disponer expresamente lo siguiente: “La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demanda” (Último inciso del artículo 83 del CPA).

- La ocurrencia del silencio administrativo positivo ocasiona la pérdida de competencia para resolver la petición inicial o los recursos, si es el caso, porque la administración, a partir de la configuración de tal silencio, solo adquiere competencia para revocar la decisión presunta con efectos favorables al solicitante (Inciso segundo del artículo 73 del CCA e inciso primero del artículo 97 del CPA).

Medio Probatorio: El silencio administrativo negativo se prueba en la jurisdicción contencioso administrativa, a través de la copia del documento contentivo de la petición presentada o de los recursos interpuestos. Copia a la que hace referencia el último inciso del artículo 5to del CCA y el último inciso del artículo 15 del CPA. Tal anexo del libelo, irá acompañado de la afirmación que haga el administrado en su demanda, de que la administración no se ha pronunciado sobre la petición. Es a la administración a la que le corresponde demostrar que si profirió y notificó decisión. El cumplimiento de este requisito es obligatorio⁶²⁷ y recomendable para aumentar la posibilidad de que las pretensiones de la demanda salgan favorables. Es también importante, para que el funcionario judicial pueda contabilizar el término respectivo y determine la configuración del acto presunto, con sus respectivos efectos jurídicos negativos para el caso concreto.

⁶²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 15 de junio de 2006. Expediente 8406-05. Consejero ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante. Extracto Jurisprudencia publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2006, páginas 1963 a 1965

⁶²⁷ El último inciso del artículo 138 del CCA señala: “Si se alega el silencio administrativo a la demanda, deberán acompañarse las pruebas que lo demuestren”. Regla reiterada en el numeral 1º del artículo 166 del CPA

Control:

-Vía Gubernativa: En virtud de lo consagrado en el inciso primero del artículo 51 del Código Contencioso Administrativo y en el inciso primero del artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo, los recursos se podrán interponer en cualquier tiempo, es decir, el acto presunto no posee término de ejecutoria.

- Vía Jurisdiccional: El silencio administrativo agota la vía gubernativa, por lo tanto se puede acudir a la vía jurisdiccional, sin necesidad de interponer los recursos respectivos. (Artículo 135, inciso 2do, Código Contencioso Administrativo y numeral 2º del artículo 161 del CPA).

El numeral 3º del artículo 136 del CCA, señala la posibilidad, en el caso del silencio administrativo procesal, es decir, el que se da por la no resolución de los recursos, de acudir a la vía jurisdiccional en cualquier tiempo, es decir, haciendo caso omiso al término de caducidad para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (Cuatro meses, de acuerdo al numeral 2do del artículo 136 del CCA).

Ahora bien, frente a lo anterior cabría preguntarse: “¿ante el silencio administrativo sustancial si opera el término de los cuatro meses?”, la respuesta, en procura de protegerle el debido proceso y el derecho de defensa al administrado, no puede ser más que una: no opera, porque, en caso contrario, se violarían principios fundamentales como la igualdad ante la ley. Las desigualdades en la legislación deben ser razonables y proporcionadas y en este caso no se evidencia ningún motivo lógico jurídico para aplicar el término de la caducidad de la acción para el acto administrativo presunto resultante del silencio administrativo sustancial y no para el que surge del procesal. Con el advenimiento de la Constitución del 91 indubitadamente la interpretación debe ser en este sentido y no en otro, por lo tanto las posiciones jurisprudenciales contrarias están mandadas a recoger⁶²⁸. El Consejo de Estado se ha pronunciado en el sentido expuesto, así:

Ahora bien, el artículo 44 de la citada ley 446 dispuso que la acción sobre actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo, es decir, los regulados por el artículo 60 del CCA, y aunque no mencionó expresamente la situación de los actos fictos producto del silencio de la administración respecto de la petición inicial, debe entenderse que el espíritu del legislador fue sustraer del término de

⁶²⁸ Por ejemplo, lo que se manifestó en la Sentencia del 18 de abril de 1995, proferida por la sección segunda del Consejo de Estado, Consejero Ponente Dr. Álvaro Lecompte Luna, Expediente N° 11178, Actor Vera Veráida Vanegas Jimeno.

caducidad todos los actos originados por el silencio de la administración, pues si el silencio de la administración frente a los recursos no está sometido a término de caducidad alguno, tampoco puede estarlo el silencio frente a la petición; si bien la ley no dijo nada al respecto, no encuentra la Sala ninguna razón jurídica ni lógica para considerar que los actos regulados por el artículo 40 CCA quedaron por fuera de esta previsión. Lo anterior puede afirmarse con mayor razón si se tiene en cuenta que la nueva disposición contempla cuatro momentos a partir de los cuales debe contarse el término de caducidad: la publicación, la notificación, comunicación o ejecución del acto, y los actos presuntos, como es obvio, no pueden enmarcarse en ninguna de estas situaciones⁶²⁹.

Lo anterior ya se aclaró por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, toda vez que esta normativa señala que no hay caducidad en el caso de los actos producto del silencio administrativo, independientemente que sea sustancial o procesal, así: “La demanda deberá ser presentada en cualquier tiempo cuando se dirija contra actos producto del silencio administrativo” (Literal d del numeral 1º del artículo 164 del CPA).

Finalmente, es pertinente advertir que en sede judicial no se declara la ocurrencia del silencio administrativo, por tanto, el demandante no puede plantear una pretensión en este sentido, lo que debe hacer es pedir la nulidad del acto administrativo ficto o presunto correspondiente. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] ante el vencimiento del plazo consagrado en la ley como requisito para la ocurrencia del silencio administrativo negativo sustancial o inicial, el peticionario, en cuyo beneficio y garantía se ha consagrado la institución, podrá: i) continuar esperando a que la administración resuelva o decida su solicitud, tiempo durante el cual la autoridad administrativa continuará con el deber constitucional y legal de pronunciarse sobre la petición, independiente de que ya hubiere expirado el plazo legalmente establecido para atender la misma; ii) interponer, en cualquier momento, recursos en vía gubernativa contra el acto administrativo ficto o presunto; o iii) acudir directamente ante la jurisdicción contencioso administrativa pretendiendo que se declare la nulidad del acto ficto o presunto, puesto que se entiende agotada la vía gubernativa.⁶³⁰

⁶²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Auto del 19 de octubre de 1999, exp. 1660, C.P.: Ana Margarita Olaya Forero.

⁶³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de marzo de 2007. Expediente 14850. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2008, páginas 612 a 627.

b. Silencio Administrativo Positivo

Es la excepción a la regla general, es decir, se presume, por la ley, que la decisión resulta favorable para el interesado.

Estos casos deben estar expresamente previstos por la ley.

Prueba: A través de acto de protocolización (actuación ante notario), el cual estará conformado por la copia de que habla el último inciso del artículo 5to del CCA y el último inciso del artículo 15 del CPA y la declaración juramentada de que la administración no se pronunció en el término estipulado por la ley (art. 42 del CCA y art. 85 del CPA). Este es un requisito *Ad solemnitaten*, es decir, obligatorio, para que se configure el silencio administrativo positivo. Las autoridades estarán obligadas a darle fuerza vinculante, en caso contrario se verán inmersas en sanciones disciplinarias⁶³¹. Es pertinente anotar que la protocolización mencionada es gratuita.

Excepciones a la necesidad de probar el silencio administrativo positivo:

- En tratándose del silencio administrativo positivo resultante del derecho de petición de información, este requisito no es necesario, debido a que en el procedimiento especial regulado en su totalidad en los artículos 17 a 24 del CCA y el numeral 1º del artículo 14 del CPA, no se encuentra estipulado⁶³², sin embargo es importante tener a la mano la copia de la petición con el respectivo recibido donde conste la fecha exacta de su interposición.
- Lo mismo se puede afirmar respecto al silencio administrativo positivo relacionado con los servicios públicos domiciliarios, regulado en el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, en lo que tiene que ver con peticiones en general y recursos, quejas y reclamos en particular.⁶³³
- El silencio administrativo de que trata el artículo 734 del Estatuto Tributario en relación con los recursos de reposición y reconsideración,

⁶³¹ Ver sentencia del 2 de octubre de 1997, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Expediente N°4296.

⁶³² Ver: Corte Constitucional, sentencia T-464, 16 de julio de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁶³³ El Consejo de Estado respecto al silencio administrativo positivo en materia de servicios públicos domiciliarios, afirma lo siguiente: "Al haber operado el silencio administrativo positivo, que por estar regulado en norma especial no requiere del lleno de los requisitos de que trata el artículo 42 del CCA sino solamente del transcurso del tiempo, debe entenderse que los motivos de inconformidad del actor, frente al silencio de la administración, han cobrado vigencia y le favorecen". Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola, Bogotá D.C., 19 de mayo de 2000, Rad. 5975, Actor: José Guillermo Román Laverde.

tal como lo explica el doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié en los siguientes términos:

Este silencio positivo en materia tributaria no requiere de protocolización, y la Administración debe reconocerlo de oficio o a petición de parte, tal como lo señala el artículo 734 citado, además, por cuanto las reglas del procedimiento administrativo no se aplican en aquellos casos en los que existen procedimientos especiales, como ocurre aquí (artículo 1, inc. Segundo del CCA). Tal silencio opera también en los casos en que se ha actuado por agente oficioso (Consejo de Estado, sección cuarta, sentencia 13096 del 30 de enero de 2003, magistrado ponente Juan Ángel Palacio Hincapié).⁶³⁴

Casos en que se da el silencio administrativo positivo:

- El artículo 734 del estatuto tributario, en materia de los recursos de reconsideración o reposición. Así mismo, el artículo 722 del Estatuto Tributario, consagra la ocurrencia del silencio administrativo positivo cuando la administración de impuestos no se pronuncia ante la interposición del recurso de reconsideración.
- El evento consagrado en el artículo 589 del Estatuto Tributario, modificado por la Ley 223 de 1995, artículo 161, inciso segundo, primera parte, al interior del procedimiento de corrección de declaraciones tributarias que disminuyan el valor a pagar o aumenten el saldo a favor, así: “La administración debe practicar la liquidación oficial de corrección, dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la solicitud en debida forma; si no se pronuncia dentro de este término, el proyecto de corrección sustituirá a la declaración inicial”.
- El artículo 519 del Estatuto Aduanero, modificado por el Decreto 1189 de 2000 artículo 23 y modificado por el Decreto 4431 de 2004, artículo 22, consagra que en el proceso administrativo para definir la situación jurídica de mercancías, los términos para decidir de fondo son perentorios y su incumplimiento da lugar al silencio administrativo positivo.
- Derecho de petición de informaciones. (art. 22, CCA y numeral 1° del art. 14 del CPA).
- En relación con servicios públicos domiciliarios. (Artículo 158 de la Ley 142 de 1994).
- Traspaso de concesión otorgado por el gobierno para exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional.
- El caso contemplado en la Ley 388 de 1997, artículo 99, numeral 3° que establece: “Las entidades competentes y los curadores urbanos, según sea

⁶³⁴ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., página 76.

del caso, tendrán un término de cuarenta y cinco (45) días hábiles para pronunciarse sobre las solicitudes de licencias, contados desde la fecha de la solicitud. Vencidos los plazos sin que las autoridades se hubieren pronunciado, las solicitudes de licencia, se entenderán aprobadas en los términos solicitados, [...] mediante la aplicación del silencio administrativo positivo”.

- El silencio positivo contractual dispuesto en el numeral 16 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, reglamentado por el artículo 15 del Decreto 679 de 1994, mediante el cual, el contratista podrá solicitarle a la entidad contratante, durante la ejecución del contrato, requerimientos relacionados con el mismo, los cuales, transcurrido un plazo de tres meses, se entenderá que han sido resueltos favorablemente. Las peticiones que presente el contratista deben ser sobre derechos constituidos y reconocidos contractualmente, en caso contrario, los actos presuntos resultantes serán ilegales. Por ejemplo: solicitar el pago de dineros no convenidos previamente entre las partes contratantes.⁶³⁵ Otras excepciones que ha traído a colación la jurisprudencia en esta materia es la inoperancia del silencio administrativo positivo contractual frente a cualquier entidad estatal que no se rija por la Ley 80 de 1993, como por ejemplo: los operadores de los servicios públicos domiciliarios. Así mismo, las solicitudes tendientes a que se pacte una cláusula compromisoria o un pacto arbitral para dirimir una controversia contractual tampoco generan acto presunto alguno, pues el consenso en esta materia no se puede presumir⁶³⁶.
- El evento contemplado en el artículo 3º de la Ley 689 de 2001, el cual modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en cuyo inciso segundo última parte, se establece que “Las comisiones de regulación contarán con quince (15) días para responder las solicitudes elevadas por las empresas de servicios públicos domiciliarios sobre la inclusión de las cláusulas excepcionales en los respectivos contratos, transcurrido este término operará el silencio administrativo positivo”.
- La situación consagrada en el artículo 16 de la Ley 79 de 1988, donde se consagra que “el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas deberá resolver sobre el reconocimiento de personería jurídica dentro de los sesenta (60) días siguientes al recibo de la solicitud. Si no lo hiciera dentro del término previsto, operará el silencio administrativo positivo y la cooperativa podrá iniciar actividades.”

⁶³⁵ “Los efectos legales que produce el silencio positivo son limitados, pues no se permite que a través de esta figura legal pueda adquirirse más de lo que hubiera podido otorgar la administración de manera expresa; los efectos están condicionados por la legalidad de lo pedido [...]”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 7 de octubre de 1999, Consejera Ponente María Elena Giraldo Gómez. Aunque desde nuestro punto de vista es impropio que la jurisprudencia hable de ineficacia, habida cuenta que la presunción de legalidad también opera en actos presuntos. Solo si la administración los revoca o la jurisdicción los anula, pierden fuerza ejecutoria.

⁶³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 21 de febrero de 2011. Radicación 08001-23-31-000-1997-02967-01. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2011, páginas 968 a 977.

- Otro caso se encuentra contemplado en el numeral 1º del artículo 738 del Estatuto Tributario referente al término para resolver las solicitudes de Revocatoria Directa. Dicha disposición consagra lo siguiente: “Las solicitudes de revocatoria directa deberán fallarse dentro del término de un (1) año contado a partir de su petición en debida forma. Si dentro de este término no se profiere decisión, se entenderá resuelta a favor del solicitante, debiendo ser declarado de oficio o a petición de parte el silencio administrativo positivo”.
- Otro evento es el contemplado en el artículo 670 del Estatuto Tributario, modificado por el artículo 131 de la Ley 223 de 1995, al regular la sanción por improcedencia o compensaciones, donde en su parágrafo 1º se establece: “Cuando la solicitud de devolución se haya presentado con garantía, el recurso contra la resolución que impone la sanción, se debe resolver en el término de un año contado a partir de la fecha de interposición del recurso. En caso de no resolverse en este lapso, operará el silencio administrativo positivo”.
- La Ley 1340 del 24 de julio de 2009 reguló el trámite para obtener la autorización de la Superintendencia de industria y Comercio para llevar a cabo integraciones empresariales. La entidad debe pronunciarse sobre la procedencia de la operación, durante los 30 días siguientes a la fecha en que las empresas presenten la información correspondiente. Si transcurren tres meses sin que la operación se objete o se condicione, se entenderá que fue autorizada.
- Contra el acto administrativo que decreta la expropiación por vía administrativa procede el recurso de reposición (primera parte del inciso 2º del artículo 69 de la Ley 388 de 1997). El recurso deberá ser decidido dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de su interposición y si transcurrido ese lapso no se ha tomado decisión alguna, se entenderá que el recurso ha sido decidido favorablemente (segunda parte del inciso 2º del artículo 69 de la Ley 388 de 1997).
- En el ámbito de los impuestos administrados por la Administración Tributaria Distrital existe una consagración expresa de la configuración del silencio administrativo positivo respecto de las solicitudes de revocatoria directa (artículo 111 numeral 1º del Decreto 807 de 1993).
- El artículo 52 del CPA establece que so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de la debida y oportuna interposición de los recursos contra un acto administrativo sancionatorio, se deben resolver los mismos, en caso contrario, se entenderán fallados a favor del recurrente.
- El numeral 2º del artículo 27 de la Ley 388 de 1997, modificado por el artículo 180 del Decreto Ley 0019 de 2012 (Decreto Ley antitrámites), establece que “La oficina de planeación municipal o distrital, o la dependencia que haga sus veces, revisará el proyecto de plan parcial con el fin de verificar el cumplimiento de las normas tenidas en cuenta para la formulación del

plan. Para la aprobación del proyecto de plan parcial, la oficina de planeación contará con un término de treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de radicación del proyecto, prorrogables por treinta (30) días hábiles más por una sola vez, so pena que se entienda aprobado en los términos en que fue presentado mediante la aplicación del silencio administrativo positivo.”

- El inciso 5° del numeral 6.3 del artículo 6° de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto-Ley 0019 de 2012 (Ley Antitrámites), consagra que la administración pública puede impugnar la inscripción del Registro Único de Proponentes cuando al interior de un proceso de selección se vislumbren irregularidades en el contenido de la información. En caso de que las Cámaras de Comercio no resuelvan el recurso dentro de los veinte (20) días siguientes a su interposición, la entidad reanudará el proceso de selección de acuerdo con la información certificada en el Registro único de Proponentes.
- El inciso primero del artículo 48 de la Ley 1551 de 2012 establece que las entidades públicas del orden nacional deberán ceder mediante resolución administrativa a título gratuito a las entidades del orden municipal o distrital en las cuales se hallen ubicados los bienes o terrenos de su propiedad, que actualmente estén destinados o tengan vocación de uso público o zonas de cesión, tales bienes o terrenos. Y a renglón seguido, en el inciso segundo, se establece que la entidad pública deberá expedir la resolución dentro de los tres meses siguientes a la solicitud que presente el Alcalde municipal, vencido este término operará el Silencio Administrativo a favor del municipio. La declaración del silencio hará las veces de título de propiedad del inmueble.

Los actos administrativos presuntos resultantes del silencio administrativo positivo son revocables por naturaleza: (Inciso segundo del artículo 73 del CCA y último inciso del artículo 84 del CPA). En el caso en que el acto presunto resultante del silencio administrativo positivo se encuentre inmerso en alguna de las causales contempladas en el artículo 69 del CCA y artículo 93 del CPA, es deber de la administración entrar a revocarlo sin tener que pedirle permiso al particular, tal como lo permite el artículo 73 del CCA. En caso de no hacerlo, podrá verse inmersa en sanciones disciplinarias la respectiva autoridad (Numeral 35 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002)⁶³⁷. Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo no contempla este evento como una excepción al principio de inmutabilidad de los actos administrativos, por ende, bajo la vigencia de la nueva codificación, para poder revocar un acto presunto con efectos positivos, se tendrá que obtener el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho, en caso contrario la administración pública tendrá que acudir a la acción de lesividad (inciso primero del artículo 97 del CPA).

⁶³⁷ “Una interpretación lógica podría llevar a pensar que esta causal tan solo podría prosperar siempre y cuando el acto ficto creara situaciones jurídicas en quién no tiene vocación para ello y la administración no agotara los procedimientos tendientes a su revocatoria”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 262.

Por otro lado, en caso de que el acto presunto resultante del silencio administrativo positivo se encontrare ajustado a la ley, la administración pierde competencia para revocarlo en virtud del principio de automatismo del silencio administrativo positivo, el cual es explicado por el profesor español García Trevijano Garnica, quién es traído a colación por el Consejo de Estado, así:

El principio de automatismo del silencio positivo, aunque subsistente, ha sido seriamente matizado, especialmente por el criterio sentado por la jurisprudencia en el sentido de que en modo alguno puede adquirirse mediante tal vía aquello que no hubiere podido otorgarse de manera expresa.

Podría decirse que el principio de automatismo subsiste en el silencio positivo siempre y cuando que lo que se pida sea conforme con la legalidad. En tal caso, significará que, formulada correctamente una petición no contraria a la legalidad, y agotado en su caso el procedimiento previsto (especialmente el plazo), se entenderá (de manera automática) otorgado lo solicitado.

Interesa resaltar, en este lugar que dicho principio comporta la imposibilidad, en términos generales, de dictar una resolución expresa tardía de signo contrario a lo obtenido por el silencio. Frente a lo que acontece con el silencio negativo, en el que al tratarse de una mera ficción y al no jugar al automatismo característico del silencio positivo la administración está obligada a resolver expresamente (aunque sea de manera tardía), en éste, por el contrario, queda vedada a la administración dictar sin más una resolución expresa tardía de signo contrario al efecto producido por el silencio positivo. La razón estriba en que tal estimación (presunta) constituye un verdadero acto administrativo, en el que la voluntad de la administración es sustituida por la de la ley. De ahí que goce de idénticas garantías de seguridad y permanencia -según reiterada jurisprudencia- que los actos expesos, no pudiendo ser contradichos o desconocidos por la administración.

Debe resaltarse que para el peticionario el acto presunto por silencio positivo constituirá un acto declarativo de derechos. Su retirada del mundo jurídico únicamente podrá efectuarse a través de las vías legalmente previstas al efecto para los actos expesos [...]. (El silencio administrativo en el derecho español. Madrid, Edit. Civitas 1990. p. 207.)⁶³⁸

⁶³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 8893, febrero 20 de 1998, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Extracto jurisprudencial publicado en el Código de hojas sustituibles de *Legis*, página 56.

La competencia para revocar actos administrativos presuntos resultantes del silencio administrativo positivo: La conserva la administración pública hasta que se le notifique el auto admisorio de la demanda presentada en ejercicio de la acción de cumplimiento por parte del beneficiario del acto presunto con efectos positivos, tendiente a que se materialicen dichos efectos mediante una orden judicial (Inciso primero del artículo 71 del CCA e inciso primero del artículo 95 del CPA). En igual sentido se debe entender cuando se ejerce una acción de simple nulidad contra el acto presunto o una acción de nulidad y restablecimiento del derecho por parte de la administración pública cuando esta pierda competencia para revocar el acto administrativo presunto con efectos positivos. Obviamente, si el juez bajo la égida de la acción de cumplimiento, se da cuenta que el acto administrativo presunto con efectos positivos es ilegal, deberá inaplicarlo, pues el ordenamiento jurídico solo protege los derechos adquiridos con justo título.

Solución frente a las autoridades renuentes a dar cumplimiento al silencio administrativo positivo: Como los actos presuntos que surgen del silencio administrativo positivo generan deberes para la administración (art. 42 CCA y art. 85 CPA), los interesados pueden reclamar a través de la acción prevista en el artículo 87 de la Constitución, desarrollada por la Ley 393 de 1997, el cumplimiento de tales deberes, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar⁶³⁹.

Esta posición ha sido reiterada por el Consejo de Estado en sentencia de segunda instancia, donde una usuaria de los servicios públicos domiciliarios instauró la acción de que trata el artículo 87 de la Constitución Política, reglamentada por la Ley 393 de 1997 contra la Empresa de Energía del Quindío con el fin de hacer cumplir el contenido del artículo 42 del CCA, en concordancia con el artículo 158 de la Ley 142 de 1994, que consagra el silencio administrativo positivo a favor de los ciudadanos que eleven derecho de petición y no obtengan respuesta dentro de los 15 días siguientes a su recibo. En esta providencia se despachó favorablemente el derecho de la actora en los siguientes términos: “Declárase la existencia del silencio administrativo positivo y ordénase, en consecuencia, la instalación del servicio de energía en el predio ya reseñado en los términos de la solicitud”.⁶⁴⁰

Ahora bien, es necesario aclarar que la acción ejecutiva regulada en el Código de Procedimiento Civil, es inviable para hacer efectivo un acto presunto resultante

⁶³⁹ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Providencia del 5 de febrero de 1998, Expediente AC-5436, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos D.

⁶⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Bogotá D.C., 15 de mayo de 2003, Actor: Sandra Catalina Muñoz Sánchez, Rad. ACU-63001233100020030021101.

del silencio administrativo positivo, toda vez que en estos eventos no se reúnen algunos de los requisitos exigidos en el artículo 488 del CPC, esto es, que la obligación esté expresa y claramente consagrada en un documento que provenga del deudor. Situación diferente a la que se presenta frente a actos administrativos de carácter particular y concreto de carácter expreso, que contemplan obligaciones claras, expresas y exigibles, en cuyos eventos es perfectamente viable la acción ejecutiva. Sin embargo, en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado consideró que el silencio administrativo positivo es un título ejecutivo viable para hacerse valer en un proceso ejecutivo, pues la acción de cumplimiento no procede cuando implica gasto y en el evento que el acto presunto genere una erogación económica, esta acción no sería una vía adecuada e idónea. Empero, consideramos que este argumento no es válido dado que el silencio administrativo positivo que genera gasto en la mayoría de ocasiones es el contractual y en estos eventos existe disponibilidad presupuestal y registro presupuestal que respaldan la obligación, lo que implica que la acción de cumplimiento es viable, pues la inviabilidad de esta acción se presenta cuando no existe apropiación presupuestal⁶⁴¹.

Por otro lado, es necesario advertir que en lo que tiene que ver con el silencio administrativo positivo resultante del derecho de petición de información, no opera la acción de cumplimiento sino la acción de tutela, porque se vulnera el núcleo esencial “pronta resolución” en lo que tiene que ver con el elemento publicitación de la decisión (ejecución)⁶⁴².

Adicional a lo anterior, es necesario acotar que el beneficiario del silencio administrativo positivo que hubiere obrado de buena fe, es decir, aquel que no actúa con maniobras fraudulentas o engañosas para provocar el acto presunto con efectos positivos, podrá ejercer la acción de reparación directa contra la administración que decida revocar el acto presunto con efectos positivos, por el daño que pudiere ocasionar tal revocación en cuanto a sus efectos atentatorios sobre su patrimonio (Inciso segundo del artículo 74 del CCA). En este caso, como el acto de revocación es legal, el régimen de responsabilidad es objetivo por daño especial.

⁶⁴¹ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Darío Quiñonez Pinilla, 6 de mayo de 2004, Radicación: 63001-23-31-000-2004-00051-01, Actor: Blanca Inés Mora Marín. La posición errónea que se critica en este acápite se encuentra contemplada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 21 de febrero de 2011. Radicación 08001-23-31-000-1997-02967-01. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2011, páginas 968 a 977.

⁶⁴² Ver: Corte Constitucional, Sentencia T-464, 16 de julio de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Ahora, es importante anotar que si en virtud del principio de automatismo del silencio administrativo positivo, la administración perdió competencia para revocar y, sin embargo, revoca, tal acto administrativo podrá ser demandado en acción de nulidad y restablecimiento del derecho y a través de ella se podrá reparar el daño.

Finalmente, es nuestro parecer advertir que los casos de silencio administrativo positivo solo deberían estar regulados por la ley en sentido formal y no por actos de menor jerarquía, toda vez que dichos eventos hacen parte del Código de Procedimiento Administrativo y, por ende, tienen reserva legal (numerales 2 y 10 del artículo 150 de la Constitución Política).

IV. La publicitación de los actos administrativos

La administración pública legitima su actividad cuando publicita sus decisiones y las pone bajo el escrutinio del conglomerado social, a tal punto que el comportamiento transparente genera seguridad jurídica y progreso, toda vez que los administrados ejercen sus derechos y cumplen sus obligaciones con “las cartas sobre la mesa” y no se ven sorprendidos con manifestaciones intempestivas o arbitrarias.

Por otro lado, el conocido aforismo: “la ignorancia de la ley no sirve de excusa”, solo tiene aplicación en la medida que las decisiones se publiciten en debida forma, lo que genera poder vinculante en los actos administrativos y, de esta manera, no se paraliza el actuar estatal (Artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal y 9 del Código Civil). Aunque, tal como lo expusimos en su momento, el principio de confianza legítima aminora un poco este aforismo, empero, en casos excepcionales y bajo el cumplimiento de unos requisitos muy estrictos.

La publicitación es la segunda etapa del procedimiento administrativo, la cual tiene como finalidad dar a conocer al conglomerado en general o al interesado en particular, una decisión administrativa, es decir, un acto administrativo. Esta etapa se consolida como un desarrollo normativo del principio fundamental de la publicidad que debe reinar en las actuaciones administrativas, donde queda proscrita toda actividad oscura, subterránea o escondida de la administración frente a los administrados (Artículo 209 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 3ro del Código Contencioso administrativo y con el artículo 3º del Código de Procedimiento Administrativo).

La finalidad del principio de la publicidad, se encuentra regulado por el artículo 1ro de la Ley 57 de 1985, el cual expresamente consagra que la opinión pública debe

conocer los actos administrativos proferidos por la administración “... para ejercer eficaz control sobre la conducta de las autoridades [...]”

A. La finalidad específica de la publicitación de los actos administrativos, es triple

a. Desarrollar los principios de transparencia y publicidad en las actuaciones administrativas, en el sentido de que los administrados conozcan las decisiones que profiera la administración y, de esta manera, se pueda ejercer el control por parte de los mismos a través de los mecanismos y vías que contemple la Constitución y la ley.

b. Hacer a los actos administrativos eficaces, es decir, que tengan fuerza vinculante y produzcan efectos jurídicos, una vez sean proferidos⁶⁴³.

Sin embargo la jurisprudencia ha aceptado que las decisiones administrativas de carácter interno (circulares, instrucciones de servicio, reglamentos internos, nombramientos, etc.), empiezan a regir a partir de su expedición sin necesidad de publicación o notificación, siempre y cuando los servidores públicos obligados a cumplirlas las conozcan por cualquier medio de comunicación eficaz y su aplicación no resulte una restricción de las libertades de los gobernados, tal como ocurre con el reglamento interno de los Concejos Municipales o las Asambleas Departamentales⁶⁴⁴, así:

⁶⁴³ Esta es la opinión de algún sector de la doctrina española, así: “Las disposiciones y actos administrativos, de acuerdo con su carácter normativo, general o concreto, pueden ser fuente de Derecho objetivo o creadores de situaciones jurídicas individuales. En cualquier caso, se comprende la necesidad de que sean comunicados y dados a conocer a la colectividad o a las personas particularmente interesadas en sus efectos. Crear el derecho secretamente carecería de sentido. De aquí se desprende que la eficacia de disposiciones y actos administrativos, como antes se dijo, resulte pendiente, en relación con los de carácter general (especialmente los normativos), por el requisito de la publicación y, en relación con los de carácter concreto, por la notificación”. GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos, con la colaboración de PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, página 643.

⁶⁴⁴ “Otras decisiones del Concejo no requieren de acuerdo y se adoptan mediante resoluciones y proposiciones que deben suscribir la mesa directiva y el secretario, como está dispuesto en el artículo 83. Y entre éstas aquélla de que trata el artículo 31 de la Ley 136 de 1994, según el cual corresponde a los concejos expedir un reglamento interno para su funcionamiento, en el cual se incluyan, entre otras, las normas referentes a las comisiones, a la actuación de los concejales y la validez de las convocatorias y sesiones.

Entonces, el reglamento interno de los concejos, que no se expide mediante acuerdo, no es acto que, para regir, deba ser publicado, sin perjuicio de que así se haga, con el solo propósito de informar sobre el mismo a los particulares.

Lo propio ocurre con las asambleas departamentales. Es que según lo establecido en el artículo 34 del Decreto 1222 de 1986, o Código de Régimen Departamental, los actos que dicten las asambleas para arreglar el curso de sus trabajos se denominan reglamentos, sufrirán solo dos debates y no necesitan de la sanción ejecutiva, distintos de las ordenanzas, mediante las cuales ejercen sus funciones ordinarias, según lo dispuesto en los artículos 300 de la Constitución y 60, 62, 63, 64, 67, 68, 69, 70 y 72 del mismo decreto.

Entonces, para regir, no era necesaria la publicación del reglamento interno del Concejo del Municipio de

[...] este principio puede tener excepciones. Entre éstas se admite que ciertas leyes que no imponen obligaciones o restricciones a los gobernados y que se encaminan de preferencia a poner en movimiento los mecanismos del Gobierno para que cumplan con sus deberes, puedan aplicarse antes de ser publicadas, siempre que los funcionarios que deban ejecutarlas las conozcan por cualquier medio idóneo y solo en cuanto a su aplicación no incida en modo alguno en el ejercicio de las libertades de los gobernados. Por otra parte, esta excepción no implica que la promulgación sea innecesaria, solamente significa que la ley puede aplicarse, con la condición expresada, antes de su promulgación y siempre que haya sido sancionada⁶⁴⁵.

La doctrina española es de este mismo parecer, tal como lo expresa en los siguientes términos:

Aun admitiendo una concepción de la norma jurídica dentro de la que quepan los reglamentos de organización administrativa (a los que, como se ha visto en otro lugar, LABAND negaba carácter jurídico) queda por determinar la cualificación como fuente de Derecho de las que, en la terminología administrativa, se conocen con el nombre de circulares e instrucciones de servicio.

En principio puede adelantarse una contestación negativa al problema que se deja esbozado. En realidad estas instrucciones deben de considerarse como simples directivas de actuación que las autoridades superiores imponen a sus subordinados en virtud de las atribuciones propias de la jerarquía: no son, por ende, una especial manifestación de potestad reglamentaria, sino una lógica consecuencia de la jerarquía. De aquí, además, las siguientes consecuencias: 1ª Sus efectos jurídicos están conectados al deber de obediencia del inferior jerárquico respecto de su superior, por lo que la infracción de tales instrucciones y circulares pueden dar lugar a la iniciación de un expediente disciplinario contra el desobediente. 2ª Estos efectos jurídicos se producen sin necesidad de que la instrucción o circular sea publicada, de acuerdo con las normas que rigen en esta materia para los reglamentos administrativos: basta con que la circular haya sido conocida por el inferior jerárquico al que se dirige. Por tanto, puede afirmarse que

Montería, no obstante, que fue formalmente expedido mediante el Acuerdo 22 de 5 de septiembre de 1994". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta: Sentencia del 29 de mayo de 1997. Expediente No 1668. Consejero Ponente: Dr. Mario Alario Méndez.

⁶⁴⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 24 de septiembre de 1971. Expediente No 1836. Extracto jurisprudencial citado por el Dr. PENAGOS, Gustavo, en la obra: El Acto Administrativo, Tomo II, Parte Especial. p. 753.

estas normas ni modifican situaciones jurídicas individuales, ni vinculan al ciudadano, ni a los magistrados, ni a los funcionarios que no sean estrictamente los inferiores jerárquicos de la autoridad que las dicta.⁶⁴⁶

Otra excepción que podríamos contemplar en este ámbito son los actos administrativos que se profieren para garantizar el mantenimiento del orden público, pues los mismos deben ser aplicados de manera inmediata sin necesidad de publicitarse, por la grave alteración que en este ámbito se presenta. Esta excepción viene respaldada por el inciso segundo del artículo 2° del CPA

c. Permite darle legitimidad a las decisiones que profiera la administración pública, toda vez que las da a conocer al conglomerado o al interesado, según el caso, para que se tenga la oportunidad de contradecirlas por ilegalidad o inconveniencia, y, en caso de que se guarde silencio, se daría una aceptación tácita de las mismas.

Como corolario de lo anterior, si un acto administrativo no es publicitado, no se verá afectada su validez sino su eficacia, por lo tanto, las irregularidades que se presenten en la publicidad del acto, no generan vicios invalidantes en el mismo, empero, lo hacen ineficaz y la operación administrativa que lo efectivice será irregular. Aunque, obviamente, la acción de tutela es viable en el caso de una irregularidad en esta etapa, pues se afecta el debido proceso administrativo y mediante su ejercicio no se busca atacar la legalidad de la decisión definitiva, sino obligar a la administración a que publicite el acto conforme a la ley.

B. El principio de conservación de los actos administrativos

Ahora bien, es pertinente manifestar que la administración pública, desde el momento en que expide un acto administrativo válido es competente y aún más, está obligada a realizar todas las actuaciones tendientes a operativizarlo, es decir, deberá publicitarlo y luego ejecutarlo, porque respecto de la misma tiene poder vinculante.

Es a partir de este criterio que la doctrina ha planteado el principio de conservación de los actos administrativos, en virtud del cual la administración está obligada a conservar y hacer todo lo posible para que se materialice el contenido del acto administrativo acorde con el ordenamiento jurídico y, si se trata de un acto administrativo de carácter particular y concreto que reconoce un derecho, no podrá revocarlo sin el consentimiento del interesado, así no se haya publicitado⁶⁴⁷.

⁶⁴⁶ GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos, con la colaboración de PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, página 284.

⁶⁴⁷ El profesor Juan Ángel Palacio Hincapié denomina a este fenómeno como el “acto interno” y lo explica de la siguiente manera: “Mientras un acto no se ha notificado, no puede ejecutarse la decisión, es decir, el acto no es eficaz, pero es válido. Si en este estado la Administración desea dejarlo sin efectos, no puede desaparecerlo procediendo a su destrucción física, pues allí existe una expresión de voluntad; para obtener su desaparición,

El Dr. Gustavo Penagos, al citar a la profesora Beladiez, explica: “[...] el primer efecto que produce un acto es, por tanto, el de obligar a la Administración a conservarlo. Esta obligación se fundamenta jurídicamente en el principio de conservación; principio que impone el deber de conservar todos aquellos actos que sean capaces de cumplir válidamente su finalidad. Por ello, siempre que un acto pueda producir los efectos que le son propios conforme a derecho, la Administración tendrá la obligación de conservarlo aunque todavía no sea eficaz [...]” “[...] Pero el principio de conservación no se limita solo a imponer el deber de conservar el acto, sino que también obliga a la Administración a realizar todas cuantas actividades sean precisas para que ese acto pueda llegar a producir la plenitud de sus efectos. De nada serviría mantener un acto si la Administración no estuviese obligada a realizar las actuaciones necesarias para que dicho acto pueda surtir efectos frente a terceros. Es evidente que si el derecho tiene interés en su conservación, es para que pueda llegar a cumplir su finalidad práctica”⁶⁴⁸.

Aún más, si el acto administrativo contiene una decisión con efectos favorables para el interesado, este puede exigir su publicitación y cumplimiento, a través de la acción contemplada en el artículo 87 de la CP⁶⁴⁹, empero, si por el contrario impone una obligación o resulta desfavorable para el administrado o administrados, solo hasta que esté debidamente publicitado podrá ser oponible y exigible frente al mismo o a los mismos, salvo que el interesado o los interesados busquen que se haga cumplir por medio de la acción anotada, para evitar que se agrave su situación, como sería el caso de un acto administrativo que disminuye el monto de una multa.

Así lo ha explicado el Consejo de Estado, de la siguiente manera: “Este concepto de ley propio del Estado de Derecho (como señalara Carl Schmitt), requiere, además que las limitaciones a la libertad solo pueden exigirse una vez que el individuo conoce la limitación o por lo menos se le ha dado la oportunidad de que la conozca. Solo se puede exigir un determinado comportamiento al individuo después de que se le ha puesto en conocimiento la restricción de la libertad”⁶⁵⁰. Esta concepción

habría que revocarlo con otro acto. Esto lleva a lo que se conoce como acto interno de la administración, es decir, aquel que está dentro de la esfera de ésta y que no se ha exteriorizado”. Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 83.

⁶⁴⁸ Teoría del Acto Administrativo, Tomo 1, Séptima Edición, Librería el Profesional, Páginas 570 y 571.

⁶⁴⁹ [...] hay que distinguir si el Acto Administrativo concede un derecho o impone una obligación al particular. Si el acto otorga un derecho al particular, este puede reclamarlo de la administración, aunque el acto no haya sido publicado. Si, por el contrario, el acto impone una obligación, ésta no puede exigirse hasta tanto no sea publicado, aunque se haya dicho en el propio acto que podía serlo desde antes (por ejemplo: expedición).” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Expediente No 1125. Sentencia de 30 de mayo de 1988, Consejero Ponente: Dr. Hernán Guillermo Aldana D. Ahora bien, en este caso no es dable el ejercicio de la acción ejecutiva, habida cuenta que al tratarse de una decisión no publicitada, no genera una obligación exigible en los términos del artículo 488 del CPC

⁶⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 22 de enero de 1990, Consejero Ponente: Dr. Luis Antonio Alvarado Pantoja.

Jurisprudencial compagina con el principio de legalidad consagrado en el artículo 6to de la Constitución Política.

Este principio se encuentra inmerso en algunas disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico, como las consagradas en los numerales 1º y 7º del artículo 136 del CCA y en el literal a del numeral 1º del artículo 164 del CPA, y se puede recurrir a mecanismos jurídicos que el ordenamiento positivo nos otorga, para contrarrestar la negligencia de la administración de no cumplir con las decisiones que adopte, como podrían ser el silencio administrativo positivo o la acción de cumplimiento.

C. Mecanismos de publicitación de los actos administrativos

La etapa de la publicitación de los actos administrativos, se hace efectiva a través de los mecanismos de la publicación (para actos generales), la notificación (para actos particulares), la comunicación y la ejecución (para aquellos actos administrativos que la ley considere que solo deben ser comunicados o ejecutados).

1. La publicación

Este mecanismo se encuentra regulado en el artículo 43 del CCA y en el artículo 65 del CPA, en concordancia con la Ley 57 de 1985 y el parágrafo del artículo 119 de la Ley 489 de 1998. Es el mecanismo a través del cual se dan a conocer los actos administrativos de carácter general.

Ahora bien, las vicisitudes procedimentales en el ámbito Nacional, Departamental y Municipal, son las siguientes:

a. Los actos administrativos de carácter general solo serán obligatorios ante los particulares, cuando sean publicados en el diario oficial, en tratándose de actos administrativos del orden nacional, o en las gacetas territoriales, si se trata de actos administrativos del orden territorial⁶⁵¹ (art. 43, Inc. 1ro del CCA, art. 65, Inc. 1ro del CPA y arts. 1, 3, 5 y 9 de la Ley 57 de 1985). Sin embargo, existe una excepción a esta premisa en el numeral 5º del artículo 2.2.5. del Decreto 0734 de 2012. En efecto, allí se establece que el acto administrativo general que dispone la apertura del proceso de selección se publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (Secop), sin que sea necesaria ninguna otra publicación. Esta

⁶⁵¹ “[...] no basta la expedición del Acto Administrativo para hacer exigible su cumplimiento, pues si bien pudo haber adquirido validez, solamente adquiere eficacia cuando se exterioriza la manifestación de voluntad administrativa mediante la realización de los llamados actos de integración, consistentes en su divulgación, por medio de la publicación [...]” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de julio 9 de 1985).

excepción se nos antoja ilegal dado que contraviene las disposiciones legales que obligan la publicación de los actos administrativos generales en el Diario Oficial o en las Gacetas Seccionales o Locales según el caso (Inciso primero del artículo 65 del CPA).

Ahora, en relación con las alternativas del diario, gaceta o boletín que la administración y sus entidades tengan destinados para tal fin o del periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto, referidas en el inciso primero del artículo 43 del CCA, son alternativas que no pueden remplazar el uso del diario oficial en lo atinente a actos administrativos del orden nacional, tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, si bien está vigente, ha sufrido importantes modificaciones en lo que respecta a la forma de publicar los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, ya que en la actualidad no se puede hacer solamente acudiendo a los medios alternativos como “el diario, gaceta o boletín que las autoridades destinen a ese objeto, o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quien expide el acto”, puesto que necesariamente debe hacerse por medio del Diario Oficial; lo cual no obsta para que si así lo decide la entidad pública, además de la obligada publicación en el Diario Oficial, lo haga en esos medios alternativos, pues así se garantizaría aún más la publicidad de esas actuaciones.⁶⁵²

Sobre la obligatoriedad de publicar en el diario oficial los actos administrativos de carácter general del orden nacional y la imposibilidad de remplazarlo con medios alternativos, el Consejo de Estado es contundente al explicar:

[...] la obligatoriedad de los actos administrativos de carácter general expedidos por las entidades y órganos del orden nacional, frente a los particulares, ya no puede predicarse de la publicación en esos medios alternativos, pues solamente se produce cuando se practica la publicación en el Diario Oficial. Es decir, la eficacia u oponibilidad de esos actos tan solo surge cuando la publicación ha sido realizada en el Diario Oficial, de modo que aunque la publicación se surta en los medios alternativos, su eficacia respecto de terceros interesados no podrá tenerse por cumplida.⁶⁵³

⁶⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 6 de agosto de 2009. Expediente 11001-0328-000-2009-00005-00. Consejera Ponente: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2009, páginas 1642 a 1654.

⁶⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 6 de agosto de 2009.

Sin embargo, la regla que se acaba de reseñar en el aparte jurisprudencial transcrito, fue excepcionada por el inciso cuarto del artículo 65 del CPA, donde estableció: “En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el Diario Oficial, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz”. El problema en estos asuntos será dilucidar para cada caso concreto que se considera por fuerza mayor, pues es posible que no se publiquen en el Diario Oficial decisiones de carácter general predicando esta excepción y luego se hagan oponibles a terceros con grave perjuicio en sus intereses. Serán las correspondientes decisiones que se emitan al interior de las respectivas reparaciones directas las que tendrán que decantar el tema en sede judicial, pues la fuerza mayor debe ser imprevisible e inevitable, aunado a que el otro medio de publicitación que se utilice debe ser eficaz para dar a conocer de manera masiva el acto de la administración pública.

Por otro lado, el nuevo CPA señala que las gacetas territoriales están habilitadas como medios idóneos para publicar actos administrativos de carácter general, de lo que se infiere que los actos administrativos del orden seccional o local deben publicarse en dichas gacetas para que puedan considerarse obligatorios, sin perjuicio de que se puedan utilizar otras medidas de publicitación para honrar el principio de publicidad, tal como lo esboza el Consejo de Estado en el aparte que se acaba de transcribir para actos administrativos de carácter general del orden nacional (Inciso primero del artículo 65 del CPA). Sin embargo, como se verá más adelante, a nivel territorial esta regla puede tener excepciones.

De conformidad a lo consagrado en el artículo 3ro, inc. 2do de la Ley 57 de 1985 y el literal c del artículo 119 de la Ley 489 de 1998, en lo que atañe al ámbito nacional, los actos administrativos de carácter general que deben ser publicados en el diario oficial, son los siguientes:

- Los decretos del Gobierno.
- Las resoluciones ejecutivas.
- Los actos del Gobierno. (art. 115, Constitución Política).
- Los actos de los Ministerios.
- Los actos de los Departamentos Administrativos.
- Los actos de las Superintendencias.
- Los actos de los Gerentes o las juntas directivas de las entidades descentralizadas que creen situaciones jurídicas impersonales.
- Los actos de similar naturaleza a la contemplada en los ítems anteriores, que expidan otras autoridades por delegación o por autorización legal.

Expediente 11001-0328-000-2009-00005-00. Consejera Ponente: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2009, páginas 1642 a 1654.

- Los actos que lleven la firma o necesiten de la aprobación del presidente de la República.
- Los decretos con fuerza de ley, los decretos y resoluciones ejecutivas expedidas por el Gobierno Nacional y los demás actos administrativos de carácter general, expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas ramas del poder público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado.
- Los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular (parágrafo del artículo 65 del CPA).

Es importante precisar que el deber de publicar los actos administrativos anotados por parte de las entidades públicas del orden nacional obedece a un criterio orgánico y no al alcance territorial que dichas decisiones puedan contemplar. Así lo expuso el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] el deber de publicar esos actos administrativos en el Diario Oficial, según lo prescribió el artículo 119 de la Ley 489 de 1998, obedece a un criterio orgánico, tal como se puede constatar en su literal c al precisar que allí se publicarán los “expedidos por todos los órganos, dependencias, entidades u organismos del orden nacional de las distintas ramas del poder público y de los demás órganos de carácter nacional que integran la estructura del Estado”. Por consiguiente, al ser dicha universidad un establecimiento público del orden nacional, como así lo admite expresamente el demandado en su contestación, se verifica por la Sala el deber legal que tenía de publicar los acuerdos 039 y 040 de 2008 en el Diario Oficial.⁶⁵⁴

Como conclusión a lo anterior, los actos administrativos de carácter general del orden nacional, nacen a la vida jurídica cuando se expiden y producen efectos jurídicos cuando se publican en el diario oficial respectivo.

b) En lo que tiene que ver con los Departamentos, estos deberán implementar un Boletín, Diario o Gaceta Oficial, tal como lo consagra el artículo 5to de la Ley 57 de 1985 concordante con el artículo 330 del Decreto 1222 de 1986. En la mencionada publicación se deberán publicar los siguientes actos de carácter general:

- Los actos que expidan la Asamblea Departamental y la mesa directiva de esta para la ejecución de su presupuesto y el manejo del personal a su servicio.

⁶⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 6 de agosto de 2009. Expediente 11001-0328-000-2009-00005-00. Consejera Ponente: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2009, páginas 1642 a 1654.

- Los decretos del gobernador.
- Las resoluciones que firme el Gobernador u otro funcionario por delegación suya.
- Los actos de la gobernación, de la Secretaría del Despacho y de las juntas directivas y gerentes de las entidades descentralizadas que creen situaciones jurídicas impersonales u objetivas o que tenga alcance o interés general.
- Los actos de naturaleza similar a la señalada en los ítems anteriores, que expidan otras autoridades por delegación o por autorización legal u ordenanza.

- Los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular (Parágrafo del artículo 65 del CPA).
- Todos los actos que conforme a la ley o a las ordenanzas, deban publicarse.

En este caso, cabe advertir lo mismo que en materia de los actos administrativos de carácter general del orden nacional, en el sentido que, si estos actos no se publican no producirán efectos jurídicos, aunque sean completamente válidos.

Ahora bien, el inciso segundo del artículo 65 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, a nivel territorial, permite otros mecanismos diferentes a las gacetas territoriales para publicitar sus actos administrativos de carácter general cuando se carezca de ellas, al señalar: “Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales, que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación”. Ahora, se echa de menos que el legislador no hubiera precisado que estas alternativas son absolutamente excepcionales y que lo que debe primar es la gaceta territorial, habida cuenta que aunque dichos medios pueden garantizar una amplia circulación, no son los medios especializados para divulgar la normativa del Estado, a los cuales están acostumbrados los miembros del conglomerado social para estos menesteres.

Por otro lado, en caso de problemas de orden público que den lugar a expedir actos administrativos de carácter general con el objeto de conjurar dichos problemas y que por tales circunstancias no sea posible adelantar el procedimiento de la publicación, la entidad territorial lo podrá obviar y utilizar otros mecanismos para dar a conocer dichas decisiones, pues en tales eventualidades no es dable aplicar la primera parte del Código Contencioso Administrativo (art. 1ro del CCA). Este argumento también es aplicable al nivel nacional y podría ser un ejemplo del ejercicio de la facultad que consagra el inciso cuarto del artículo 65 del CPA.

c) En el ámbito municipal también se deberá crear un Boletín, Diario o Gaceta Oficial para publicitar los actos de la entidad territorial (art. 379, Decreto 1333 de 1986).

En el caso de que la administración municipal se vea en la imposibilidad de expedir la mencionada publicación por vicisitudes económicas, o de orden público o de ubicación (alejados de los perímetros urbanos de las grandes ciudades por ejemplo), existen alternativas que le da la misma ley para solucionar estos problemas, veamos:

- Los actos administrativos se podrán divulgar a través de fijación de avisos, distribución de volantes, inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación (art. 43, Inc. 2do, CCA y art. 65, Inc. 2do, CPA). En nuestra opinión estos mecanismos deben realizarse de manera concurrente para garantizar la publicidad de las decisiones de carácter general que emita la administración municipal.

- La Ley 136 de 1994, en su artículo 81, permite, como medio válido para la eficacia de los acuerdos municipales, publicitarlos a través de cadenas radiales o televisivas, sean de carácter local o de carácter regional. La administración, para llevar a cabo este procedimiento, cuenta con un término de diez días. En caso de que no se cumpliera con este plazo, el alcalde podrá verse inmerso en sanciones disciplinarias, sin perjuicio de la acción de cumplimiento respectiva. Obviamente, debe tratarse de medios de comunicación y difusión masiva e idónea en el lugar respectivo, en caso contrario, podría ser un argumento idóneo para sostener en un eventual proceso judicial, por parte de quienes resulten afectados con las decisiones así publicitadas, como por ejemplo la señal defectuosa.

Los actos municipales solo entrarán a regir, serán oponibles o tendrán fuerza vinculante frente al conglomerado, con posterioridad a su publicación (art. 43, CCA, art. 65, CPA, en concordancia con el art. 52 del Código de Régimen Político y Municipal).

Es pertinente anotar que el artículo 7º de la Ley 962 de 2005 estableció una obligación adicional a la publicación de que se habló en los párrafos anteriores, para las entidades del orden nacional, departamental y municipal, esto es, la de poner a disposición del conglomerado social, en medios electrónicos, los actos administrativos de carácter general, empero, obligación que solo se exige para efectos probatorios, sin que incida en la eficacia de tales actos administrativos, así:

Publicidad electrónica de normas y actos generales emitidos por la administración pública. La Administración Pública deberá poner a disposición del público, a través de medios electrónicos, las leyes, decretos y actos administrativos de carácter general o documentos de interés público relativos a cada uno de ellos, dentro de los cinco (5) días siguientes a su publicación, sin perjuicio de la obligación legal de publicarlos en el diario oficial.

Las reproducciones efectuadas se reputarán auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto o documento.

A partir de la vigencia de la presente ley y para efectos de adelantar cualquier trámite administrativo, no será obligatorio acreditar la existencia de normas de carácter general de orden nacional, ante ningún organismo de la Administración Pública.

El Consejo de Estado ha señalado que de lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 962 de 2005 se colige que la publicidad electrónica no puede suplir por ningún motivo la publicación en el Diario Oficial o en la Gaceta Territorial. Veamos lo expuesto por la máxima corporación de lo contencioso administrativo:

[...] trayendo de nuevo a colación lo prescrito en la Ley 962 de 2005 artículo 7°, el deber legal que tiene la administración de poner a disposición del público, a través de los medios electrónicos, los actos administrativos de carácter general, entre otros, no suple el deber legal de hacerlo mediante el Diario Oficial, que como se sabe su primordial forma de circulación es física o en edición impresa. Además, es claro que la consulta de la información por el espacio virtual tiene mayores adeptos entre la población más joven, quienes han crecido familiarizados con ese medio de comunicación, en tanto que sus mayores están más habituados al medio físico en lo que a prensa se refiere, sin olvidar por supuesto, que la información electrónica no tiene asegurada su cobertura nacional, dadas las características que ofrecen las distintas regiones del país.⁶⁵⁵

Control Jurisdiccional:

a. Acción de reparación directa: La ejecución de un acto administrativo general no publicado puede ser objeto de la acción de reparación directa, siempre y cuando la operación administrativa cause un daño antijurídico.

⁶⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 6 de agosto de 2009. Expediente 11001-0328-000-2009-00005-00. Consejera Ponente: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2009, páginas 1642 a 1654.

b. El acto no publicado es demandable: En este punto de la disertación, cabe preguntarse: ¿Los actos administrativos de carácter general se pueden demandar antes de ser publicados? La respuesta, a no dudarlo, solo puede ser una, si, ya que el acto administrativo existe y su legalidad puede estar en tela de juicio, es decir, el acto administrativo puede estar viciado de nulidad, tal como lo contempla el artículo 84 del CCA y el artículo 137 del CPA, lo que ocurre, es que no es eficaz.

Esta tesis está contemplada en la normativa, es así como los artículo 136, numeral primero y 139 del CCA, consagran respectivamente lo siguiente: la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto⁶⁵⁶ (no de la publicación), y la demanda deberá acompañarse una copia del acto acusado con su constancia de publicación, si es del caso. Pensamos, que en este último punto, cuando la norma hace uso de la expresión “según el caso”, se refiere a dos eventos:

- Cuando el demandante pretenda suspender los efectos jurídicos del acto administrativo a través de una suspensión provisional, ya que en este caso se debe acreditar la posibilidad jurídica de producción de los mismos para poderlos suspender, valga la redundancia. No es lógico suspender los efectos de un acto administrativo cuando estos ni siquiera tienen la posibilidad de empezar a materializarse.⁶⁵⁷
- Cuando se demande un acto administrativo de carácter general en acción de nulidad y restablecimiento del derecho bajo el amparo de la teoría de los móviles y finalidades. En este caso se debe demandar dentro de los cuatro meses, contados a partir del día siguiente de la publicación, tal como lo consagra el numeral segundo del artículo 136 del CCA y el último inciso del artículo 138 del CPA, por tanto, es importante acreditar tal publicación para determinar la operancia o no de la caducidad. No sobra advertir que si no hay publicación no hay caducidad.

La jurisprudencia del Consejo de Estado es clara en señalar la importancia de permitirle la posibilidad, al administrado, de demandar un acto administrativo general sin

⁶⁵⁶ Un acto administrativo se entiende expedido cuando se profiere una decisión que resuelve de fondo un asunto, dando por terminada la actuación administrativa y es suscrita por servidor público o particular que ejerce funciones públicas, siendo susceptible de producir efectos jurídicos. Esto en el evento de tratarse de aquellas decisiones que requieren del adelantamiento de un procedimiento administrativo, como es el caso, por regla general, de los actos administrativos de carácter particular y concreto. Si es de carácter general, se entiende expedido con la mera suscripción del mismo.

⁶⁵⁷ “En este orden de ideas, no encuentra la Sala fundamento para suspender el acto acusado por no haber sido publicado. Por el contrario, sería un contrasentido que se declarara que el acto por la falta de publicación carece de eficacia y al mismo tiempo se suspendieran sus efectos, ya que lo que no tiene eficacia no puede surtir efectos.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 17 de octubre de 1996, Consejero Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas, Expediente No 14529, Actor: Luis Darío Giraldo Giraldo.

publicar, veamos: “Está bien, y es lógico que así sea, porque no existe razón válida para que el ciudadano interesado en mantener la vigencia del orden jurídico, tenga que esperar a que el acto que considera ilegal sea publicado o ejecutado para poder impugnarlo. Por el contrario, es sano desde el punto de vista de control de legalidad, que los ciudadanos puedan acudir a los órganos jurisdiccionales tan pronto el acto sea expedido, pues ello permite acercarse a la posibilidad ideal de que, en caso de ser el acto manifiestamente ilegal, sus efectos puedan ser suspendidos aun antes de que empiece a ser aplicado y se disminuyan así, al máximo, los perjuicios sociales que puedan derivarse de la aplicación de ese acto ilegal [...]”⁶⁵⁸

Aunque compartimos en su mayoría los argumentos expuestos en el aparte jurisprudencial transcrito, no consideramos acorde a derecho que se pueda solicitar la suspensión provisional de un acto administrativo de carácter general no publicado, toda vez que el mismo no ha empezado a regir ni es susceptible de producir efectos jurídicos (ver artículo 238 de la Constitución Política). Por ende, resulta incoherente pedir la suspensión cuando en realidad lo que se presentaría, en este evento, es una inaplicación anticipada del acto administrativo.

Si lo que se pretende es suspender provisionalmente los efectos del acto administrativo, es menester que el mismo ya haya sido publicado y, por tanto, sea susceptible de producir efectos jurídicos, de lo contrario, la inseguridad jurídica reinaría porque, aunque el acto administrativo llegare a publicarse, ya anticipadamente sería ineficaz, lo cual sería ignorado por el conglomerado social con grave perjuicio dentro del tráfico jurídico.

Ahora bien, si en gracia de discusión, el juez administrativo pudiera suspender provisionalmente un acto administrativo de carácter general no publicado, debería, en la misma providencia, prohibir a la administración publicarlo, hasta que se desate la litis, en caso contrario, se presentarían cuestionamientos como los que esbozaremos en el siguiente párrafo.

La posibilidad de suspender provisionalmente actos administrativos no publicados nos llevaría a hacernos los siguientes cuestionamientos: ¿la administración podría publicar un acto administrativo suspendido anticipadamente?, ¿cuál es el objetivo de que se publique un acto administrativo suspendido anticipadamente?, ¿acaso publicar un acto administrativo suspendido anticipadamente no es una forma de inducir en error a la sociedad?

Piéñese en actos administrativos que otorguen beneficios tributarios, concedan derechos prestacionales, bajen las tasas de interés, regulen sanciones, creen nuevos

⁶⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de octubre 11 de 1990. C.P. Libardo Rodríguez, Exp. 1051.

impuestos, ¿hasta dónde los administrados, llámense inversionistas comerciales, trabajadores dependientes de contratos de trabajo, personas jurídicas dedicadas a la banca comercial, etc. actuarían bajo falsas expectativas, frente a publicaciones “ineficaces”? Estos interrogantes y muchos más que se podrían formular, nos dan la certeza de que nuestra posición jurídica es la más sana y acorde con el Estado de Derecho y el principio de publicidad como garante de la seguridad jurídica y la buena fe que debe rodear las actuaciones de la administración pública.

El Dr. Santofimio, argumenta que el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que modificó el 136 del CCA, acogió la tesis de la posibilidad de demandar actos administrativos de carácter general sin publicarse, empero, argumenta que la demanda no exime de la obligación a la administración de publicar el acto administrativo, veamos: “la acción de nulidad podrá ejercitarse en cualquier tiempo, no ya a partir de la publicación del acto, sino de su simple existencia o vigencia, que se produce con la expedición del mismo. Significa lo anterior que se acoge la tesis jurisprudencial transcrita, y que por otra parte la administración no queda exenta de publicar el acto administrativo para efectos del conocimiento general de la población”⁶⁵⁹. Esta tesis doctrinaria es correcta y, por lo explicado, incompatible con la “suspensión provisional anticipada” de que tanto hemos hablado.

c. El acto administrativo de carácter general que ordena que sus efectos se produzcan antes de su publicación es ilegal: Por otro lado, es importante advertir que la falta de publicación de un acto administrativo de carácter general impide que este produzca efectos jurídicos, pero, si del contenido del acto se advierte que el mismo producirá efectos antes de que se publicite, aquí sí estamos ante un vicio invalidante, como es el de la infracción de las normas en que debería fundarse, porque, la ley es clara en señalar que el acto administrativo solo produce efectos jurídicos luego de que se publicite.

El Consejo de Estado ha sido preciso en señalar: “[...] del texto transcrito se desprende que no obstante que la resolución fue expedida el 31 de diciembre de 1999 -conforme consta en su encabezamiento y a pesar de que erradamente en su parte resolutive se dice que fue dada en Neiva a 31 de diciembre de 1991-, en el mencionado artículo se dispuso que rigiera el 1° de enero de 1992, o sea, al día siguiente de su expedición, sin tener en cuenta si para esa fecha se hubiera o no publicado. Tal ordenación del acto acusado referente a la eficacia u obligatoriedad del mismo, está en abierta contradicción con lo preceptuado en el artículo 43 del CCA, el cual ordena que los actos administrativos de carácter general, como el sub-judice, no sean obligatorios mientras no hayan sido publicados. Significa lo precedente que el acto acusado al regular lo atinente a su eficacia u obligatoriedad

⁶⁵⁹ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Página 243.

infringió una norma superior en que debería fundarse, lo cual constituye una causal de su anulación, conforme lo prescribe el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, y conduce a la Sala a rectificar su jurisprudencia al respecto”⁶⁶⁰.

Obviamente, si la administración pública publica el acto convalida la irregularidad y se convierte en un error meramente accidental, dado que no afecta el sentido de la decisión, salvo que durante el interregno en que estuvo el acto sin publicar se hubiere ejecutado el mismo y hubiere producido un daño antijurídico. En este caso cabría la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

d. Los actos administrativos de carácter particular y concreto que se expidan con base en un acto administrativo de carácter general no publicado están viciados de nulidad por expedición irregular: Recordemos que la publicación es un requisito para considerar que el acto administrativo es eficaz, por tanto, si la administración profiere actos administrativos con base en un acto ineficaz es como si adoptara decisiones sin fundamento legal y, por ende, se tornarían en ilegales por expedirse irregularmente, salvo que el vicio sea meramente accidental, como sería el caso de que el acto administrativo de carácter particular y concreto, exento de cualquier otro vicio, sea expedido antes de la publicación del acto general, y luego se lleve a cabo dicha publicación. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] la publicación de los actos administrativos de contenido general se constituye en presupuesto de eficacia u oponibilidad y no de validez respecto de los mismos; pero en cambio, la publicación de los mismos, frente a los actos administrativos de contenido particular y concreto en cuya producción participan esos actos generales, se erige en requisito de validez, cuya inobservancia tiene la potencialidad de viciar de nulidad el acto administrativo siempre que la inconsistencia tenga la categoría de una irregularidad sustancial.⁶⁶¹

2. La notificación:

Es el mecanismo jurídico a través del cual se dan a conocer los actos administrativos de carácter individual y concreto, es decir, que crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas subjetivas. Así lo reconoce el artículo 66 del CPA en los siguientes términos: “Los actos administrativos de carácter particular deberán ser notificados en los términos establecidos en las disposiciones siguientes”.

⁶⁶⁰ Consejo de Estado, sección primera, Sentencia del 17 de julio de 1992, Consejero Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

⁶⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 6 de agosto de 2009. Expediente 11001-0328-000-2009-00005-00. Consejera Ponente: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2009, páginas 1642 a 1654.

En materia de notificaciones en sede administrativa no se aplican las normas del Código de Procedimiento Civil ni de ninguna otra normativa porque la regulación es especial y no contempla ningún vacío.⁶⁶² Sin embargo ante esta premisa es necesario anotar una salvedad: en la notificación por conducta concluyente la jurisprudencia ha abierto la posibilidad de aplicar en sede administrativa el artículo 330 del CPC, tal como se advertirá más adelante, lo cual a nuestro modo de ver es criticable ante la ausencia de vacíos en la norma especial. Lo anterior no quiere decir que no se puedan llevar a cabo comunicaciones de decisiones en estrados durante la celebración de audiencias, habida cuenta que el procedimiento administrativo permite tales actuaciones procesales y, por ende, es viable que durante las mismas se profieran actos administrativos de trámite. Aunado a lo anterior, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, en el numeral 2do del artículo 67, contempla la notificación en estrados de la cual hablaremos más adelante.

La finalidad de la notificación es triple, así:

a. Materializa el derecho de defensa: Con la notificación del acto administrativo se le da a conocer al interesado la decisión adoptada y, por lo tanto, se le brinda la posibilidad de inferir si la misma está acorde a sus derechos o, por el contrario, los transgrede.

b. Determina el surgimiento de derechos: En este caso surgen derechos como hacer uso de los recursos ordinarios contemplados en la vía gubernativa dentro del término de ejecutoria o, de accionar ante la jurisdicción contencioso administrativa dentro de determinado tiempo.

Lo anterior quiere decir que los términos de ejecutoria en vía gubernativa, o de caducidad de la acción en vía jurisdiccional, solo empezarán a contarse a partir de la realización en debida forma de la notificación⁶⁶³, ya que es ella la que hace surgir los derechos al administrado de recurrir o accionar. Esta posición es lógica toda vez que si el acto administrativo particular y concreto no se notifica en debida forma, sencillamente provoca que el particular ignore que se adoptó una

⁶⁶² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sentencia de julio 7 de 1994, Sección primera, Expediente 1141, Magistrada Ponente: Beatriz Martínez Quintero. *Legis*, Hojas Sustituibles, Página 234–1.

⁶⁶³ En algunas *Legislaciones* latinoamericanas se consagró la imposibilidad del computo del plazo por indebida notificación, así: “En ningún caso, el conocimiento informal del acto lesivo por parte del interesado suple a la notificación personal o a la publicación en el diario oficial, según corresponda, por lo que no hace correr el computo del plazo para recurrir. No obstante, el interesado, si lo estimare del caso, podrá ejercitar sus defensas jurídicas dándose por notificado” (art. 143). Citado por Allan Brewer Carías, en la obra *Principios del Procedimiento en América Latina*, Editorial *Legis*, página 316.

decisión que lo afecta jurídicamente o que tal decisión que lo afecta jurídicamente es controvertible y, por ende, no existe posibilidad de que se defienda.⁶⁶⁴

Por ejemplo, la argumentación expuesta en el párrafo anterior resulta útil en materia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ya que el término de 4 meses, contados a partir del día siguiente a la notificación (art. 136, numeral segundo y literal d del numeral 2º del artículo 164 del CPA), solo se empezará a contabilizar, si esta se realiza en debida forma, de igual manera el término para recurrir el acto administrativo a que se hace referencia en el artículo 51 del CCA y en el artículo 76 del CPA, solo se contabilizará a partir del día siguiente en que se haga en debida forma la notificación.

c. Hacer eficaz el acto administrativo: Un acto administrativo de carácter particular y concreto que no se notifique en debida forma, no produce efectos jurídicos y, por lo tanto, la operación administrativa que lo efectivice será irregular, lo que quiere decir que el daño que esta llegare a producir es antijurídico, lo cual conlleva a concluir que se podrá impetrar la acción de reparación directa en contra de la mencionada operación, con el objeto de reparar dicho daño.⁶⁶⁵ Por otro lado, el acto será ilegal si dispone que produzca efectos jurídicos antes de que se notifique.

Ahora bien, la notificación se puede surtir de once formas: la notificación personal, la notificación por edicto o por aviso a la luz del nuevo CPA, la notificación por conducta concluyente, la notificación por publicación, la notificación por anotación, la notificación masiva, la notificación por comunicación, la notificación por correo certificado, la notificación por medio electrónico, la notificación en estrados y la notificación por estado.

- La notificación personal:

Los actos administrativos de carácter particular y concreto que pongan término a una actuación administrativa o aquellos que sin serlo pongan término a una actuación administrativa, sean escritos o verbales (art. 44, inc. 2do. del CCA e inc. 1º del art. 67 del CPA), deben ser notificados personalmente, es decir, es esta la primera forma de

⁶⁶⁴ “[...] por manera que si una demanda contenciosa se fundamenta esencialmente, en que el acto administrativo que se impugna no ha sido notificado regularmente a quien resulte afectado por él, mal puede pretenderse que en el momento en que haya de resolverse acerca de la admisión de la misma, deba estudiarse también el aspecto de la caducidad, o del agotamiento de la vía gubernativa, por cuanto ello en cierta forma implicaría una prematura decisión del problema, puesto que si se opta por alguno de esos extremos implícitamente se está reconociendo que la notificación del acto administrativo enjuiciado fue válida.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, expediente 4053, C.P. Samuel Buitrago hurtado, Sentencia del 20 de octubre de 1982).

⁶⁶⁵ “Ahora bien, desde el punto de vista de la oponibilidad forzosa de un Acto Administrativo no notificado la jurisprudencia ha sido explícita en indicar que los perjuicios o daños que se ocasionen podrán ser controlados a través de la acción propia para examinar las operaciones administrativas, esto es, a través de la acción de reparación directa.” SANTOFIMIO. Tomo II. *Op. cit.*, p. 244.

dar a conocer este tipo de actos administrativos a los afectados con los mismos, (art. 44, Inc. 1ro y art. 67, Inc. 1ro del CPA). El trámite a seguir es el siguiente:

- Al interesado habrá que citarlo para que comparezca a las instalaciones de la dependencia respectiva, para poder surtir la notificación personal. La citación se deberá hacer por el medio más eficaz posible, empero, el más recomendable es el correo certificado, ya que este posee la virtud de expedir una constancia de recibo, la cual se anexa al expediente con un fin probatorio. Esta citación se enviará a la dirección, o al número de fax, o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil y se deberá realizar dentro de los cinco días siguientes a la expedición del acto administrativo 666. Ante el envío de la misma, el interesado deberá acudir en el término de 5 días, contados a partir del día siguiente a la realización del envío (arts. 44, Inc. 3ro y 45 del CCA y arts. 68 e inciso primero del 69 del CPA). Es importante anotar que una justa causa puede exonerar al administrador de aplicar exegéticamente el término anotado, empero, la justificación deberá estar acreditada en el expediente para que opere, como por ejemplo: que el correo electrónico no se recibió. Por otro lado, el inciso segundo del artículo 68 del CPA faculta a la administración pública para realizar la citación a través de la página electrónica de la entidad cuando se desconozca la dirección, o el número de fax, o el correo electrónico. En este caso se publicará la citación en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de 5 días. Vencido este término corren los cinco días para que el interesado comparezca a la sede física de la entidad con el objeto de llevar a cabo la notificación personal. Esta citación vía página electrónica no debe confundirse con la notificación por aviso a través de dicho medio, ya que en este último caso no se trata de una mera citación sino del cumplimiento del requisito legal para darle paso a la vía gubernativa.
- El interesado o su delegado⁶⁶⁷ que compareciere, suscribirá un acta donde conste la diligencia de notificación, la cual no es más que la entrega íntegra y gratuita de

⁶⁶⁶ Recordemos que el acto administrativo se entiende expedido cuando resuelve de fondo el asunto y da por terminada la actuación administrativa, a tal punto que es susceptible de producir efectos jurídicos.

⁶⁶⁷ El artículo 5 de la ley 962 de 2005 incorporó la figura de la delegación en el procedimiento administrativo, así: "Cualquier persona natural o jurídica que requiera notificarse de un acto administrativo, podrá delegar en cualquier persona el acto de notificación, mediante poder, el cual no requerirá presentación personal, el delegado solo estará facultado para recibir la notificación y toda manifestación que haga en relación con el acto administrativo se tendrá, de pleno derecho, por no realizada. Las demás actuaciones deberán efectuarse en la forma en que se encuentre regulado el derecho de postulación en el correspondiente trámite administrativo. Se exceptúa de lo dispuesto en este artículo la notificación del reconocimiento de un derecho con cargo a recursos públicos, de naturaleza pública o de seguridad social." Esta disposición fue ratificada por el artículo 71 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, sin embargo, en esta última disposición se exige que el escrito mediante el cual se delega posea presentación personal, lo que significa que se derogó la obvedad de esta exigencia que contemplaba el artículo 5° de la ley 962 de 2005. Así mismo, la nueva normativa permite la delegación para notificarse del reconocimiento de un derecho con cargo a recursos públicos, de naturaleza pública o de seguridad social, empero, en todo caso será necesaria la presentación del poder.

una copia del acto administrativo particular y concreto, con anotación de la fecha y hora, con la indicación de los recursos que proceden contra el mismo, en qué tiempo se deben interponer y ante cual autoridad administrativa. Esta indicación podrá constar en el resuelve del acto administrativo que se notifique, o en un sello aplicado en su tenor literal, o en el acta de notificación respectiva, de la cual es recomendable que también se le entregue una copia al interesado (arts. 44, Inc. 5to y 47 CCA e inciso segundo del artículo 67 del CPA). En todo caso, cuando las autoridades profieren certificaciones relacionadas con la diligencia de notificación personal, por sí solas permiten concluir que se cumplieron los requisitos anotados, pues son actos administrativos que se presumen legales.

Ahora bien, es importante anotar que si el interesado otorgó poder a abogado titulado para que lo represente en sede administrativa, la administración está obligada a llevar la notificación citándolo a él y no al poderdante, pues si se hiciera de esta última forma se vulneraría su debido proceso y derecho de defensa, particularmente en lo atinente a la defensa técnica y generaría una eventual acción de tutela. En este sentido se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos:

Del texto del artículo 44 del CCA parece deducirse que la notificación puede ser hecha alternativamente al interesado o a su apoderado; pero no cabe la menor duda de que, cuando existe apoderado constituido para el trámite, es éste quien debe recibir la notificación, pues él es el sujeto idóneo para determinar si se han satisfecho los intereses de su poderdante o si, por el contrario, debe ejercer recursos frente a la decisión. Notificarle al interesado directamente, en el fondo puede conducir a manejar por la Administración un interés oscuro que afecta el derecho de defensa del interesado.⁶⁶⁸

Cuando de la actuación administrativa se colija que quién impetró la petición no es el interesado en la decisión sustancial, la administración deberá proferir un acto administrativo motivado en este sentido, el cual le será notificado, y el acto administrativo sustancial (el que decide de fondo el asunto), deberá ser notificado a la persona o personas realmente afectadas con la decisión, para que puedan interponer los recursos y, si es del caso, demandar (art. 35, CCA). Un ejemplo ilustrativo de esta situación sería el caso consistente en que un arrendador, en ejercicio del derecho de petición en interés particular, solicitare una revisión a la administración municipal, del monto del impuesto predial, con el objeto de que se disminuya el mismo. El ente territorial podrá, mediante un acto administrativo

⁶⁶⁸ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Página 78.

motivado, decidir no concederle tal pretensión por no tener interés en el asunto, ya que es un mero tenedor y no el dueño del inmueble y, por tratarse de un acto administrativo de trámite que termina definitivamente la actuación administrativa respecto del mero tenedor, deberá notificarse y podrá ser recurrido y demandado (último inciso del artículo 50 del CCA). A su vez, procederá a citar al propietario del bien y frente al mismo se resolverá de fondo el asunto, concediéndole o no la petición propuesta por el arrendatario, para que dicho propietario se haga parte en la vía gubernativa y demande si es del caso.

Finalmente, cabe anotar sobre este tipo de notificación que un menor de edad y en general un incapaz que se pueda dar a entender por escrito, puede ser objeto de la notificación personal, toda vez que si no hay límites para ejercer el derecho de petición en este tópico, tampoco los debe haber para dar respuesta al mismo.

- Notificación por edicto o por aviso:

Si el interesado no compareciere a notificarse personalmente dentro de los cinco días contados desde el día siguiente al envío de la citación, la notificación se llevará a cabo a través de edicto, que no es más que un documento que se fija en un lugar visible de la secretaría u oficina por un término de 10 días hábiles; de 8:00 a 12:00 del día y de 2:00 a 6:00 de la tarde, si así lo estableciere la entidad a través de un reglamento interno (art. 26 del CCA). Consideramos que tales días deberán ser contados a partir del día siguiente al vencimiento del término para acudir a la notificación personal, habida cuenta que el principio de celeridad así lo exige (inciso 3ro del artículo 3ro del CCA). En este aviso, se encontrarán todos los requisitos necesarios para hacer viable la notificación, es decir, contendrá la parte resolutive de la providencia y la información necesaria para ejercer la vía gubernativa. Una vez se desfije el edicto, a partir del día siguiente, empezará a correr el término de ejecutoria (art. 45, CCA). Es pertinente advertir que la viabilidad de la notificación por edicto implica que previamente se intente la notificación personal a través del envío de la citación respectiva. Es importante anotar que el interesado puede acudir durante el lapso de la fijación del edicto y notificarse personalmente. Por otro lado, si el interesado no firma la citación para que comparezca y se notifique personalmente de manera injustificada, de ello se dejará constancia en el plenario por parte del citador y se continuará con el procedimiento del edicto.

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo deroga la notificación por edicto e incorpora la notificación por aviso al procedimiento administrativo. En efecto, el artículo 69 del CPA consagra que si no se pudiere hacer la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación,

esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. Agrega el inciso primero del artículo mencionado que el aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

Consideramos que en lo atinente al correo electrónico o al fax, la notificación se surte con el mero envío del aviso de forma exitosa, sin que la administración pública tenga que verificar la consulta efectiva del documento, toda vez que el administrado debe consultar el correo electrónico de manera asidua o habilitar el fax de manera permanente por lealtad procesal y buena fe, en otras palabras, después de que el interesado autorice sus citaciones y notificaciones por fax o correo electrónico, tiene la carga de consultar tales medios de comunicación. Solo resta señalar en este punto que si el aviso se realiza por correo certificado, o se envía directamente por un funcionario de la entidad pública que notifica, a la dirección suministrada por el usuario, la constancia que emita la empresa correspondiente o el recibido del documento en dicha dirección, probarán el momento en que se surtió la notificación por aviso. Si la constancia de la empresa refiere que la dirección es errónea o el funcionario certifica que la persona a notificar no reside allí, se sigue como se anota en el párrafo siguiente. Así mismo se procederá si el correo electrónico no recibe el mensaje de datos o el fax está apagado, situaciones que impiden el envío exitoso del aviso.

Siguiendo con el tema de la notificación por aviso, llama la atención lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 69 del CPA, donde se le da vía libre a este tipo de notificación cuando se desconozca la dirección o el número de fax o el correo electrónico del peticionario, situación que debió ser subsanada con el requerimiento por petición incompleta. En este evento el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso. Esta solución también debe operar cuando el interesado suministra una dirección incorrecta.

Agrega el artículo comentado que en el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.

La notificación por aviso también es incorporada para los procedimientos administrativos tributarios a través del artículo 60 del Decreto-Ley 0019 de 2012 (Ley antitrámites), el cual modificó el inciso tercero del artículo 562 del Decreto 2685 de 1999, donde sigue siendo subsidiaria, aunque a nuestro modo de ver esta regulación es inconstitucional dado que no proviene de una ley proferida por el Congreso de la República. Veamos cómo se regula la notificación anotada: Cuando no sea posible establecer la dirección del responsable por ninguno de los medios señalados anteriormente, los actos administrativos se deberán notificar mediante aviso en el portal web de la DIAN, que deberá incluir mecanismos de búsqueda por número de identificación personal.

- Notificación por conducta concluyente:

En el caso de que el interesado no se notifique personalmente o por aviso o no se efectúe en debida forma la notificación a terceros afectados o no opere cualquier otra modalidad de notificación, ya sea porque la administración no ejerció las diligencias pertinentes o por cualquier otra razón, la ley, a manera de excepción, contempla la posibilidad de presumir la diligencia de notificación, siempre y cuando se materialice alguna de estas tres formas (art. 48, CCA y art. 72 del CPA):

1. Que el interesado convenga o consienta en la decisión, dándose por suficientemente enterado del acto administrativo en forma expresa y escrita o por cualquier otro medio probatorio que permita inferir dicha notificación. Esto necesariamente debe reposar en un documento proveniente del afectado donde expresamente se diga que se está de acuerdo con lo decidido o se permita inferir de manera inequívoca dicho consentimiento. La fecha de recibido del respectivo escrito o documento por parte de la administración pública se entenderá como el día en que se produce la notificación por conducta concluyente. Por ejemplo: un documento donde se acepte por el interesado la indemnización como consecuencia de una expropiación por vía administrativa o por una supresión de un cargo de carrera administrativa, dado que se colige que el interesado conviene o consiente dicha expropiación o supresión al aceptar la indemnización, sin perjuicio de que pueda discutirla en sede administrativa o en sede judicial, pues una cosa es la notificación de la decisión y otra cosa la discusión sobre su legalidad. En este caso dicho documento hace las veces de notificación del acto administrativo expropiatorio. El artículo 72 del CPA no menciona que deba reposar en forma expresa o escrita la inferencia del consentimiento, en atención a ello, se abre la posibilidad de que a través de cualquier otro medio probatorio se pueda acreditar que el interesado consintió la decisión, empero, este medio probatorio finalmente debe reposar en el

expediente, como por ejemplo una manifestación inequívoca en un acta que da cuenta de la realización de una audiencia o diligencia.

2. Que si el interesado no conviene en la decisión, a la luz del antiguo CCA, que utilice en tiempo los recursos legales. En este caso, debe entenderse, que el uso en tiempo de los recursos gubernativos, dependerá de la fecha y circunstancias que la parte alegue como determinantes del momento en que se enteró de la decisión⁶⁶⁹, lo cual en la práctica puede ser cualquier momento, habida cuenta que lo que afirme el interesado debe tenerse como cierto en virtud del principio de buena fe y confianza legítima (art. 83 de la Constitución)⁶⁷⁰. Cabe resaltar que el nuevo CPA no condiciona este tipo de notificación por conducta concluyente al hecho de que el interesado no convenga en la decisión, pues como se anotó en el numeral anterior, el hecho de que el interesado convenga o consienta en la decisión no significa que esté de acuerdo con la misma y, como consecuencia, se le cierren las puertas de la vía gubernativa o de la vía jurisdiccional. Por otro lado, en teoría el término para accionar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho en este caso, corre a partir del día siguiente de la interposición del recurso o recursos. Sin embargo, precisamos que es en teoría, dado que en la práctica se pueden resolver los recursos y el término de caducidad corre a partir del día siguiente de la última notificación y, en caso de que no se resuelvan, opera el silencio administrativo, lo que implica que el acto presunto pueda ser demandado en cualquier tiempo.

3. Que el interesado revele que conoce el acto. En este caso se debe tratar de un documento que repose en el expediente administrativo y que permita inferir de manera expresa e inequívoca que el interesado conoce la decisión que se expidió y que aún no se ha notificado en debida forma. No obstante lo expuesto, este tipo de notificación por conducta concluyente no puede ser una “patente de corso” para legalizar notificaciones irregulares, tal como se explica a continuación.

Se ha advertido por la jurisprudencia que el artículo 330 del CPC se aplica en el procedimiento administrativo en el caso de que el interesado manifieste que

⁶⁶⁹ “Si se le entorpece el ejercicio de los citados controles por la no notificación del acto o su defectuosa notificación, la notificación por conducta concluyente, que constituye una preciosa garantía procesal para el administrado y en cierta forma una sanción para la administración incumplida, le permite a aquél, a su opción, interponer los recursos gubernativos de la ley a partir de su conocimiento o acudir directamente a la jurisdicción administrativa”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No A-060. Sentencia de 7 de septiembre de 1988. Consejero Ponente: Dr. Carlos Betancur Jaramillo.

⁶⁷⁰ Sobre este punto el profesor Brewer Carías explica: “[...]este puede considerarse como un principio general que aun cuando no haya habido notificación, el interesado puede darse por notificado e impugnar el acto a través de los recursos que proceden, de manera que no es necesaria o indispensable la notificación directa para poder intentar el recurso”. Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial *Legis*, página 316.

conoce el acto administrativo a través de un documento, o lo mencione en escrito que lleve su firma o así lo haga saber durante una audiencia o diligencia, de la cual se deje constancia en el acta respectiva. En tal caso la notificación se considerará efectuada en la fecha de presentación del escrito o de la celebración de la audiencia o diligencia.

En nuestro concepto aplicar el artículo 330 del CPC por remisión es inviable, toda vez que el artículo 267 del CCA y el artículo 306 del CPA se refieren a la segunda parte del Código Contencioso Administrativo y del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo respectivamente, esto es: a la vía contenciosa. Aunado a lo anterior, el artículo 48 del CCA y el artículo 72 del CPA no poseen ningún vacío. Como corolario sería inviable esta tercera modalidad de notificación por conducta concluyente, empero, como el nuevo Código de Procedimiento Administrativo agregó la notificación por conducta concluyente a través de la revelación por parte del interesado de que conoce el acto, le dio vía libre a la notificación por conducta concluyente contemplada en el artículo 330 del CPC sin necesidad de remitirse a este artículo.

Como corolario de lo expuesto en el párrafo anterior, compartimos en un todo salvamento de voto suscrito por El Consejero de Estado Camilo Arciniegas Andrade, quien expuso:

El Código Contencioso Administrativo, en su libro primero, título I, capítulo X, denominado “publicaciones, comunicaciones y notificaciones”, regula detalladamente la notificación personal, como acto sometido a rigurosos requisitos. Son estos:

1. Entrega de copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión al interesado (art. 44, inc. Quinto).
2. Indicación de los recursos procedentes, las autoridades ante quienes deben interponerse y los términos para hacerlo (art. 47).

La omisión de alguno de estos requisitos implica la inexistencia de la notificación e ineficacia del acto administrativo, al siguiente tenor del artículo 48 inciso primero *ibídem*: [...].

No basta, entonces, con hacer conocer al interesado la decisión, sino que es preciso entregarle copia. Y no es suficiente la entrega de la copia al interesado, pues se requiere, además, informarle de los recursos procedentes.

La mayoría de la Sala sostiene que el término de caducidad comienza a correr tan pronto como el interesado conozca el acto administrativo. Esta tesis es errónea. Porque el interesado a quien únicamente se le haya entregado copia del acto, sin duda lo conoce; mas no por ello estará notificado, si no se le informa de los recursos procedentes. Lo expuesto significa que el CCA contiene una regulación especial de la notificación personal, que prefiere a la del Código de Procedimiento Civil. Aunque la parte interesada conozca la decisión, para que exista notificación se necesita todavía un acto potestativo suyo: que se dé por enterada y convenga en ella, o interponga los recursos. Esta es la regulación especial dispuesta por el CCA para la notificación por conducta concluyente. Por tanto, no procede remisión alguna al CPC⁶⁷¹

Sin embargo, sobre la aplicabilidad de esta disposición en el procedimiento administrativo, la jurisprudencia, a nuestro modo de ver de forma errónea, anota lo siguiente:

Al circunscribirse a los dos eventos anotados aparece claro que el citado artículo 48 presenta un vacío y es el que no contempla la posibilidad de que el interesado, a pesar de no haberse surtido las formalidades para la notificación personal o por edicto, puede tener conocimiento de la existencia y contenido del acto, esté en desacuerdo con el mismo y no hubiere ejercido en tiempo los recursos gubernativos procedentes. Ante tal vacío, debe acudirse a las normas del Código de Procedimiento Civil, por mandato del artículo 267 del Código Contencioso Administrativo⁶⁷².

Es importante anotar que esta posición jurisprudencial es muy peligrosa por lo siguiente: si antes de presentar la demanda el interesado a través de un escrito o una diligencia se notifica por conducta concluyente, el término de la caducidad de la acción se empieza a contabilizar, por lo tanto, es necesario tener mucho cuidado con este tipo de notificación a la luz del artículo 330 de CPC y evitarla a toda costa y solo surtirla con la presentación de la demanda, aunque a nuestro modo de ver, se reitera, esta notificación ya es viable en sede administrativa pues el artículo 72 del CPA agregó que también hay notificación por conducta concluyente cuanto el interesado revele que conoce el acto.

⁶⁷¹ Salvamento de voto a providencia proferida por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicación: 25000-2324-000-2004-00120-01. Actor: Multibienes Ltda. Bogotá D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil cinco (2005). Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de marzo de 2006, páginas 450 a 453.

⁶⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 13 de junio de 1996, Consejero Ponente: Dr. Rafael Ariza Muñoz, Referencia: Expediente No 3690, Actor: Guillermo León Vargas Arroyo, Publicación: Anales, tomo CXLVIII, 1996, segundo trimestre, primera parte, págs. 930 y ss.

Desafortunadamente el Consejo de Estado y el nuevo CPA le han dado vía libre a la notificación del 330 del CPC vulnerando el debido proceso administrativo por aplicar norma que de suyo es inaplicable porque riñe con los postulados de la notificación personal, al manifestar, a propósito de que en la diligencia irregular de notificación no se dé la posibilidad de impugnar la decisión, lo siguiente: “Por el contrario, la sala considera que si en el texto del acto administrativo del cual se surte la notificación por conducta concluyente no se indican expresamente los recursos que proceden contra el mismo, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo, ello debe entenderse como que la Administración no le dio al interesado la oportunidad de recurrir, en cuyo caso se presenta la figura que contempla el inciso tercero del citado artículo 135, es decir, que puede demandar directamente los correspondientes actos dentro de los cuatro (4) meses siguientes al de la fecha en que se produjo la notificación por conducta concluyente, pues de lo contrario la acción de nulidad y restablecimiento que se ejerza habrá caducado.”⁶⁷³

Así las cosas, es contradictorio señalar que el incumplimiento de cualquiera de los requisitos de la notificación personal genera invalidez de la diligencia (inciso tercero del artículo 67 del CPA) y luego advertir que el interesado se encuentra notificado por conducta concluyente cuando revela que conoce del acto, como sería el recibido de la copia de la decisión sin ninguna formalidad adicional. Por tanto, consideramos que la notificación por conducta concluyente cuando el interesado revela en un escrito que conoce el acto, solo opera en un evento posterior al primer intento de notificación por parte de la entidad. Decimos que es un primer intento dado que si estuviéramos en presencia de la notificación dada en debida forma, no estaríamos frente a una notificación por conducta concluyente. Una interpretación en sentido contrario del asunto, conduciría a legalizar notificaciones irregulares, las cuales no producen efectos legales, es decir, no permiten que se contabilicen los términos de caducidad y de vía gubernativa, ni brindan la posibilidad de agotar vía gubernativa.

Ahora bien, es imprescindible tener en cuenta que el envío del acto administrativo al domicilio del interesado por correo certificado, es un proceder erróneo de la administración y, en ningún caso, la firma del recibido contemplado en la modalidad de correo anotado, puede considerarse como notificación por conducta concluyente, toda vez que tal firma no garantiza el conocimiento pleno de la decisión adoptada por la administración pública.

Por otro lado, es necesario advertir que no son pocas las ocasiones en que el interesado en una decisión administrativa, se niega a notificarse de la misma, empero, exige la entrega de una copia del acto administrativo. Consideramos que

⁶⁷³ Consejo de Estado, Sección Primera, Auto de 11 de julio de 1996, Consejero Ponente: Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Expediente N°3894.

en este evento se le debe entregar el documento solicitado y el recibido con que queda la administración pública, no se entenderá para todos los efectos legales como una notificación por conducta concluyente, habida cuenta que no garantiza el conocimiento del contenido del acto y se deberá proceder a la notificación por edicto o por aviso, según se aplique el CCA o el CPA

- Notificación por publicación:

Cuando se trata de terceros determinados o indeterminados que resultan afectados directamente con la decisión, pero que no son protagonistas en la actuación administrativa, debido a que la notificación personal se surte frente a quienes resultan involucrados de manera directa en la actuación, podrán, a través de publicaciones en el diario oficial o en un diario de amplia circulación local o nacional, según el caso, notificarse de la decisión e interponer recursos, si es del caso, en los términos del Código Contencioso Administrativo. En la publicación donde se publicite la decisión⁶⁷⁴ se deberán indicar los recursos que proceden en contra de la misma y los términos para interponerlos (art. 47 del CCA).

Esta modalidad de notificación, es extremadamente garantista y protectora del debido proceso y del derecho de defensa, ya que se le da la oportunidad de agotar vía gubernativa a personas que nunca intervinieron en la actuación administrativa, pero que debido a las diligencias y pruebas que se realizaron durante la actuación, la administración concluyó que podían resultar afectadas de alguna forma y, por lo tanto pueden sentirse con derecho a disentir frente al acto administrativo. Como corolario, en la publicación se debe precisar minuciosamente a quienes va dirigida la notificación, en la medida de lo posible, con nombres y cédulas o por lo menos especificaciones o características que permitan identificar a los afectados, como el lugar donde viven o el sector laboral donde se desempeñan. Por ejemplo: en el caso de que el Instituto Colombiano Agustín Codazzi evalúe catastralmente un bien, dentro de un sector donde todos los bienes poseen características similares, la notificación por publicación operará para los demás copropietarios (art. 46, CCA).

El artículo 46 del Código Contencioso Administrativo se refiere expresamente a este tipo de notificación.

⁶⁷⁴ El literal e del artículo 95 del D.L. 2150 de 1995, advierte que se debe publicar la parte resolutive de las decisiones administrativas que afecten a terceros en el Diario Oficial, así: "La parte resolutive de los actos administrativos que afecten de forma directa o inmediata, a terceros que no hayan intervenido en una actuación administrativa, a menos que se disponga su publicación en otro medio oficial destinado para estos efectos o en un periódico de amplia circulación en el territorio donde sea competente quién expidió las decisiones." Consideramos que en este caso también se debe publicitar un resumen de la parte motiva para facilitar el derecho de defensa.

El último inciso del artículo 48 del CCA reitera, en cuanto a esta modalidad de notificación por publicación, la ineficacia de las decisiones cuando se surte irregularmente, frente a los terceros, obviamente. Es importante manifestar en este evento, que no puede ser confundido con el contemplado en el artículo 35 del CCA, toda vez que la publicitación en este caso se evidencia frente a terceros directamente afectados, al paso que la disposición en comento se refiere al evento en que quién se cita no es un tercero sino el interesado directo con lo que se decida.

Ahora bien, el artículo 73 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo obvió la publicación en el diario oficial o en un diario de amplia circulación local o nacional, según el caso, dándole vía libre a la publicación electrónica, acompañada de un medio masivo de comunicación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones; en lo demás creemos que continúan vigentes los comentarios realizados líneas atrás por debido proceso y derecho de defensa. Sin embargo, en esta disposición se señala que en caso de que la administración conozca el domicilio del tercero o de los terceros, deberá proceder a realizar la notificación personal, por tanto, se colige que con el advenimiento del nuevo código la notificación por publicación es subsidiaria.

Finalmente, el término de ejecutoria en estos eventos corre a partir del día siguiente a la publicación en el diario oficial o en el diario de amplia circulación local o nacional, o a la publicación electrónica y realización de la publicitación a través del medio masivo de comunicación y solo a partir del día siguiente de la realización de esta última corre el término de ejecutoria.

- Notificación por anotación o inscripción:

Los actos de registro se entenderán notificados el día en que se surta la correspondiente anotación, en este caso se entenderá notificado el interesado con la inscripción en el registro (el propietario del bien inmueble o la sociedad mercantil en materia de registro mercantil, por ejemplo), es decir, en quien recae la obligación de enterarse de las anotaciones que hagan en el respectivo registro, ya que toca con sus intereses jurídicos. Esta posición fue reiterada recientemente por la Superintendencia de industria y Comercio, por medio de la Circular 210 del 2010, que estableció que en Colombia los actos de inscripción se notificaran mediante la anotación en el registro, mientras que los que ponen fin a una actuación administrativa lo será personalmente⁶⁷⁵.

⁶⁷⁵ Consejo De Estado, Sección Primera, Sentencia 7818/04, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

Frente a terceros, los mismos también se entenderán notificados con la respectiva anotación en el registro respectivo, empero, si se surte publicación en la página web, el término de ejecutoria corre a partir del día siguiente a la anotación en el registro, en caso contrario opera la notificación por conducta concluyente, por tanto, es nuestro parecer que la anotación en el registro y la publicación en la página web deben hacerse el mismo día, aunque la publicitación electrónica opera desde el inicio de la actuación administrativa⁶⁷⁶. De esta manera lo dispuso la Ley 962 de 2005 en su artículo 19, así:

Publicidad y notificación de los actos de registro y término para recurrir. Para los efectos de los artículos 14, 15 y 28 del Código Contencioso Administrativo, las entidades encargadas de llevar los registros públicos podrán informar a las personas interesadas sobre las actuaciones consistentes en solicitudes de inscripción, mediante la publicación de las mismas en medio electrónico público, en las cuales se indicará la fecha de la solicitud y el objeto del registro.

Los actos de inscripción a que se refiere este artículo se entenderán notificados frente a los intervinientes en la actuación y frente a terceros el día en que se efectúe la correspondiente anotación.

Cuando se publique la actuación de registro en curso en la forma prevista en el inciso primero de este artículo, los recursos que procedan contra el acto de inscripción podrán interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del registro respectivo.

Respecto al último inciso del artículo transcrito, se reitera, si la actuación no se publicita por medio electrónico público que a nuestro modo de ver sería la página oficial en la red de la entidad pública respectiva, la mencionada anotación frente a terceros no producirá efecto inmediato y, por ende, los términos de ejecutoria y de caducidad de la acción, no empezarán a contabilizarse, sino, hasta el momento en que se den por enterados dichos terceros a través de mecanismos como las certificaciones, la notificación por publicación de que habla el artículo 46 del CCA o por medio electrónico y masivo de comunicación de que trata el artículo 73 del CPA o en general, por conducta concluyente.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ “Cuando se trate de actos de registro, las entidades encargadas de llevar los registros públicos podrán informar a las personas interesadas sobre las actuaciones consistentes en solicitudes de inscripción, mediante la publicación de las mismas en medio electrónico público, en la que se indicará la fecha de la solicitud y el objeto del registro (ley 962 de 2005, art. 19).” RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, decimosexta edición, 2008, página 329.

⁶⁷⁷ “[...] la notificación se entiende como surtida, para el interesado el día en que se efectuó la correspondiente anotación (res. 2555 de 1988, art. 138, y CCA, art. 44, Inc. 4) y para los terceros el día en que tengan

Lo anterior se afirma porque el único que se beneficia durante el procedimiento especial administrativo de registro es el interesado, tal como lo ha explicado la jurisprudencia, veamos:

Para la sala resulta un tanto temerario hacer tan categórica afirmación en materia que puede prestarse a confusión. En efecto, reza el primer inciso del artículo ya citado (se refiere al artículo 44 del CCA), que las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado o a su representante o apoderado, dando con tal prescripción la pauta para entender en todo el texto del artículo que las notificaciones a que él se refiere no tienen sujeto pasivo diferente al mismo interesado, esto es, a quién solicita la actuación administrativa. En la misma línea de interpretación debe entenderse entonces que los actos de registro públicos se entenderán notificados a los interesados, esto es, a quienes beneficia la actuación, el día en que se efectúe la correspondiente anotación, o sea el registro. Ya frente a terceros, al ser esa una petición en interés particular, le son aplicables las disposiciones del Capítulo III del Código Contencioso Administrativo, muy en especial los artículos 12, 13, 34 y 35.⁶⁷⁸

Finalmente, cabe anotar que el artículo 70 del CPA contempla esta modalidad de notificación, cuyo tenor literal no varía de los lineamientos anotados en este acápite, empero, señala que si el acto de inscripción hubiere sido solicitado por entidad o persona distinta de quien aparezca como titular del derecho, la inscripción deberá comunicarse a dicho titular por cualquier medio idóneo, dentro de los cinco días siguientes a la correspondiente anotación, lo que se traduce en una notificación por comunicación autorizada expresamente por la ley, sin embargo, en este caso específico se deberá establecer en el tenor literal de la comunicación los recursos que proceden contra la inscripción, en que término se deben interponer y ante que autoridades, en caso contrario se presentaría una irregularidad en esta notificación. El término de ejecutoria corre en este caso a partir del día siguiente en que se realice la comunicación en debida forma, de lo cual se debe dejar constancia en el expediente.

-Notificación masiva:

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha aceptado otra forma de notificación de los actos administrativos de carácter particular y concreto, en aquellos eventos

conocimiento de la notificación; [...] “(Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo– Sección Primera, 16 de octubre de 1997, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa, Exp. No. 3362).

⁶⁷⁸ Consejo de Estado, sección Primera, Consejero Ponente: Dr. Rodrigo Ramírez González, Expediente N° 3455, Actor: Sara Curiel Wilches y otros.

donde el número de interesados con las decisiones a adoptar es de grandes proporciones, a tal punto que si se cumpliera con las formalidades tradicionales de la notificación personal se atentaría de manera flagrante con lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución, esto es, los principios de eficiencia, celeridad y economía que deben reinar en la función administrativa. Los requisitos para que opere este tipo de notificación son los siguientes:

- 1) Que exista un alto número de peticiones elevadas por personas distintas acerca del mismo punto, y que ellas estén formuladas con el mismo formato y los mismos argumentos, de tal manera que se pueda presumir que hay una organización formal o informal que coordina e impulsa esas solicitudes;
- 2) Que se dé suficiente publicidad al escrito de respuesta, de tal manera que se garantice efectivamente que los peticionarios directos puedan tener conocimiento de la contestación brindada;
- 3) Que se notifique la respuesta a las directivas de las organizaciones que han impulsado y coordinado la presentación de miles de solicitudes del mismo corte o, en el caso de que se trate de organizaciones informales, a los líderes de ellas que se puedan identificar; y
- 4) Que el escrito de respuesta aporte los elementos necesarios para que cada uno de los peticionarios pueda conocer que en el documento se le está dando respuesta a su solicitud personal, bien sea porque en el escrito se mencionen los nombres de cada uno de los solicitantes o bien porque la respuesta se dirige hacia grupos u organizaciones que permitan individualizar a los destinatarios de la contestación.⁶⁷⁹

Del aparte jurisprudencial transcrito se deben realizar los siguientes comentarios:

a. La publicitación de la respuesta masiva se debe hacer a través de medios que efectivamente garanticen el conocimiento de los interesados y ojalá, tales medios, sean utilizados de manera concurrente, los cuales podrían ser: carteles puestos en lugares especialmente visibles, si se trata de Municipios pequeños, publicaciones en periódicos locales, medios radiales, programas institucionales o dirigidos a la comunidad de carácter televisivo o radial que tengan gran difusión, publicación electrónica, etc. Tal publicitación, por regla general, se debe llevar a cabo en un solo día, salvo que la autoridad pública disponga otra cosa y así lo haga saber a los interesados.

b. La respuesta dada a conocer debe señalar que recursos proceden ante la misma, en qué tiempo se pueden interponer y ante que autoridades.

⁶⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-466 de mayo 13 de 2004, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Publicada en Código Contencioso Administrativo, hojas sustituibles, páginas 9 y 10. Posición reiterada por la Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión, a través de la sentencia T-508 de 5 de julio de 2007. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2007, páginas 1696 y 1697.

c. Los términos de los líderes para recurrir corren de manera independiente a los de los demás interesados, pues, frente a los primeros, cuando se lleve a cabo en debida forma la notificación personal o por edicto o por aviso, según el caso, al paso que en relación a los segundos, al día siguiente de efectuada la notificación masiva.

Para facilitar la notificación masiva en un asunto muy puntual, el inciso segundo del numeral 1º del artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo, señala que la notificación electrónica puede operar para actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas, como sería el caso de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera o de los procesos de selección para adjudicar contratos. En dicha disposición se dispone que en la reglamentación de la convocatoria se impartan a los interesados las instrucciones pertinentes, y se establecerán modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico, siguiendo con la lógica de que los medios electrónicos no deben restringir el acceso a la administración pública sino facilitarlos.

- Notificación por comunicación:

Excepcionalmente la administración pública adopta a través de actos administrativos reglamentarios, procedimientos o trámites internos que contemplan este tipo de notificación, por medio de diferentes mecanismos, sobre todo cuando se trata de publicitar actos administrativos preparatorios susceptibles de impugnarse y que se dictan al interior de convocatorias públicas masivas, tal como acontece con los concursos de carrera administrativa o judicial reglamentados a través de reglamentos constitucionales autónomos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o la Comisión Nacional del Servicio Civil, en lo concerniente a la notificación de los resultados de las evaluaciones, las cuales se notifican por fijación de listados en lugares públicos. Ver por ejemplo el acuerdo 1899 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el cual se convocó a un concurso público. Obviamente en la comunicación respectiva se debe precisar de manera inequívoca que recursos proceden, ante quién se puede interponer y en qué término.

Se reitera, este tipo de notificación es absolutamente excepcional y debe estar justificada conforme a la naturaleza del procedimiento, en caso contrario podría ser inconstitucional por vulnerar el debido proceso del interesado o interesados.

Cabe anotar que el nuevo CPA, en la última parte del artículo 70, le da vía libre a esta modalidad de notificación en el evento de que el acto de inscripción hubiere sido solicitado por entidad o persona distinta de quien aparezca como titular

del derecho, en cuyo caso la inscripción deberá comunicarse a dicho titular por cualquier medio idóneo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la correspondiente anotación.

- Notificación por correo certificado:

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la notificación por correo, entendida, de manera general, como la diligencia de envío de una copia del acto correspondiente a la dirección del afectado o interesado, cumple con el principio de publicidad, y garantiza el debido proceso, solo a partir del recibo de la comunicación que la contiene (C-980/2010, C-096/2001).

En materia tributaria opera esta modalidad de notificación, tal como lo explica el doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié en los siguientes términos:

Es una forma de notificación traída por las normas tributarias para las decisiones que adopta la DIAN (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales) en los trámites que se adelantan en relación con los asuntos de su competencia. El artículo 5° de la Ley 788 de 2002, conserva la notificación por correo, exigiendo la entrega de la copia del acto notificado, pero también autoriza las notificaciones por correo electrónico, como lo veremos más adelante, extirpando de la regulación la presunción de notificación por correo.⁶⁸⁰

Cabe anotar que en esta modalidad de notificación en materia tributaria el término de la vía gubernativa corre a partir del mismo día en que se produce la entrega del acto administrativo en la dirección pertinente, lo cual es interesante pues rompe la regla general de que los términos corren a partir del día siguiente de la realización de la notificación. Veamos lo que la jurisprudencia señala sobre el particular:

De otra parte, la sociedad considera aplicable el Decreto Reglamentario 1350 de 27 de junio de 2002, según el cual la notificación por correo de que trata el artículo 566 del Estatuto Tributario tendrá efectos a partir del día siguiente a la fecha de recibo del acto administrativo por parte del contribuyente, de acuerdo con la certificación expedida por la entonces Administración Postal Nacional. Sin embargo, para la Sala, tal disposición no es aplicable al presente caso, pues como lo señaló en la sentencia de 23 de abril de 2009, citada en párrafos anteriores, dicha norma perdió vigencia una vez la Ley 788 de 2002 modificó el artículo 566 del Estatuto Tributario (norma reglamentada)⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Página 79.

⁶⁸¹ El Decreto 1350 de 2002 plasmó el sentir de la sentencia C-096 de 2001 por medio de la cual la Corte

- Notificación electrónica:

A pesar de lo expuesto en el ítem anterior, es menester aclarar que la notificación electrónica superó el campo de acción del derecho tributario y ahora se consagra que la misma se puede efectuar en cualquier procedimiento administrativo que adelante la administración pública, tal como lo dispone el numeral 1° del artículo 67 del CPA y lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] a partir de la entrada en vigencia de la Ley 527 de 1999, la lectura del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, puede hacerse entendiendo que la expresión “personal”, que califica la notificación de los actos administrativos de carácter particular, es comprensiva no solo de la presencia física del interesado o de quién lo represente, sino de la presencia virtual, propia de las comunicaciones por vía electrónica, puesto que el acto formal de la notificación no está incluido en las excepciones que dicha ley 527 consagra para su aplicación, pero siempre que se observen los requisitos técnicos y jurídicos que permiten dar valor probatorio al mensaje de datos.⁶⁸²

Ahora bien, en el anterior concepto el Consejo De Estado señaló los lineamientos que deben seguirse para que la notificación electrónica pueda equivaler funcionalmente a la notificación personal del interesado con su presencia física, veamos:

- Se trata de una propuesta alternativa a la notificación personal presencial y es la persona interesada en la decisión administrativa, quien la elige y quien define cómo la usa.
- El sistema debe exigir a la persona interesada hacer un pre-registro que lo habilitará, mediante el uso de contraseña o de certificado digital.
- El acceso que obtiene mediante el pre registro le permite recibir por la vía electrónica la misma información que recibiría acudiendo al despacho público.
- El sistema debe ofrecer el registro electrónico del envío de la notificación, un control de términos, la consulta sobre el estado de los procesos y la guarda del registro de cualquier estado del proceso.

Constitucional declaró la inexecutable la expresión “y se entenderá surtida en la fecha de introducción al correo” del artículo 566 del Estatuto Tributario. Como el artículo 5 de la Ley 788 de 2002 al modificar esta norma, señaló en forma expresa como se surte la notificación por correo, el Decreto que la reglamentaba ya no tiene aplicación (Concepto 067076 de 2003 de la Dian). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Martha Teresa Briceño De Valencia. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil diez (2010). Radicación número: 25000-23-27-000-2004-00130-01 (16831). Actor: Banco Unión Colombiano. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -Dian.

⁶⁸² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, Rad.: 1001-03-06-000-2010-00015-00 (1989). Ref.: Principio de equivalencia funcional de marzo 18 de 2010. Aplicación en el trámite en línea de la notificación personal de actos administrativos. Extracto publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2010, páginas 1046 a 1058.

- Una vez proferido el acto administrativo de contenido particular, el responsable de la información lo ingresará al sistema de cada entidad, con lo cual se activará un mensaje de texto al celular del destinatario de la decisión, o a su correo electrónico, o a la tarea de bandeja de entrada de la página del sistema, indicándole, como mínimo, el número del acto administrativo, la fecha de inicio de términos, el nombre de la entidad notificante y la fecha de envío. Esto equivale a la citación en el método convencional. Obviamente, si la cuenta de correo esta mala o el interesado cambia de celular, el error en el procedimiento no se le puede endilgar a la entidad.
- Los términos son los de ley, inician al día siguiente hábil del envío y pueden ser controlados automáticamente por el sistema, por ende, el interesado tiene cinco días a partir del día siguiente de activado el mensaje de datos, de enviado el correo electrónico o de insertada la citación en las tareas de bandeja de entrada del sistema, para que proceda a notificarse.
- El usuario a notificar entra con su contraseña o certificado digital al sistema, y firma electrónicamente el acuse de recibo, con estampado cronológico.
- Si el acto administrativo está incompleto, el interesado debe informar justificando las razones; en este caso, la notificación pasa al estado de “suspensión”, y el funcionario autorizado debe revisar lo dicho por el interesado y realizar los cambios necesarios; el sistema vuelve al estado anterior al de suspensión, y debe generar nuevo mensaje informativo al interesado. En nuestro concepto este trámite se debe hacer en un término máximo de 15 días hábiles como tradicionalmente ocurre para cualquier derecho de petición o recurso en vía gubernativa.
- El interesado puede renunciar a términos, para lo cual requiere certificado digital a una segunda contraseña.
- Vencido el término para que el interesado acepte el acuse de recibo o para que vaya a notificarse personalmente (léase, presencialmente), el sistema permite publicar la notificación por aviso en el portal web, para lo cual el usuario notificador debe subir el documento digitalizado como aviso y transcribir la parte resolutive del acto administrativo. Es importante que la entidad le envíe un llamado vía electrónica al usuario conminándolo de que consulte la página web donde se realiza la notificación por aviso.
- La desfijación del aviso puede ser por vencimiento del tiempo límite o porque todos los interesados den acuse de notificado. Si el proceso es manual, el sistema envía una alerta al usuario notificante para que confirme la fecha y la hora en que se desfijó.
- En el estado “en espera de interposición de recursos”, el interesado puede interponer los recursos, electrónicamente. El recurso así interpuesto llega a un rol de “repartidor” que lo distribuye a los funcionarios para su trámite. El sistema, a la vez, debe enviar al usuario notificante, por mensaje de texto

a celular, o por correo electrónico, o por la página, un mensaje informando sobre la recepción del recurso. Vencidos los términos, automáticamente el sistema debe dejar de recibir recursos. La gestión del recurso es de la respectiva entidad.

- El sistema debe registrar el correspondiente estampado de tiempo, para todos los eventos o cambios en el trámite de la notificación, debe permitir exportar toda la información a un archivo PDF; y recuperar todo el proceso, para su visualización y consulta.
- Como muchas de las actuaciones anteriores se prueban a través del correo electrónico, es menester tener claridad sobre el alcance probatorio que tiene dicho documento. En opinión de expertos de Adalid Abogados, la prueba del correo electrónico reviste una serie de particularidades. Tales expertos explican:

[...] un correo electrónico tiene dos partes: un texto o mensaje, que es lo que normalmente las personas ven y leen; en él se pueden ver la fecha de envío, las direcciones de correo del remitente y de quien recibe la comunicación, además de lo que se dice en la comunicación; la segunda parte del correo se llama encabezado o header, por su nombre en inglés, y para verlo hay que hacer un ejercicio, dependiendo de en qué servidor está alojado su correo. Allí podrá ver la información más importante del mensaje, como desde qué dirección IP la envió, la hora real de envío, a qué hora pasó por cada servidor y dónde fue recibido el mensaje. Esta información normalmente no sale en las impresiones, pues técnicamente debe ser leída por expertos; por ejemplo, en internet hay bases de datos que muestran alguna información (http://www.ip-adress.com/trace_email), de todos modos un correo electrónico sin encabezado carece de valor probatorio por sí solo.⁶⁸³

Como corolario, es menester imprimir no solo el texto sino el encabezado del correo electrónico o indicarle al operador jurídico como puede obtener dicho encabezado vía electrónica, cuando se pretenda hacer valer como prueba en un asunto administrativo o judicial.

Ahora, es pertinente puntualizar que la notificación de actos de la DIAN en portal web respeta el debido proceso. En efecto, la Corte Constitucional declaró

⁶⁸³ Opinión publicada en ámbito jurídico, ejemplar del 25 de marzo al 14 de abril de 2013, página 6. Allí se explica que para desplegar la información detallada del encabezado en Gmail, es menester buscar la opción “mostrar original” en la parte superior derecha del mensaje, al lado derecho de “responder”. Se abrirá otra ventana con la información. En caso de Hotmail, es necesario hacer clic sobre el botón derecho del mouse, encima del correo, sin abrirlo, y escoger la opción “ver código fuente del mensaje”. Finalmente, en lo atinente a Outlook, se debe hacer doble clic en el mensaje de correo, en la bandeja de entrada, para abrir el mensaje. Seleccionar view (vista), luego seleccionar options (opciones).

ajustados a la Carta Política los apartes de los artículos 59, 61 y 62 del Decreto-Ley Antitrámites (D.-L. 019/12) que prevén la notificación de actos de la administración tributaria mediante su publicación por aviso en un lugar de acceso al público y en el portal web de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), cuando hayan sido devueltos por el correo.⁶⁸⁴

- Notificación en estrados:

El numeral 2° del artículo 67 del CPA, dispone que toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos. Es importante acotar que en materia electoral se requiere de la publicación en el diario oficial o en la gaceta territorial para que corran los términos de ejecutoria a partir del día siguiente, al igual que la caducidad de la acción. Por otro lado, este tipo de notificación tiene la virtualidad de llevarse a cabo independientemente de que los interesados comparezcan o no a la audiencia pública. Por ejemplo: el acto de adjudicación del contrato estatal queda notificado para todos los proponentes que participaron en el proceso de selección, independientemente de que algunos de ellos no se encuentren presentes al interior de la diligencia.

- Notificación por estado:

La Ley 1474 de 2011, la cual regula la notificación de los actos administrativos en los procesos de responsabilidad fiscal, establece en el artículo 106 de dicha codificación, la posibilidad de notificar por estado actos administrativos.

Irregularidad en las notificaciones:

Se reitera, mientras la Administración no notifique el acto administrativo de carácter particular y concreto, este no podrá ser obligante y vinculante para la persona afectada con la decisión.

Cuando la notificación de un acto administrativo de carácter particular y concreto se realiza de manera irregular, es decir, sin citación al interesado o sin indicación de los recursos que proceden, ante qué autoridad se interponen y en qué término, o con indicación insuficiente de dicha información, o induciendo en error al interesado comunicándole recursos erróneos o inexistentes⁶⁸⁵ (Art 47, CCA e

⁶⁸⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-012 de enero 23 de 2013, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

⁶⁸⁵ Esta forma de notificación irregular es traída a colación por la doctrina extranjera en los siguientes términos: "Notificación que induce a error al particular. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la Administración notifique que contra su resolución cabe un recurso que no es el procedente. En esta hipótesis hay que entender

inciso segundo del artículo 67 del CPA), se entiende que la administración le está impidiendo al administrado ejercer de manera adecuada su derecho de defensa y esto ocasiona tres consecuencias:

- La notificación irregular impide que se agote la vía gubernativa, por tanto, se podrá acudir ante la vía jurisdiccional sin necesidad de interponer los recursos respectivos. (Inciso final del artículo 135 del CCA y numeral 2º del artículo 161 del CPA).⁶⁸⁶
- Los recursos se podrán interponer en cualquier tiempo, habida cuenta que el término de ejecutoria no corre ni un minuto. (art. 48 CCA y art. 72 del CPA).
- Si la notificación es irregular, esto es: no se suministra la información indicada líneas atrás o la administración omite su deber de citar a la persona para que comparezca a la entidad con el objeto de llevar a cabo la diligencia respectiva o si, citándola y sin que comparezca, no se realiza la notificación por edicto o por aviso en debida forma, o en general no se presenta una cualquiera de las demás modalidades de notificación cuando estas sean viables, esta podrá demandar el acto administrativo en cualquier tiempo.⁶⁸⁷

Es pertinente advertir que, en el caso de que se trate de un acto administrativo mixto, es decir con contenido general y particular, la administración deberá publicitarlo de dos maneras, mediante publicación en lo relacionado con la parte general y notificación en lo que tenga que ver con lo particular y concreto. En caso de que no se proceda de esa manera, la ineficacia se presentará de

que si el particular hace caso de la indicación administrativa y entabla tal recurso queda a salvo su derecho para plantear después la cuestión ante la jurisdicción competente. El error inducido no puede perjudicarlo.” GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, Décimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González. Página 646.

⁶⁸⁶ “La oportunidad para interponer los recursos la señala la misma ley y ella se inicia con la notificación personal del acto al interesado. Si la administración no la cumple, sino que acude a otra forma no autorizada o autorizada en subsidio, estará impidiendo el ejercicio de los recursos y no podrá alegar en su favor, como sucedió en el caso sub-judice, el no agotamiento de la vía gubernativa. En este campo también cabe recordar el aforismo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Expediente No A-060. Sentencia de 7 de septiembre de 1988. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

⁶⁸⁷ “[...] siendo la notificación de los actos cuya nulidad se solicita, punto culminante de la acción que se estudia, estima la sala que la demanda habrá de ser admitida toda vez que esta corporación, en forma reiterada, ha sostenido que cuando la caducidad no parezca clara, bien porque se alegue falta de notificación (como en el presente caso) o defectos en esta, u otra circunstancia similar, deberá tramitarse el proceso para definir en la sentencia, previo el análisis del acervo probatorio, si la acción fue o no ejercitada en tiempo. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Iro de diciembre de 1995, C.P. Rodrigo Ramírez González).

inmediato, dependiendo si la irregularidad en la publicitación se presenta en la parte general o en la parte particular y frente a esta última, con las consecuencias explicadas anteriormente.

3. La comunicación

Es el tercer mecanismo a través del cual se dan a conocer las decisiones que emite la administración pública. Es una modalidad excepcional que solo procede en los eventos en que la ley así lo determine de manera expresa o que se trate de actos administrativos frente a los cuales no proceden recursos ordinarios en vía gubernativa, porque la ley así lo dispone. Aunque frente a este último aspecto se presenta una excepción respecto de los actos administrativos que resuelven los recursos en vía gubernativa, donde, en principio, contra ellos no procede recurso alguno y, sin embargo, la ley obliga su publicitación a través de notificación (Art 61 CCA), con sus consecuencias de eficacia e iniciación de la contabilización del término de caducidad, empero, el nuevo código no precisa nada al respecto, lo que implica inferir que la simple comunicación bastaría.

La diferencia fundamental entre la comunicación y la notificación se verifica en las formalidades que se deben agotar para que se lleve a cabo cada uno de esos mecanismos, mientras la notificación se hace por regla general de manera personal, con entrega de una copia íntegra y gratuita del acto administrativo y con indicación expresa de los recursos que proceden, ante quién se pueden interponer y en qué tiempo, la comunicación, puede surtirse por cualquier medio hábil, siempre y cuando quede constancia en el expediente de su verificación, en aras de proteger el debido proceso y derecho de defensa del administrado⁶⁸⁸. Por tanto, la comunicación se puede llevar a cabo por fax, por correo certificado e incluso, por correo electrónico, vía telefónica, transcripción mecanográfica y fijación del documento en lugar público, etc., mecanismos ilegales, en principio, en materia de notificación. Ejemplos de actos administrativos que se comunican son: el acto administrativo que resuelve negativamente un derecho de petición en interés general (último inciso del art. 43 CCA y tercer inciso del art. 65 CPA), salvo que con la resolución del mismo se expida un acto administrativo de carácter

⁶⁸⁸ “Ahora bien, a diferencia de la notificación personal, donde se debe hacer entrega al notificado de copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión, o en su defecto citarlo a la entidad a través de correo certificado para la realización de la misma (CCA, art. 44), la comunicación debe hacerse a través de un medio eficaz, como el envío por medio de correo certificado a la dirección registrada por el suscriptor y/o usuario, informando de la existencia y objeto de la actuación. En adelante, la parte involucrada debe mostrar diligencia en relación a la actuación que se le comunica, independientemente del deber de la entidad de continuar el trámite con respeto del debido proceso”. Corte Constitucional, Sala novena de Revisión, Sentencia T-224 de 23 de mayo de 2006. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Extracto Jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2006, páginas 1690 a 1693.

general, impersonal y abstracto, en cuyo caso procederá la publicación y la comunicación al interesado.⁶⁸⁹, los actos de trámite⁶⁹⁰, preparatorios o ejecutorios, porque contra ellos no procede recurso alguno (art. 49, CCA y art. 75, CPA), el acto de adjudicación de un contrato estatal a los proponentes no favorecidos (Numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993) o las decisiones administrativas de carácter interno (un traslado de personal o los reglamentos internos de las Asambleas y Concejos, circulares, instrucciones, órdenes, nombramientos, las declaraciones de insubsistencia por regla general, etc.).

Se reitera, es indispensable que la administración pública advierta que la comunicación fue efectiva, por ende, la forma de comunicar más recomendable es el correo certificado a la dirección suministrada o conocida y en caso de su imposibilidad se le debe dar aplicación a los artículos 14 y 15 del CCA o al artículo 37 del CPA Mediante la utilización de otras formas de llevar a cabo las comunicaciones, se corre el riesgo de vulnerar el debido proceso de los administrados. Es importante tener en cuenta lo siguiente: frente a la dirección que suministra el interesado a la administración pública, este debe asegurarse de establecerla correctamente, en caso contrario, no se le podrá endilgar responsabilidad a la administración por falta de comunicación.

4. La ejecución

Es también un mecanismo excepcional de publicitación de los actos administrativos y solo procede en aquellos eventos donde la ley de manera expresa así lo disponga. Este es el caso, por ejemplo, del acto administrativo que resuelve de manera favorable un derecho de petición de información (Inciso primero del artículo 23 del CCA o numeral 1º del artículo 14 del CPA), o por regla general en los casos de actos administrativos de retiro como los que se derivan de la facultad de libre nombramiento y remoción, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Por disposición legal, los actos de insubsistencia no se ponen en conocimiento de la persona afectada mediante publicación o notificación, sino solo por ejecución; excluyendo de esta forma el legislador la comunicación, no solo no autorizada para efectos de caducidad, sino derogada por el Decreto 2304 en su artículo 23. Estas formas de conocimiento son de orden público vinculadas a la garantía del debido proceso; derecho para los administrados de obligatorio

⁶⁸⁹ “Si del derecho de petición en interés general surge una verdadera decisión de contenido general oponible a la generalidad de los asociados, el mecanismo apto para su publicidad sería el explicado en los numerales anteriores”. SANTOFIMIO. Tomo II. *Op. cit.*, p. 274.

⁶⁹⁰ Este es el caso del acto de trámite que decide iniciar una actuación administrativa iniciada de oficio en los términos del artículo 28 del CCA o artículo 35 del CPA

acatamiento que no permiten su aplicación analógica y menos su asimilación gramatical o meramente semántica⁶⁹¹.

El aparte jurisprudencial transcrito resulta loable en materia de caducidad, habida cuenta que genera la certeza jurídica de que a partir del día siguiente de la ejecución de la decisión de retiro, que no es más que el momento en que el interesado deja de estar vinculado al cargo que se encontraba desempeñando, se inicia el término de caducidad. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos: “[...] la sala considera que frente a los actos de insubsistencia debe tenerse en cuenta el momento a partir del cual se ejecuta o materializa tal decisión, es decir, cuando el acto de retiro empieza a producir efectos jurídicos, esto es, cuando el servidor público se desprende definitivamente de sus funciones o atribuciones al dejar de prestar sus servicios laborales personales a la respectiva entidad”.⁶⁹²

Ahora, es importante anotar, a la luz de lo contemplado en el aparte jurisprudencial transcrito, que la caducidad de la acción para controvertir actos de retiro, no se da sino en la medida en que haya una desvinculación efectiva del cargo, por ende, en caso de que se dé el acto ejecutivo de comunicación de insubsistencia, pero se presente el evento de que el empleado, a pesar de dicha comunicación, permanezca en el cargo hasta que haga entrega del mismo, solo a partir del día siguiente de la entrega del cargo corre el término de caducidad referido, sin que tenga ninguna importancia el momento en que se le comunicó al retirado la decisión de declaratoria de insubsistencia. Esto obedece al principio de continuidad del servicio que explica la doctrina en los siguientes términos:

[...] en virtud del principio de la continuidad del servicio público, el momento hasta el cual se prolonga la competencia temporal puede ir un poco más allá de aquel en que se produce teóricamente el retiro del servicio. En efecto, el artículo 281 del Código de Régimen Político y Municipal establece que ningún empleado dejará de actuar, aunque su período haya terminado, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto, o el suplente respectivo. Por su parte, el numeral 4 del artículo 126 del decreto 1950 de 1973, consagra también este principio al establecer que es causal de abandono del cargo el abstenerse de prestar el servicio antes que asuma el cargo quien ha de

⁶⁹¹ Consejo De Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia S-612, de julio 23 de 1996. Citada por Pedro Antonio Lamprea, en su obra *Anulación de los Actos de la Administración Pública*, Ediciones Doctrina y Ley, Segunda Edición, de 2004, página 64.

⁶⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, Sentencia de 1º de diciembre de 2005. Expediente 4058-2005. Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2006, páginas 1029 y 1030.

reemplazarlo, mientras que el artículo 34, numeral 17, de la ley 734 de 2002, lo consagra como deber de los servidores públicos. A su vez, debe tenerse en cuenta que el Código Penal anterior (decr. 100 de 1980) consagraba, en su artículo 156, el delito de abandono del cargo, pero el nuevo Código Penal (ley 599 de 2000), no tipificó como delito esta conducta.⁶⁹³

V. La vía gubernativa

La vía gubernativa es la tercera etapa del procedimiento administrativo ordinario y nace como desarrollo del principio de contradicción, inherente al derecho fundamental del debido proceso⁶⁹⁴.

Esta etapa empieza a correr a partir de la notificación en debida forma y el consecuente término de ejecutoria del acto administrativo particular y concreto, esto es, los cinco días o los diez días de que habla del nuevo CPA, contados a partir del día siguiente a la notificación del acto administrativo, ya sea personal, por edicto o por aviso, por conducta concluyente, por publicación, por anotación, por comunicación, por correo, electrónica, en estrados o de carácter masiva⁶⁹⁵. Es por esto que no compartimos la posición de algunos doctrinantes que consideran la vía gubernativa como una etapa potestativa, potestad que está en cabeza del administrado. No, lo que es potestativo es la interposición de los recursos, empero, la etapa como tal siempre se surtirá, ya que la notificación en debida forma y el término de ejecutoria son una obligación para la administración, en caso contrario, se estaría violando el derecho a controvertir la decisión, que se encuentra en cabeza del administrado.⁶⁹⁶ Es pertinente manifestar que esta etapa no siempre cuenta con un término de ejecutoria, toda vez que puede ocurrir que la impugnación gire en torno a un acto administrativo

⁶⁹³ RODRÍGUEZ R., Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimosexta edición, 2008, Editorial Temis, página 323.

⁶⁹⁴ “Si la revisión de oficio supone el reconocimiento a la Administración de una potestad anulatoria en tutela del interés público, los recursos constituyen el más acabado instrumento para la defensa de las situaciones individuales contra la acción administrativa ilegal”. GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, Décimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González. Página 675.

⁶⁹⁵ Esta tesis la comparten algunos doctrinante como es el caso del Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, quién sobre el particular se expresa en los siguientes términos: “El artículo 50 del Decreto Extraordinario 01 de 1984 señala que la Vía Gubernativa se inicia con la notificación de las providencias o actos que ponen fin a un negocio o actuación administrativa y es allí donde surge la opción para el administrado de solicitar a la administración que revise su decisión, con la finalidad de obtener un pronunciamiento favorable a su posición”. Derecho Procesal Administrativo, 5ª edición, 2005, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 45.

⁶⁹⁶ El tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa, considera la vía gubernativa, como una etapa potestativa, confundiendo el término de ejecutoria con la interposición de los recursos, veamos: “[...] si el afectado no desea controvertir lo dispuesto por la administración, el acto se hace eficaz y ejecutable dentro del término subsiguiente a su notificación. Significa esto que en nuestro medio y frente a la eficacia del acto la prórroga de la actuación administrativa a una segunda etapa, o de la vía gubernativa, depende exclusivamente del sujeto pasivo del acto.” (Tratado de derecho administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Página 255).

presunto de carácter negativo o no se lleve a cabo notificación o esta sea irregular, eventos que implican que los recursos se puedan interponer en cualquier tiempo.

A. Concepto y clases

La vía gubernativa es aquella etapa del Procedimiento Administrativo que tiene por objeto que la Administración Pública obtenga la oportunidad de autocontrolar, jurídicamente, por inconveniencia o inoportunidad e incluso cuando se cause un agravio injustificado a una persona, sus propios actos⁶⁹⁷, a través del ejercicio, por parte del administrado, de los recursos ordinarios o del recurso extraordinario de revocatoria directa.⁶⁹⁸ Es decir, que reconsidere sus propias decisiones, lo que conllevaría a aclararlas, modificarlas o revocarlas.

Es importante advertir que la Administración Pública, cuando ejerce la revocación directa de oficio, no se encuentra inmersa al interior de esta etapa sino que, en virtud de tal iniciación oficiosa, se produce un procedimiento administrativo con todas las etapas contempladas para el procedimiento administrativo ordinario.

En cuanto al control jurídico, el administrado deberá tener en cuenta las causales contempladas en el artículo 84 del CCA o en el artículo 137 del CPA, que serán el fundamento a partir del cual, el administrado sustentará el recurso o recursos respectivos. En cuanto al mérito del acto administrativo (conveniencia u oportunidad), este se podrá discutir en esta etapa, de conformidad a lo contemplado en la última parte del artículo 59 del CCA (“[...] y en los de conveniencia si es del caso.”), o a lo prescrito en el numeral segundo (2do) del artículo 69 del CCA o en el numeral segundo (2do) del artículo 93 del CPA (“Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él”).

Es importante anotar que la vía gubernativa puede ser de dos clases: ordinaria cuando surge de la interposición de los recursos ordinarios, y extraordinaria cuando surge del ejercicio del recurso extraordinario de la revocatoria directa.

⁶⁹⁷ “Es realmente un autocontrol, puesto que tanto el inferior que produce el acto, como el superior que lo controla por la vía del recurso, hacen parte del mismo organismo o entidad.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 3 de mayo de 1990, exp. 879, C.P.: Pablo J. Cáceres Corrales. Aunque esta regla tiene sus excepciones, tal como sucede con la apelación en materia de servicios públicos domiciliarios, de conformidad a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, donde el mencionado recurso se resuelve por una entidad diferente a las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, esta es la Superintendencia Nacional de Servicios Públicos.

⁶⁹⁸ Sobre la naturaleza de Vía Gubernativa de la actuación iniciada en virtud del ejercicio del recurso extraordinario de revocatoria directa, el profesor Santofimio ha dicho lo siguiente: “Aunque esta afirmación no es unánime en la doctrina, consideramos viable aclarar que con su interposición de todas maneras se abre nuevamente un periodo administrativo extraordinario para la discusión no solo de la legalidad del acto administrativo, sino también del mérito o conveniencia del mismo.” SANTOFIMIO GAMOBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 287.

B. Actos Administrativos objeto de la vía gubernativa

Por regla general, procede contra los actos administrativos definitivos, es decir, aquellos que deciden de fondo la actuación administrativa (art. 49 CCA y último inciso del art. 50 CCA e inciso primero del art. 67 CPA e inciso primero del art. 74 CPA). Por vía de excepción legal, podría proceder contra los actos administrativos de trámite o preparatorios⁶⁹⁹.

En cuanto a los actos administrativos de trámite, por regla general en el evento en que hagan imposible continuar con la actuación administrativa, serán susceptibles de impugnación. Por ejemplo, se expide un acto administrativo de trámite donde se explica que no es posible continuar con la actuación porque el interesado murió. Este tipo de acto administrativo, emitido en tales condiciones, debe ser notificado en debida forma, que para el caso que nos ocupa sería una notificación a terceros indeterminados –compañera desconocida o hijos no reconocidos- (Último Inciso del art. 50, CCA e inciso primero del art. 67, CPA y art. 73, CPA).

En todo caso, los actos administrativos de carácter general, no estarán sujetos a vía gubernativa, salvo si contemplan decisiones particulares, en cuyo caso tales decisiones deben notificarse y podrán ser susceptibles de recursos. Tampoco aquellos actos administrativos de carácter particular y concreto donde la misma ley determine que contra ellos no procede recurso alguno, Por ejemplo, los de libre nombramiento o remoción o los que resuelven negativamente un derecho de petición en interés general y en general los que, en virtud de la ley, se comunican o se ejecutan y no se notifican⁷⁰⁰. De igual manera, no procede por regla general contra actos administrativos preparatorios, ya que por sí solos no son un acto administrativo debido a que la suma de todos constituye un acto complejo o una decisión final⁷⁰¹ y los recursos solo proceden contra actos administrativos susceptibles de producir efectos jurídicos, característica de la cual carece un acto preparatorio, a diferencia del acto complejo o final, este sí susceptible de ser impugnado si su naturaleza jurídica lo permite. Por otro lado, tampoco proceden por regla general contra actos administrativos ejecutorios⁷⁰², porque estos se controlan a través de la acción de reparación directa por pertenecer o hacer parte de una operación administrativa.

⁶⁹⁹ Es el caso de los actos administrativos preparatorios que se profieren durante el proceso de selección objetiva de contratistas regulado en la Ley 80 de 1993. Ver: Inciso primero del artículo 77 de la ley mencionada.

⁷⁰⁰ Aunque es necesario advertir que no siempre notificación implica procedencia de recursos, tal como acontece con el artículo 61 del CCA

⁷⁰¹ “[...] el acto preparatorio [...], como su nombre lo indica, va prefijando el contenido de la decisión de mérito que procede tomar. Esto es, prepara el acto definitivo que ponga término a la actuación”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expediente No 830. Extradición a Estados Unidos, suspendida una orden de detención.

⁷⁰² Una excepción a esta premisa son los actos administrativos que se profieren durante la ejecución y liquidación de un contrato estatal, en virtud de lo contemplado en el artículo 77 de la ley 80 de 1993.

Sin embargo, en caso de que el acto administrativo ejecutorio suprima o añada puntos nuevos de la parte resolutive del acto administrativo, de la ley o de la sentencia que genera la operación administrativa, el acto se convierte en un “acto de aparente ejecución” y como consecuencia, en este caso se pueden interponer recursos frente a los puntos nuevos y demandar en sede judicial si es del caso. En este sentido se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos: No obstante, no es acto de ejecución aquel que no se limita simplemente a dar cumplimiento al acto o sentencia que pretende ejecutar y le sirve de fundamento, sino que le suprime elementos o le introduce otros nuevos. En ese caso se trata de un acto de aparente ejecución, que constituye realmente un nuevo acto definitivo en cuanto a esos nuevos elementos.⁷⁰³

Sin perder de vista lo anterior, es pertinente manifestar que todas las anteriores modalidades podrán tener excepciones a su no sometimiento a la vía gubernativa, si la ley así lo dispone⁷⁰⁴.

Por otro lado, es necesario anotar que las irregularidades que se presenten en los actos administrativos de trámite o preparatorios, se ventilan a través de la acusación de ilegalidad del acto administrativo definitivo en sede administrativa o en sede jurisdiccional⁷⁰⁵.

Respecto a las decisiones adoptadas por los particulares como consecuencia del derecho de petición: Consideramos que contra ellas no procede recurso alguno, toda vez que se trata de actos que no provienen de la administración pública, como consecuencia no son actos administrativos y, por ende, no se les aplica la vía gubernativa. Es pertinente recordar que por regla general, los únicos actos susceptibles de ser recurridos en vía gubernativa son aquellos que ponen fin a una actuación administrativa (art. 50 del CCA e inciso primero del artículo 74 del CPA). Lo anterior también se predica del recurso de insistencia contemplado en el artículo 21 de la Ley 57 de 1985 y en el artículo 26 del CPA, toda vez que dicho

⁷⁰³ RODRÍGUEZ R. Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, decimo sexta edición, Editorial Temis, 2008, página 290.

⁷⁰⁴ “[...] los fundamentos o supuestos de derecho que tuvo el *Legislador* en cuenta para establecer la improcedencia de recursos de vía gubernativa contra los actos de carácter general, de trámite, preparatorios o de ejecución, y para limitar la procedencia de aquellos recursos, atiende a la necesidad de evitar la parálisis o el retardo, la inoportunidad y la demora en la actividad administrativa, que debe estar, salvo excepciones señaladas en la ley, en condiciones de decidir en la mayor parte de los asuntos previamente a la intervención del administrado o interesado”. Corte Constitucional, Sentencia C-339 del 1º de agosto de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Julio César Ortiz Gutiérrez.

⁷⁰⁵ “Los únicos actos susceptibles de acción contenciosa administrativa son los actos definitivos, no los de trámite o preparatorios; estos últimos se controlan jurisdiccionalmente al tiempo con el acto definitivo que pone fin a la actuación administrativa.” Corte Constitucional, Sentencia T-88 de febrero 3 de 2005. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinoza. Extracto jurisprudencial publicado en el Código Contencioso Administrativo de hojas sustituibles de *Legis*, páginas 67, 68 y 69.

recurso solo está regulado para controvertir decisiones que emanan de entidades públicas; frente a los particulares debe utilizarse la acción de tutela. Ahora bien, el artículo 33 del nuevo CPA trae una excepción a esta afirmación, en el sentido de que cabe el recurso de insistencia contra Cajas de Compensación Familiar e Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral de carácter privado.

Es importante anotar en este punto lo siguiente: si los particulares ejercen funciones administrativas deben considerarse administración pública y las decisiones que de ellos emanen con ocasión de tales funciones, serán susceptibles de los recursos en vía gubernativa. Este es el caso de las personas jurídicas de carácter privado que prestan servicios públicos domiciliarios dado que, en atención a lo dispuesto en la Ley 142 de 1994, en determinados casos pueden ejercer prerrogativas públicas y, por ende, proferir actos administrativos susceptibles de ser recurridos en reposición ante la misma entidad operadora y en apelación ante la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

C. Imposibilidad de existencia de una cadena interminable de recursos

Contra las decisiones que resuelvan los recursos en vía gubernativa es imposible interponer recursos a pesar de que deben notificarse⁷⁰⁶ (art. 61 CCA), en caso contrario se daría una cadena interminable de recursos atentatoria de la economía procesal que debe regir en los procedimientos administrativos, aunado a una indefinición del derecho y una inseguridad jurídica inaceptable. Esta premisa también opera en materia del acto administrativo presunto resultante del silencio administrativo procesal. Ahora bien, si las decisiones que resuelven los recursos en sus partes resolutivas tocan puntos nuevos no debatidos en vía gubernativa, si proceden nuevamente los mecanismos de impugnación y en este sentido debe operar la diligencia de notificación, esto es, dando una nueva oportunidad de recurrir en los términos contemplados en el CCA o en el CPA Para evitar esta situación la administración debe expedir un acto de trámite refiriéndose a las respuestas anteriores (Inciso segundo del artículo 19 del CPA).

D. Clases de recursos

Los recursos en la vía gubernativa son cinco: el de reposición, el de apelación, el de queja, el recurso de insistencia⁷⁰⁷ y el recurso extraordinario de la revocatoria directa⁷⁰⁸, veamos:

⁷⁰⁶ Aunque el nuevo Código no señala de qué forma se dan a conocer los actos administrativos que resuelven los recursos ordinarios en vía gubernativa, se considera más garantístico para el administrado continuar con la notificación como medio idóneo para darlos a conocer, máxime que dichas decisiones dejen en firme el acto administrativo y le dan vía libre a la administración para ejecutarlos.

⁷⁰⁷ Sobre este recurso no se hablara en este acápite, para mayor información los remitimos al tema del derecho de petición de información donde se ahondó sobre el particular.

⁷⁰⁸ Estos son los recursos ordinarios regulados en el Código de Procedimiento Administrativo, sin perjuicio de

1. Recurso de reposición

(arts. 50 y 51, CCA y numeral primero del art. 74 y 76, CPA)

El recurso de reposición, por regla general, siempre procede, salvo que la ley disponga otra cosa y se constituye en el medio mínimo de posibilidad de defensa que tiene el administrado frente a la administración.

El recurso de reposición se debe interponer, mediante escrito, el mismo día de la diligencia de notificación o dentro de los cinco días, si estamos en presencia de un procedimiento adelantado bajo la égida del antiguo código, o 10 días, si se aplica el nuevo Código de

Procedimiento Administrativo, siguientes a efectuada la misma (personal, por edicto o por aviso, por conducta concluyente, por publicación, por anotación, por comunicación, por correo, electrónica, en estrados o masiva), y se interpondrá ante el funcionario que expidió la decisión con el objeto de que él mismo la revise y si es del caso la aclare, modifique, revoque o adicione⁷⁰⁹, pretensiones que se pueden impetrar de manera simultánea si se trata de las dos primeras, dependiendo del contenido del acto administrativo, esto es, un aspecto que se necesita que se aclare y un tópico de la parte resolutive que se necesita que se modifique. Estas pretensiones se definen de la siguiente manera:

Aclare: Ilustre al administrado, explicando de una manera precisa, los puntos oscuros que pueda presentar el contenido del acto administrativo recurrido. Por ejemplo explicar fórmulas matemáticas, dilucidar aspectos técnicos o traducir expresiones plasmadas en otros idiomas.

Modifique: Que el sentido de la decisión en su parte resolutive se cambie en algún aspecto, es decir, se sustituya de manera parcial el contenido con otro que verse sobre el asunto o situación jurídica frente a la cual el acto administrativo produce efectos jurídicos. Ejemplo: Que se reliquide la mesada pensional con el objeto

la existencia de recursos distintos reglamentados en procedimientos especiales, tal como ocurre con el recurso de reconsideración en materia tributaria.

⁷⁰⁹ Algunos doctrinantes agregaban la pretensión adición, que a nuestro modo de ver era ilegal, en primer lugar porque no estaba contemplada en el numeral 1º del artículo 50 del CCA y en segundo lugar, porque lo que se buscaría con la misma es provocar una nueva decisión de la administración donde se agregarían puntos nuevos no debatidos que necesariamente generarían una nueva controversia en vía gubernativa, lo que atentaría contra los principios de economía y celeridad que deben reinar en el procedimiento administrativo (art. 3ro del CCA). Esta posición la expone el doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié a propósito del recurso de reposición en los siguientes términos: “Debe interponerse ante el mismo funcionario que expidió el acto para que lo modifique, aclare, adicione o revoque.” Derecho Procesal Administrativo, 5ª edición, 2005, Librería Jurídica Sánchez, página 50. A pesar de lo expuesto, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, en el numeral 1º del artículo 74, agrega la pretensión adición, situación que no cambia nuestra posición ante la misma, aunque bajo su vigencia ya se tornará en legal.

de que el monto inicialmente reconocido aumente. Estas modificaciones también son conocidas en el mundo jurídico como revocaciones parciales.

Revoque: Que se saque al acto administrativo del tráfico jurídico, es decir, que se remueva del mundo del derecho, ya sea remplazándolo por otra decisión administrativa (revocación tácita) o simplemente excluyéndolo del mundo jurídico a través de la manifestación expresa de revocación en la parte resolutive del acto que resuelve el recurso (revocación expresa). Por ejemplo: la extinción de un acto administrativo que calificó mal a un servidor público en virtud de un recurso de reposición que produjo la expedición de una calificación satisfactoria.

Adicione: Que se agreguen puntos nuevos que se dejaron de resolver en el acto administrativo inicial, a pesar de que se pidieron oportunamente. Sin embargo, en este caso consideramos que frente a los puntos nuevos se deberá realizar una nueva notificación susceptible de provocar una nueva vía gubernativa, dado que se trata de decisiones que aún no se han puesto en tela de juicio ante el administrado. Por ejemplo: Que se agregue al acto administrativo que reconoció unas cesantías, la reliquidación de las mismas conforme a los parámetros que se habían trazado en la petición inicial. Obviamente, en este caso, frente al reconocimiento de las cesantías no habrá recursos, pues esto fue resuelto en la decisión inicial ya notificada, pero frente a lo que se decida en torno a la reliquidación si, dado que tal reliquidación es un punto nuevo no notificado con anterioridad y podría no estar ajustado a la ley.

Imposibilidad de pretender indemnización de perjuicios: Es importante manifestar que por vía gubernativa no se puede pretender obtener la reparación del daño a través de la indemnización de perjuicios, ocasionados con el acto administrativo revocado durante el interregno que produjo efectos jurídicos (como sería el caso de obtener el pago de lo que se dejó de percibir por una pensión mal liquidada), ya que se requiere de disponibilidad y registro presupuestal⁷¹⁰ y la revocación del acto, ya sea a través de los recursos ordinarios, o del extraordinario de revocatoria directa, rige hacia el futuro sin posibilidad de volver sobre un daño ocasionado y, en tal evento, necesariamente se debe acudir a la vía jurisdiccional. De igual manera si se trata de un daño futuro cierto como la imposibilidad de cubrir un crédito que tenía respaldado con la obtención de un dinero consecuente del acto administrativo revocado. Solo mediante la acción de reparación directa se puede obtener la reparación del daño.

En consonancia con lo anterior el Consejo de Estado, concluye lo siguiente: “En conclusión: la acción de reparación directa es procedente para obtener la

⁷¹⁰ Artículo 71 del Decreto-Ley 111 de 1996.

indemnización de perjuicios causados por un acto administrativo ilegal revocado en sede administrativa, cuando la parte afectada ha solicitado su desaparecimiento por la vía gubernativa o mediante la revocatoria directa como mecanismo de control de la actuación administrativa”⁷¹¹.

Es importante manifestar que no solo es en el caso de que quién sufra los perjuicios sea el administrado, también en el evento en que la Administración resulte perjudicada con los efectos que produjo el acto que revoca⁷¹² (como la recuperación de dinero pagado en virtud de pensión obtenida de forma ilegal), en donde indefectiblemente se deberá acudir a la vía jurisdiccional. “Lo anterior, por cuanto el acto de revocación es una decisión administrativa que rige hacia el futuro. En esa medida, la recuperación de los dineros indebidamente pagados solo es posible lograrlo por conducto del Juez, que es el competente para definir bien el restablecimiento del derecho y/o la reparación del daño o este solamente, según se trate de la acción contenciosa que sea precisa instaurar”⁷¹³.

Ahora bien, en materia laboral si es viable reconocer erogaciones presupuestales, dado que es mandato constitucional que todo cargo público este respaldado por el correspondiente rubro presupuestal (art. 122 CP). Lo mismo se podría afirmar en torno a la contratación estatal, pues es requisito para la perfección del contrato estatal el registro presupuestal.

Sobre este punto solo bastaría agregar que, desde nuestro punto de vista es perfectamente viable solicitar reparaciones in natura que no impliquen afectación del presupuesto, por ejemplo: si mediante acto administrativo se difama la integridad de una persona, a través del acto revocatorio se podrá agregar una motivación tendiente a “limpiar” tal difamación.

Las sumas que reconozca voluntariamente la administración en sede administrativa deberán liquidarse indexadas: El Consejo de Estado indicó que las sumas que el Estado reconoce extrajudicialmente en sede administrativa deben indexarse, aunque ninguna norma legal lo autorice expresamente. Para la Corporación, la indexación de las sumas que el Estado reconoce es una cuestión de equidad y no de consagración legal, porque se evita la pérdida del poder adquisitivo del

⁷¹¹ Sentencia de agosto 24 de 1998. Expediente 13.685. Consejero Ponente: Dr. Daniel Suárez Hernández.

⁷¹² Consideramos que esta vía no procede cuando el acto administrativo desaparece por anulación en sede jurisdiccional en ejercicio de la acción de simple nulidad, en el evento que se haya producido un daño antijurídico, durante el interregno en que el acto administrativo estuvo vigente y produjo efectos jurídicos, toda vez que se burlaría el término de caducidad estipulado para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

⁷¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Bogotá, D.C., Dieciséis de julio de dos mil dos.

dinero.⁷¹⁴ Ahora bien, este principio de la indexación opera tanto en el acto administrativo que culmina la actuación administrativa, como en el acto o actos administrativos que resuelven recursos en la vía gubernativa, por tanto, es perfectamente viable recurrir un acto administrativo cuando este no reconoce sumas de dinero debidamente indexadas. Finalmente, cabe acotar en este aparte que las sumas que se reconocen en sede administrativa giran en torno a relaciones laborales o contractuales, pues ya se explicó que en materia de indemnización de perjuicios por responsabilidad extracontractual del Estado, es inviable.

Negativa de recepcionar: Si el funcionario competente se negare a recepcionar el recurso de reposición, este se podrá presentar ante el procurador regional o ante el personero municipal respectivo, quien ordenará que se le dé el trámite establecido por la ley, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que hubiere lugar (Inciso segundo del artículo 76 del CPA).

El recurso de reposición no es obligatorio para agotar la vía gubernativa, salvo que la ley disponga otra cosa, es decir, si este no se interpone no se le verá truncada la posibilidad al administrado de acudir a la vía jurisdiccional (último inciso del artículo 76 del CPA). Por lo tanto, frente a autoridades que no posean superior jerárquico o que la ley las exceptúe frente al ejercicio de este medio de impugnación y solo considere procedente el recurso de reposición, no será necesario agotar la vía gubernativa (interponer el recurso de reposición) para acudir a la jurisdiccional. En este evento se encuentran: los ministros, los directores de departamento administrativo, superintendentes, representantes legales de las entidades descentralizadas territorialmente, por servicios o por colaboración y los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos. Tampoco serán apelables aquellas decisiones proferidas por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos del nivel territorial. Este último evento trata de la descentralización seccional o local (Artículo 50, numeral 2do, inciso 2do del CCA y artículo 74, numeral 2do, incisos 2do y 3ro del CPA).

2. Recurso de apelación

(Art. 50 y 51, CCA y numeral 2º del artículo 74, CPA)⁷¹⁵.

⁷¹⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 5116-05 de julio 13 de 2006, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero. En este evento el Estado reconoció sumas de dinero adeudadas por concepto de prima técnica a una empleada pública, sin embargo se negó a indexarlas. El Consejo de Estado para esta decisión, se fundó en el artículo 53 de la Constitución.

⁷¹⁵ Es importante advertir que en materia tributaria el recurso de reconsideración tiene los mismos efectos de la apelación en el procedimiento ordinario, esto es, resulta obligatoria su interposición para agotar vía gubernativa. Veamos lo que explica sobre el particular el profesor Juan Ángel Palacio Hincapié: “En materia tributaria, el recurso de reconsideración tiene la naturaleza de un recurso de apelación y por tanto es necesario agotarlo frente a una liquidación de revisión para agotar la vía gubernativa y poder demandar judicialmente el acto. Sin embargo, el parágrafo del artículo 720 del Estatuto Tributario exceptúa de ejercer dicho recurso

Es obligatorio interponerlo para que se agote la vía gubernativa, o sea, si este no se interpone en término, el administrado no podrá acudir a la vía jurisdiccional para hacer valer sus derechos. Con esta obligatoriedad, el legislador busca, en primer lugar, crear un mecanismo de economía, eficacia y eficiencia administrativa, en el sentido de que los conflictos que se susciten entre la administración y los administrados, se resuelvan en los estrados administrativos y así se evite la intervención de un tercero para dilucidar la controversia, así se tendrá una función administrativa más acorde con los postulados del Estado Social de Derecho. Y, en segundo lugar, es un mecanismo de descongestión de despachos judiciales.

El recurso de apelación se puede interponer de manera principal o subsidiariamente al de reposición y, en ambos casos, se deberá presentar a través de escrito el mismo día de la diligencia de notificación o dentro de los cinco o diez días siguientes a la misma, dependiendo de si estamos en presencia del CCA o el CPA. Por consiguiente, en la notificación del acto administrativo que resuelve el recurso de reposición, no se debe otorgar un nuevo término para apelar. Aunado a lo anterior, mediante este mecanismo también se solicita la aclaración, modificación, adición o revocación de la decisión impugnada en los términos ya explicados cuando abordamos el recurso de reposición.

Negativa de recepción: En caso de que el funcionario competente, se muestre renuente a recepcionar el recurso presentado respetuosamente, este se podrá interponer ante el procurador regional o el personero municipal, quien ordenará que se le dé el trámite correspondiente, sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar (Inciso segundo del artículo 76 del CPA).

El recurso de apelación se interpone ante el funcionario que profirió la decisión, quien se encargará de decidir si reúne los requisitos de ley. En caso de reunirlos, lo concederá y le enviará el expediente junto con el escrito contentivo del recurso, al superior inmediato para que este decida⁷¹⁶. En caso contrario, se rechazará.

3. Recurso de queja

(Art. 50 y 51, CCA y numeral 3° del artículo 74 del CPA).

cuando el requerimiento especial haya sido atendido en debida forma, caso en el que se entiende ocurrido el agotamiento de la vía gubernativa y se puede presentar la demanda judicial". Derecho Procesal Administrativo, 6ª edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 61.

⁷¹⁶ Es importante tener en cuenta que la ley le puede dar curso al recurso de apelación ante autoridades que no serían superiores jerárquicos de las entidades que hubieren adoptado la decisión impugnada. Éste es el caso de las comisiones de regulación en materia de servicios públicos domiciliarios, quienes conocen de los recursos de apelación contra los actos de cualquier autoridad que se refieran a la construcción u operación de redes (art. 28 de la ley 142 de 1994).

Este procede cuando se rechace el de apelación⁷¹⁷ y se interpone ante el inmediato superior o ante quien deba resolver la apelación conforme a la ley, en el escrito se debe esbozar el motivo por el cual no está de acuerdo con el rechazo del recurso y, además, deberá anexarle la copia del acto administrativo de rechazo del recurso de apelación. Una vez el inmediato superior o quien deba resolver la apelación conforme a la ley, recepcione el recurso de queja, solicitará el expediente y decidirá lo pertinente, que puede ser la resolución de la apelación si fue mal denegada. Obviamente el rechazo del recurso de apelación debe notificarse en debida forma.

De este recurso se hará uso dentro de los cinco días siguientes a la realización de la notificación con todas las formalidades del caso, del acto administrativo que rechazó el recurso de apelación, empero, no es obligatorio, por lo tanto, luego de rechazada la apelación, se podrá acudir a la vía jurisdiccional sin necesidad de interponer el recurso de queja, con la salvedad de que si el Juez Contencioso Administrativo encuentra que la apelación no se surtió con el lleno de los requisitos de ley, podrá rechazar la demanda por no agotamiento en debida forma de la vía gubernativa. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Pero en sentido contrario, cuando el particular no ha cumplido con las formalidades exigidas para que se trabe la litis en debida forma y por ello la administración no ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre las objeciones hechas a su actuación, ello impide que pueda entrar la jurisdicción contencioso administrativa al examen de la legalidad de los actos acusados, por indebido agotamiento de la vía gubernativa.”⁷¹⁸

Ahora bien, es pertinente manifestar que el acto presunto que resulta del silencio administrativo procesal, en virtud de la interposición del recurso de apelación, no se entiende como rechazo del mismo, toda vez que es una decisión que deniega presuntivamente lo pedido y no el recurso de apelación en sí mismo. (Artículos 53 y 60 del CCA). Por otro lado, si se llegare a rechazar el recurso de queja por no reunir los requisitos de ley, quedaría en firme el rechazo de la apelación y eventualmente cabría acción de tutela, en caso de que la queja estuviere mal rechazada.

Finalmente, es oportuno señalar que el recurso de queja suspende los efectos del acto principal que fue recurrido en apelación, dado que se trata de un medio de impugnación que se concede en el efecto suspensivo, sin embargo, del mismo no

⁷¹⁷ Si se rechaza de manera ilegal el recurso de reposición cabe la acción de tutela, dado que en estos casos la ley no prevé otro mecanismo para controlar la decisión.

⁷¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativa, Sección Cuarta, Sentencia del 2 de abril de 1991, Consejera Ponente: Dra. Consuelo Sarria Olcos, Expediente No. 3008.

se puede abusar. Esto se advierte porque el recurso de queja puede ser interpuesto como consecuencia del rechazo de un recurso de apelación presentado de manera extemporánea, lo que implica en la práctica que en cualquier momento, a través de una maniobra fraudulenta, se deje sin efectos una decisión que se encontraba ejecutoriada. Por tanto, consideramos que en aquellos eventos donde el recurso de apelación se interponga en tiempo o el objeto del recurso sea precisamente discutir sobre la extemporaneidad, procederá el efecto suspensivo del recurso de queja, en caso contrario dicho efecto no puede hacerse efectivo, y el operador jurídico deberá hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad, porque del abuso del derecho no se puede predicar derecho proveniente de justo título (art. 58 de la CP).

E. Requisitos para interponer los recursos en vía gubernativa (Artículos 51 a 55 del CCA y 74 a 82 del CPA).

1. Los recursos se pueden interponer sin necesidad de ser abogado titulado, lo único que se exige es que se interpongan directamente por la persona interesada⁷¹⁹ en aclarar, modificar, adicionar o revocar el acto administrativo. Ahora bien, el nuevo Código de procedimiento administrativo establece que no se requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Cabe anotar que resulta confuso lo dispuesto en el inciso primero del artículo 77 del CPA, cuando señala que quien haya sido reconocido en la actuación, no requiere de presentación personal en lo atinente a la presentación del recurso, pues esto querría decir que quien haya actuado en el procedimiento, puede mandar el recurso con cualquier persona y solo bastaría su suscripción, situación que resulta contradictoria con el acto de delegación para notificación personal, toda vez que si el delegado solo está autorizado para notificarse, ¿cómo es posible que después cualquier persona pueda presentar el escrito de impugnación firmado por el interesado?

Consideramos que la redacción de este artículo en el aspecto anotado en el párrafo anterior es desafortunada y pensamos que lo correcto es interpretar dicha disposición en el sentido de que quien no haya participado en el procedimiento administrativo requiere de presentación personal para impetrar el recurso, al paso que el directamente interesado no la requiere, siempre y cuando sea él mismo quien lo presente ante la autoridad pública. En caso contrario deberá ser radicado a través de presentación personal ante notario o juez, o por su representante legal si se trata de persona jurídica o de menor de edad.

⁷¹⁹ Es pertinente precisar que frente a actos de anotación o inscripción, los recursos puede ser interpuestos por cualquier persona, porque los registros son públicos.

Si una persona natural desea interponer recurso en nombre de otro, deberá poseer poder general, el cual deberá estar debidamente elevado a escritura pública y si se trata de poder especial, quien interponga el recurso deberá ser un abogado debidamente acreditado.

(Primera parte del último inciso del artículo 52, CCA y primera parte del inciso séptimo del artículo 77, CPA).⁷²⁰

Si se trata de incapaz, se reitera, se exonera de la presentación personal del mismo y su representante legal o su curador, según el caso, pueden interponerlo o, en su defecto, un agente del Ministerio Público, con el objeto de que impetre el medio de impugnación en su nombre en procura de proteger sus derechos fundamentales. Así mismo, se recalca que el incapaz puede presentar directamente el medio de impugnación.

Antes de finalizar el análisis de este primer numeral, cabe reprochar la redacción del artículo 34 del Decreto-Ley 0019 de 2012, denominado “ley antitrámites”, el cual es del siguiente tenor: “Excepto cuando se trate de la interposición de recursos, en ninguna otra actuación o trámite administrativo se requerirá actuar mediante abogado”. De dicho contenido parece inferirse que para la interposición de recursos en vía gubernativa, el interesado indefectiblemente debe otorgar poder a un abogado, lo cual es contrario a lo expuesto líneas atrás y, en realidad, tal interpretación genera obstáculos al administrado y violenta su debido proceso. Consideramos que esta disposición debe interpretarse en el sentido de que el interesado está facultado para interponer los recursos directamente, empero, si lo hace a través de un tercero, necesariamente deberá otorgar poder general elevado a escritura pública si se trata de simple persona, o poder especial si estamos en presencia de un abogado.

2. Si se trata de agente oficioso, también deberá ser abogado titulado y deberá ofrecer prestar una caución en caso de no ratificación, empero, deberá esperar a que el operador jurídico la fije. Esta ratificación consiste en que la persona en nombre de la cual actúe el agente oficioso, deberá consentir la actuación dentro de los tres meses siguientes a iniciada la misma (Inciso final, artículo 52, CCA). El nuevo Código de Procedimiento Administrativo reduce este término a dos meses (Inciso séptimo del artículo 77 del CPA). Si la caución es fijada de manera desproporcionada en relación con el objeto a resolver por parte del operador jurídico, procede la acción de tutela, debido a que se estaría atentando

⁷²⁰ Recordemos que en materia de derecho de petición, no es necesario cumplir con estos requisitos al momento de presentar la petición, basta con que sea respetuosa. Ver: Sentencia del Tribunal Administrativo del Quindío del 23 de mayo de 2002, Magistrada Ponente: María Luisa Echeverri Gómez, Acción de Cumplimiento, Sentencia No 421 de 2002, Actor: Luis Carlos Alzate Ríos, Demandado: Forec en liquidación.

contra el debido proceso (art. 29 CP), y el acceso a la administración de justicia, esto último en caso de que fuere necesario agotar vía gubernativa para acudir a la vía jurisdiccional (art. 229 CP). En este evento no se aplica el Código de Procedimiento Civil porque es una norma especial que no posee vacíos.

Ahora bien, tal como se verá más adelante, la administración tiene 15 días para resolver los recursos, contados a partir del día siguiente de la interposición de los mismos, sin embargo, en este caso, la administración cuenta con el periodo de gracia de la ratificación, lo que implica que el término para resolver estará supeditado a que se obtenga dicha ratificación, en cuyo caso, a partir del día siguiente a su recibo empezarán a contabilizarse los 15 días correspondientes y los 2 meses para configurar el silencio administrativo procesal. Por otro lado, si están de por medio derechos fundamentales, la administración debe resolver oportunamente y debe hacer caso omiso al período de la ratificación.

3. Los recursos se deben interponer por escrito y con sustentación sobre los motivos de inconformidad sobre los hechos o acontecimientos fácticos objeto de discusión, la cual debe estar elaborada al momento de la mencionada interposición –tipificación de vicios invalidantes o razones de inconveniencia o inoportunidad- (art. 51, inc. 1ro y art. 52, núm. 1ro del CCA y numeral 2º del art.77 del CPA). Sin embargo estos motivos no necesariamente deben coincidir en todo con los motivos que se expresen cuando se acuda a la vía jurisdiccional, ya que, las razones jurídicas pueden ser más precisas y abundantes en la vía jurisdiccional y, por otro lado, de conformidad a la respuesta que le dé la administración al respectivo recurso, podrán surgir nuevos argumentos que respalden los vicios invalidantes a sustentar. Esto es lógico ya que los recursos pueden ser interpuestos por cualquier persona, sin técnica jurídica alguna, no necesariamente un abogado, por lo tanto, la coincidencia de los motivos no es un requisito de procedibilidad para que opere la vía jurisdiccional, basta con que se trate de la misma petición u objeto debatido y el mismo acto o actos administrativos tanto en la vía gubernativa como en la vía jurisdiccional, de lo contrario, se convertiría en una violación al libre acceso a la administración de justicia (art. 229, Constitución Política)⁷²¹. Esto se afirma porque esta tesis se

⁷²¹ En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Pues bien, lo que se exige del administrado al interponer los recursos procedentes contra una decisión de la administración es que exprese los motivos de inconformidad que tenga en relación con aquella, sin que para ello deba recurrir a una técnica jurídica determinada, entre otras razones, por cuanto para ejercitar la vía gubernativa no se requiere actuar mediante apoderado. Es factible, entonces, que el recurrente plantee algunos motivos de inconformidad en el recurso, pero que estos no sean los únicos pertinentes para impugnar el acto, circunstancia que podrá ser superada al momento de ejercitar la acción judicial correspondiente”. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 20 de septiembre de 2007. Expediente 13001–23–31–000–1995–12217–01. Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2008, páginas 568 a 572.

manejó por el Consejo de Estado, tesis que afortunadamente ya se superó⁷²². En este sentido se han pronunciado doctrinantes como el Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié en los siguientes términos:

Tal exigencia es importante, pues ante el juez solo puede ventilarse los asuntos en los que la Administración tuvo la oportunidad de pronunciarse previamente. Debe haber identidad entre el asunto que fue objeto de revisión y análisis por parte de los funcionarios administrativos y el que finalmente se somete al control jurisdiccional. Identidad que mira el objeto de la petición, no así los argumentos expuestos, los cuales pueden ser ampliados y de hecho lo son para mejorar su presentación, por lo cual, nada impide que puedan darse en la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión, sin cambiar la petición que se hizo por vía gubernativa (ver en este sentido. Sentencia agosto 6 de 1995. Ponente: Dra. Clara Forero de Castro. Exp. S-154. Actor: Financiera Colpatria).⁷²³

Como consecuencia de lo expuesto, el interesado puede tipificar vicios invalidantes en sede judicial que no se hayan ventilado en sede administrativa, pues lo que importa es que en vía gubernativa se planteen los mismos hechos y las mismas peticiones que luego se esgrimirán como causa petendi y pretensiones en sede judicial.

Por otra parte, el recurso siempre debe plantearse por escrito; en caso de que el interesado no sepa leer y escribir, puede acudir al derecho de postulación, o en el evento de imposibilidad económica, al personero municipal, para que este le elabore el recurso.

4. Los recursos de reposición y apelación deben interponerse dentro de la diligencia de notificación personal o dentro de los cinco o diez días siguientes a la misma⁷²⁴, o a la notificación por edicto o por aviso, o a la notificación por publicación, a la notificación por conducta concluyente, o a la notificación por anotación, o a la notificación por correo, o a la notificación masiva, o a la notificación electrónica, o a la notificación en estrados, o a la notificación por comunicación (Inciso primero del artículo 51 del CCA e inciso primero del artículo 76 del CPA), aunque esto no es óbice para que se presenten antes de la diligencia de notificación, lo que constituiría una notificación por conducta concluyente, empero, lo que no se

⁷²² Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de diciembre 5 de 1990, C.P. Libardo Rodríguez, exp.952.

⁷²³ Derecho Procesal Administrativo, 5ª edición, 2005, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Páginas 49 y 50.

⁷²⁴ El término de diez (10) días opera siempre y cuando se trate de un procedimiento que se adelante bajo la vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo.

puede es presentarlos después del término de ejecutoria (los 5 o 10 días anotados) –Numeral 1º del artículo 77 del CPA-.

Cabe anotar sobre este punto que el término de 5 o 10 días, según el caso, es la regla general y puede contemplar excepciones en procedimientos administrativos especiales, tal como acontece en materia de recursos por despido de trabajadores aforados. Veamos lo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia anota sobre el particular:

En concordancia con el anterior precepto dispone el artículo 6 del CPL que las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, o una institución o entidad de derecho social podrán iniciarse solo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente. Por lo tanto, los trabajadores oficiales aforados que deseen presentar demanda de reintegro deberán formular primeramente el correspondiente reclamo contra el acto mediante el cual se les comunicó la terminación de su contrato de trabajo, para lo cual disponen de dos meses contados a partir de la fecha de tal comunicación.⁷²⁵

Encontramos otra excepción en el inciso cuarto del artículo 51 del CPA, donde se establece que contra la resolución que imponga multa por renuencia a suministrar información en procedimientos administrativos sancionatorios, cabe el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la notificación.

Es importante precisar que cuando hablamos de días y la ley no establece a qué tipo de días se está refiriendo, se debe concluir que son días hábiles, tal como lo contempla el artículo 121 del CPC. Por otro lado, se debe entender que los días se cuentan a partir de las doce de la noche del primer día hábil hasta las doce de la noche del último día hábil, lapso durante el cual es perfectamente válido interponer el recurso, tal como lo contempla el código de régimen político y municipal en su artículo 59, así: “[...] todos los plazos de días, meses y años, de que se haga mención legal, se entenderá que terminan la medianoche del último día del plazo. Por años y meses se entienden los del calendario común y por día el espacio de veinticuatro horas [...]” Hará que quede en firme el acto administrativo el hecho de que transcurran los términos sin que se hubieren interpuesto los recursos, (art. 51, Inc., 4to del CCA y numeral 3º del artículo 87 del CPA).

⁷²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 13 de octubre de 1999, M.P. Germán Valdés Sánchez, expediente 12.221.

Sobre este punto es necesario advertir lo siguiente: si se trata de horas no laborables, el administrado deberá contar con la posibilidad de que las instalaciones de la entidad respectiva se encuentren abiertas o accesibles al público, en caso contrario, no se le podrá endilgar responsabilidad alguna a la autoridad pública, toda vez que a nadie se le puede obligar a lo imposible, máxima perfectamente aplicable a la administración pública. Solo si la tecnología lo permite, se podría pensar, en un futuro, en recepción de recursos las 24 horas al día, siempre y cuando se cumplan los requisitos procedimentales consagrados en el CCA o el CPA⁷²⁶

Aunado a lo anterior, para evitar inconvenientes y por organización interna, es aconsejable que la administración regule internamente el horario para interponer recursos con base en lo dispuesto en los artículos 26 y 32 del CCA y el artículo 7° del CPA, empero, sin acortar el horario laboral establecido en la entidad respectiva, el cual debe ser como mínimo de 40 horas a la semana (numeral 2° del artículo 7° del CPA), toda vez que, en caso contrario, se podrían vulnerar principios que rodean el procedimiento administrativo como el principio de contradicción, ante la habilitación de pocas horas en el día para interponer recursos en vía gubernativa (art. 3ro del CCA).

5. Los recursos contra los actos presuntos se pueden interponer en cualquier tiempo, empero, el silencio administrativo sustancial agota la vía gubernativa, por lo tanto se podrá acudir a la vía jurisdiccional sin necesidad de interponerlos (art. 135, inc., 2do, art. 51, inc. 1ro del CCA e inciso primero del artículo 76 del CPA).

6. Los recursos de reposición y apelación se interponen ante el funcionario que dictó la decisión o ante el procurador regional o el personero municipal, según el caso, tal como se vio anteriormente. Se pueden interponer simultáneamente, el de reposición como principal y el de apelación como subsidiario, o uno después del otro siempre y cuando ambos se interpongan en tiempo, es decir dentro del término de ejecutoria, y el de apelación como subsidiario del de reposición. En este caso la autoridad debe resolver primero la reposición y luego remitir al superior la apelación, pues puede ocurrir que el acto administrativo se revoque y no sea necesario tramitar la segunda instancia. Por otro lado, si los recursos no se

⁷²⁶ Aunque este futuro no está muy lejano, con la Ley reglamentaria de acceso y uso de los mensajes de datos, el comercio electrónico y las firmas digitales (Ley número 527 de 1999), la presentación de documentos en línea a obtenido pleno valor jurídico y, bastaría que la administración pública la implementara, para sus procedimiento administrativos internos. Situación que se encuentra contemplada en el inciso segundo del artículo 53 del CPA. Así mismo, el artículo 6° de la Ley 962 de 2005, ya disponía que los recursos pueden ser interpuestos mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la administración pública.

pueden interponer en horas o días hábiles, es posible acudir al personero para que este les imponga el trámite pertinente, empero, debe existir una justificación que permita darle aplicación a esta excepción.

En caso de delegación de funciones, la jerarquía de los actos dictados con base en esa delegación será aquella que hubiera tenido si no hubiera delegación. Por tanto, el recurso de apelación podrá ser resuelto por el superior de quien delegó, a pesar de que el acto administrativo lo expide el delegado y no la autoridad delegante y sin que importe que ante aquel y no ante este, se interpongan los recursos de la vía gubernativa⁷²⁷ (artículo 12 de la Ley 489 de 1998).

7. Cuando el acto administrativo imponga una carga económica o una obligación de hacer exigible y el recurrente reconoce deberla, se debía acreditar el pago de la misma o el cumplimiento del hecho con la interposición del recurso y garantizar lo que faltare por pagar o hacer, ya que como vimos, el problema de la vía gubernativa no es de eficacia, sino de firmeza (art. 52, Numeral 2do, CCA)⁷²⁸. Sin embargo, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo señala que para el trámite del recurso no se está en la obligación de pagar la suma que el acto recurrido le exija, aunado a que deja bajo la potestad del recurrente pagar lo que se reconoce deber. Así las cosas, en la práctica el nuevo Código de Procedimiento Administrativo derogó el numeral 2do del artículo 52 del CCA y, por ende, a la administración le queda prohibido exigir el pago de alguna suma de dinero o la prestación de una garantía frente a lo que se debe, con el objeto de asumir la resolución del recurso (Último inciso del artículo 77 del CPA).

Ahora bien, cuando es la ley la que exige que se pague la suma de dinero o se ejecute la obligación, el deber que contenía el numeral 2do del artículo 52 del CCA podrá exigirse⁷²⁹. Sin embargo, consideramos que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo derogó la disposición anotada, porque la obligación allí dispuesta no podía ser un obstáculo para la interposición del recurso, cuando se acreditaba la imposibilidad de cumplir la misma, sobre todo si estábamos en presencia del

⁷²⁷ Ver: RODRÍGUEZ R. Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, decimosexta edición, editorial Temis, 2008, páginas 295 y 296.

⁷²⁸ “De la ejecutividad del acto administrativo y subsiguiente posibilidad, en su caso, de ejecución forzosa, se ha llegado a extraer la consecuencia de que la impugnación de cualquier acto administrativo que implique liquidación de un crédito a favor del Estado solo es posible si el particular se aviene previamente a realizar el pago que se discute”. GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Parte General, Décimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González. Página 663.

⁷²⁹ Obviamente este es el único caso para que opere el principio *solve et repete*, pues la ley lo limita, por tanto, compartimos la tesis del doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié, quien advierte que solo se exigirá el pago y la garantía de lo que se reconoce deber, cuando la ley así lo exija. Ver: *Derecho Procesal Administrativo*, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 66.

recurso de apelación, el cual es obligatorio para agotar vía gubernativa y poder acceder a la vía jurisdiccional, como corolario se puede afirmar que el principio solve et repete ya no es absoluto y solo la ley lo puede establecer, con el objeto de emular el acceso efectivo a la administración de justicia⁷³⁰. Un ejemplo de norma especial que contempla una obligación similar a la que estamos comentando, lo encontramos en el numeral 6.3 del artículo 6º de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 221 del Decreto-Ley número 0019 de 2012 (Ley antitrámites), a propósito de la impugnación de la inscripción en el Registro único de Proponentes (RUP), así:

Realizada la verificación a que se refiere el numeral 6.1 del presente artículo, la Cámara publicará el acto de inscripción, contra el cual cualquier persona podrá intentar recurso de reposición ante la respectiva Cámara de Comercio, durante los diez (10) días hábiles siguientes a la publicación, sin que para ello requiera demostrar interés alguno. Para que la impugnación sea admisible deberá prestarse caución bancaria o de compañía de seguros para garantizar los perjuicios que se puedan causar al inscrito. Contra la decisión que resuelva el recurso de reposición, no procederá apelación.

8. Con los recursos se podrán acompañar las pruebas pertinentes, útiles y conducentes que se pretende hacer valer para acreditar lo dicho, y, si es necesario, se podrá solicitar práctica de pruebas en el escrito o se podrán decretar de oficio. La aparente contradicción del artículo 52 con el 56, se inclina a resolverse a favor del derecho de defensa del procesado, por lo tanto, la posibilidad descrita no se puede limitar solo al recurso de apelación. Ahora bien, la expresión “relacionar”, contemplada en el numeral 3º del artículo 52 del CCA, implica, mencionar en el tenor literal del recurso los elementos probatorios que acompaña con el mismo y, adicionalmente, los que pretende hacer valer a través de su práctica, empero, si el recurrente anuncia el acompañamiento de unos documentos y estos no son efectivamente anexados, el operador jurídico deberá resolver con lo que haya, es decir, “de plano”, salvo que considere que los elementos de juicio que obran en el expediente son

⁷³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-279 de junio 27 de 1995. Aún más, en lo atinente al derecho procesal administrativo español, se ha considerado que el principio solve et repete esta derogado por la Constitución ibérica, así: “Añadir a esto la necesidad del previo pago únicamente puede interpretarse como una regla de carácter procedimental o procesal que limita la posibilidad de recurrir, significando un injustificado privilegio administrativo que debe considerarse derogado por el artículo 24 de la Constitución, como ya viene reconociéndolo la jurisprudencia, ya que implica una clara denegación de justicia (Sentencia Sala 4ª del TS de 5 de octubre de 1988), o cuando menos una traba frente a la garantía de tutela judicial que proclama el precepto constitucional citado”. GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, Décimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González. Página 664.

insuficientes y, por ende, haya necesidad de practicar pruebas de oficio para poder resolver de fondo y evitar decisiones inhibitorias, proscritas en materia de derecho de petición, el cual puede ser un recurso⁷³¹.

En armonía con lo explicado anteriormente se consagró el artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo, donde se incluye en el trámite del recurso de reposición la práctica de pruebas. Así mismo, la nueva codificación señala que en los escritos de impugnación, indistintamente del recurso de que se trate, se puede solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer (Numeral 3° del artículo 77 del CPA).

9. Los recursos deberán contener la identificación y dirección del recurrente, de manera que se permita cumplir con los trámites de citación y notificación del caso. Aunado a lo anterior, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo advierte que el interesado puede adicionar la dirección electrónica, si desea ser notificado por este medio (numeral 4° del artículo 77 del CPA).

10. Los recursos son desistibles, en consecuencia, una vez opere el desistimiento expreso o el tácito, el acto administrativo impugnado quedará en firme (art. 54 del CCA y art. 81 del CPA). Ahora bien, aparece una aparente contradicción entre el artículo 54 del CCA, que nos remite al artículo 13 *ibidem* y el artículo 53 del mismo estatuto, habida cuenta que este último señala la perentoriedad de rechazar el recurso, en caso de falta de alguno de los requisitos consagrados en el artículo 52 del CCA, al paso que aquel, por la remisión, se refiere al desistimiento tácito por recursos incompletos.

La interpretación, para armonizar las dos normas señaladas, debe ser la siguiente: el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 52 del CCA es obligatorio (por ejemplo: plasmar los motivos de inconformidad), so pena de rechazo del recurso, cualquier otro requisito “*ab initio*” puede ser subsanado por el recurrente a petición del operador jurídico (como sería el caso de la falta de firma o del número de la cédula de ciudadanía, etc.), al igual que se podrá solicitar durante el transcurso del trámite de la vía gubernativa, documentos que reposen en cabeza del impugnante, para evitar decisiones inhibitorias, proscritas como ya se señaló.

⁷³¹ El profesor Libardo Rodríguez se refiere a la expresión “de plano” que contemplaba el antiguo Código Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: “Los recursos se resuelven de plano, es decir, simplemente analizando los argumentos y documentos aportados por el interesado al interponerlos, sin que exista un trámite especial para resolverlos, a no ser que al interponer el recurso de apelación se solicite la práctica de pruebas o se decreten de oficio”. Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimosexta edición, Temis, 2008, página 303.

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo no clarifica si el desistimiento tácito opera o no en vía gubernativa, pues el artículo 81 de dicha codificación no diferencia, por tanto, consideramos que tal desistimiento es viable, sin embargo, como se verá, las causales de rechazo se redujeron y, como consecuencia, la posibilidad de desistimiento tácito también incluye algunos de los requisitos contemplados en el artículo 77 del CPA.

11. La vía gubernativa suspende la eficacia del acto recurrido, por lo tanto, los recursos interpuestos se conceden en el efecto suspensivo (art. 55 CCA e inciso primero del art. 79 CPA). Sin embargo, esta es la regla general y posee una excepción, esto es, la eficacia de los actos administrativos de policía administrativa destinados a salvaguardar la seguridad y el orden público y, como tal, de aplicación inmediata, en los términos del artículo 2º del CPA, aunque contra ellos procedan los recursos de la vía gubernativa, tal como lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado.⁷³²

12. Los actos administrativos que no reúnan los requisitos expuestos, serán rechazados por el funcionario que profirió la decisión impugnada (art. 53, CCA y art. 78, CPA), empero, si estamos en presencia de un procedimiento administrativo que se adelanta bajo los lineamientos del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, las causales de rechazo se reducen a la exigencia de interponer dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido, los recursos; a la sustentación con expresión concreta de los motivos de inconformidad, aunque en este caso, cuando el escrito de impugnación establece las razones de inconformidad para unos asuntos y otros no, se debe rechazar respecto a lo no sustentado y admitirse frente a los demás; y por no indicar el nombre y la dirección (art. 78 del CPA).

Sin embargo, si quien interpone el recurso no es un abogado titulado, el Servidor público deberá ser condescendiente con él e interpretar el recurso de una manera más laxa, en procura de protegerle el debido proceso, teniendo en cuenta el grado de instrucción del recurrente y siempre en procura de garantizar el acceso efectivo a la administración pública.

13. A través de los recursos no se puede pedir reparación integral del daño a través de la indemnización de perjuicios, esto solo es posible a través de la vía jurisdiccional, toda vez que la administración pública no está habilitada para proferir actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales sin disponibilidad y registro previo⁷³³. Sin embargo y tal como se explicó en su momento, en materia

⁷³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de diciembre 10 de 1998, expediente No. 2121.

⁷³³ Decreto 111 de 1996, artículo 71: “Todos los actos administrativos que afecten las apropiaciones presupuestales deberán contar con certificados de disponibilidad previos que garanticen la existencia de apropiación suficiente

laboral o contractual es perfectamente viable reconocer erogaciones económicas, pues el ordenamiento jurídico ordena que para estos tópicos exista la disponibilidad y registró presupuestal correspondientes.

14. Si se trata de procedimientos administrativos sancionatorios, imperará el principio de la no reformatio in pejus, en caso de que se trate de un apelante único. Ahora bien, por debido proceso y derecho de defensa, este principio es absoluto y no estará sometido a que la sanción inicial fuere legal, por tanto, en el caso de que la sanción impuesta no fuere la correcta, no tendrá más remedio la entidad pública que sancionó, que iniciar un procedimiento de revocatoria directa de oficio o demandar su propio acto ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.⁷³⁴ Por ejemplo: Cuando la sanción debió ser más gravosa, como cuando se amonesta a alguien en vez de destituirlo, la administración no podrá aprovechar el recurso para hacer más gravoso el gravamen.

15. Aunque la ley guarda silencio en cuanto al término que tiene la administración para resolver los recursos, consideramos que para estos casos son perfectamente aplicables los artículos 6° y siguientes del código contencioso administrativo y 14 del Código de Procedimiento Administrativo, es decir, los recursos deberán resolverse a más tardar dentro de los 15 días hábiles siguientes a su interposición (así se interponga simultáneamente el recurso de reposición y en subsidio el de apelación), por regla general, en caso contrario se estaría vulnerando el núcleo esencial del derecho de petición en uno de sus componentes, esto es: la pronta resolución (oportunidad).⁷³⁵ Obviamente si los recursos no se presentan simultáneamente, para cada uno correrán los términos de manera independiente, empero, en todo caso primero se resuelve la reposición y luego la apelación. Ahora bien, en materia de agente oficioso, la administración pública debe contemplar previamente el monto de la caución y ordenarle al abogado consignarla, en caso contrario, se daría el desistimiento de que

para atender estos gastos [...]”.

⁷³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 14 de marzo de 2002, Expediente 5863, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En España este principio es radical y de obligatorio cumplimiento, veamos: “... aunque la administración puede revocar sus actos en vía de recurso ello no le permite reformarlos en perjuicio del recurrente (*reformatio in pejus*) como ha establecido esta Sala en una serie reiterada de sentencias. La LRJ y PAC (30/1992) es, por eso, más contundente al añadir: la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial (art. 113.3).” GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, Décimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González. Página 675.

⁷³⁵ Recordemos que la presentación de los recursos en vía gubernativa es una forma de ejercer el derecho de petición, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-836 del 5 de julio de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Aunado a esto, la misma Corte ha sido explícita al afirmar que a los recursos se le aplican los términos del derecho de petición, así: “En consecuencia, en lo que tiene que ver con la formulación y resolución de los recursos en la vía gubernativa, sigue vigente y le resulta aplicable el término de 15 días a que hace referencia expresa el artículo 6° del Código Contencioso Administrativo, tal y como lo ha venido sosteniendo la jurisprudencia constitucional en diferentes pronunciamientos sobre la materia”. Corte Constitucional, Sentencia T-929, de octubre 10 de 2003. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

habla el artículo 13 del CCA y el artículo 17 del CPA, aplicable en vía gubernativa por la remisión expresa del artículo 54 del CCA y porque el artículo 81 del CPA no diferencia, aunado a la efectiva ratificación de la actuación. Solo excepcionalmente se podrá tramitar el derecho de petición incoado por el agente oficioso sin verificar la caución, esto es, cuando este de por medio un perjuicio irremediable sobre un derecho fundamental del beneficiado con la actuación.

Si estamos en presencia del recurso de queja, el superior tiene 15 días hábiles para resolverlo, a partir del día siguiente de la recepción del escrito impugnatorio y si se revoca la decisión que rechazó la apelación, en la misma decisión se debe resolver la apelación interpuesta, por economía, eficiencia y celeridad procesal. Es pertinente advertir que la remisión del expediente de que habla el penúltimo inciso del artículo 50 del CCA y el último inciso del artículo 74 del CPA, no interrumpe el término para decidir, habida cuenta que tal interrupción no está contemplada de manera expresa por la ley, a contrario sensu, el término probatorio si interrumpe el término para decidir, el cual reinicia su conteo una vez se venza el periodo probatorio inicialmente determinado o su prórroga.⁷³⁶

El término de los 15 días es la regla general, empero, la ley puede contemplar excepciones, tal como acontece en materia tributaria, donde el artículo 732 del Estatuto Tributario, dispone que la administración de impuestos tendrá un (1) año para resolver los recursos de reconsideración o reposición, contado a partir de su interposición en debida forma, aunque este plazo puede suspenderse cuando se practica una inspección tributaria, por un periodo equivalente a su duración o hasta por tres meses, si aquella se decretó de oficio, en cuyo caso dicha suspensión empieza a correr cuando se inicia la inspección (art. 779 del Estatuto Tributario).⁷³⁷ Otra excepción se presenta con los recursos que se interponen contra el acto sancionatorio, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición (Inciso primero del artículo 52 del CPA).

Finalmente, en lo atinente a recursos incompletos y el trámite que debe seguirse, aunado a la incidencia que el mismo ejerce sobre el término para resolver, remitimos al lector a lo dicho a propósito de esta figura en relación con el derecho de petición inicial.

⁷³⁶ Esta opinión la trae a colación el profesor Juan Ángel Palacio Hincapié en su obra *Derecho procesal Administrativo*, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R, Ltda., página 77.

⁷³⁷ El art. 732 del Estatuto Tributario dispone: "Término para resolver los recursos. La Administración de impuestos tendrá un (1) año para resolver los recursos de reconsideración o reposición contado a partir de su interposición en debida forma." Ver: Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 16166 de marzo 27 de 2008, Consejera Ponente: Ligia López Díaz.

16. Si la petición del impugnante es que se adicione el acto administrativo, la administración le dará trámite como si fuera una nueva petición toda vez que, en caso contrario, se generaría una discusión que dilataría los términos del procedimiento habida cuenta que la decisión sería susceptible de recurrirse nuevamente. Solo es viable la adición a través de recurso si se dejó de decidir algún ítem o tópico contemplado en la petición inicial que dio lugar a la respectiva actuación administrativa, empero, en todo caso, tal adición será susceptible de recursos nuevamente. Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo no realiza distinción alguna en estos aspectos, por tanto, cabe la posibilidad de que a través del recurso se solicite la resolución sobre asuntos no pedidos con anterioridad, lo que genera un atentado contra el principio de la imposibilidad de una cadena interminable de recursos.

17. Si la decisión que debe adoptarse en vía gubernativa afecta a terceros, estos deben citarse conforme a lo contemplado en el artículo 28 del CCA y en el artículo 37 del CPA

18. El nuevo código señala que la autoridad podrá crear, en su organización, grupos especializados para elaborar los proyectos de decisión de los recursos de reposición y apelación (art. 82 del CPA). La creación de las dependencias debería ser obligatoria y no optativa, pues dichas dependencias resolverían los recursos y así se evitarían las confirmaciones formales (Artículo 80 del CPA).

19. La decisión debe resolver todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas y las que surjan con motivo del recurso. Por ende se pueden traer de oficio otros motivos de inconformidad no planteados por el recurrente, lo cual es interesante, porque tales nuevos motivos harían parte de la hipotética demanda en sede judicial (Inciso Segundo del artículo 80 del CPA). Esto constituye una novedad de la nueva codificación.

F. Periodo Probatorio. (Art. 57 y 58, CCA y art. 79, CPA).

1. Son admisibles todos los medios probatorios contemplados en el código de procedimiento civil que sean conducente, pertinentes y útiles.

2. Cuando con un recurso se presenten pruebas, si se trata de un trámite en el que interviene más de una parte, deberá darse traslado a las demás por el término de cinco (5) días.

3. Si se trata específicamente de la práctica de pruebas, el funcionario competente señalará un término no mayor de treinta días ni menor de diez. El nuevo código

solo se refiere al término de 30 días pero obvia el de 10 días, aunque señala que la prórroga del término probatorio puede darse solo si el término inicial no es de 30 días y el nuevo lapso no excede tal término (Inciso cuarto del artículo 79 del CPA). Ahora bien, desde nuestra óptica este término podrá ser mayor si la entidad de la prueba lo requiere, por tanto, la clave estará en la motivación del acto administrativo de trámite que fije el periodo probatorio, dado que, si dicha motivación resulta arbitraria o desproporcionada, cabe acción de tutela. Esto es posible porque prevalece lo sustancial sobre lo formal y la rigidez de los términos no puede ser un obstáculo frente a las realidades fácticas. Como corolario, en estos casos se puede inaplicar por inconstitucional el inciso 4to del artículo 79 del CPA.

4. Si el término, siempre y cuando sea inferior a 30 días, no resultare suficiente para llevar a cabo la práctica de las pruebas, se podrá prorrogar, sin que tal prórroga haga que el término sea mayor a los treinta días de que se habla en el numeral anterior. La prórroga se hace a través de acto administrativo de trámite y se realiza antes de que se venza el término inicial, consideramos que por una sola vez por economía procesal. La prórroga podrá ser por un término mayor, siempre y cuando lo amerite, tal como se explicó en el numeral anterior en lo atinente a un término probatorio mayor de 30 días.

5. El acto administrativo de trámite que decreta la práctica de pruebas deberá indicar, con toda exactitud, el día en que vence el término probatorio, en caso contrario cabría la acción de tutela por vulneración del debido proceso. También deberá disponer la suspensión del término de los 15 días para resolver el recurso mientras se surte el período probatorio. El término probatorio también suspende el plazo para configurar el silencio administrativo procesal (Inciso segundo del artículo 86 del CPA). Si el acto de trámite que decreta las pruebas llega a negar injustificadamente la práctica de algunas, cabría la acción de tutela por vulneración del debido proceso.

6. Los gastos de la práctica de las pruebas correrán a cargo de quien las pidió o benefició, aún las de oficio, en este último caso así lo perjudique, pues lo que debe buscar el administrado es que se resuelva de fondo el asunto y si son varios los recurrentes, correrán por partes iguales (art. 57, Inc., 2do del CCA). Aunque el nuevo CPA no dice nada en relación con este asunto en vía gubernativa, es posible su aplicación por existir un vacío, teniendo en cuenta lo contemplado en el inciso segundo del artículo 40 del CPA. Ahora, en caso de que no se consignen los gastos anotados operaría el desistimiento tácito del recurso.

7. El recurrente podrá allegar escrito argumentando su incapacidad económica, en cuyo caso la administración deberá adelantar la práctica de las pruebas de manera gratuita para garantizar el derecho de petición, para lo cual recurrirá a la colaboración o apoyo de otras entidades oficiales. Aunque esto no es óbice para que inicie investigación tendiente a comprobar la real solvencia económica del recurrente.

8. Vencido el período probatorio y sin necesidad de acto que así lo declare, deberá proferirse la decisión motivada que resuelva el recurso dentro del término que faltare para cumplir con el lapso para resolver el medio de impugnación, el cual fue suspendido mientras se tramitó el período probatorio (Inciso primero del artículo 80 del CPA).

G. Terminación anormal de la vía gubernativa

Ocurre de cinco maneras, así:

1. Acto administrativo de trámite: Debidamente sustentado y acreditado el motivo por el cual se da por terminada la vía gubernativa de manera anticipada, es decir, sin resolver el recurso, en caso contrario, acción de tutela por vulneración del derecho de petición. Contra esta decisión no cabe ningún recurso y se comunica por cualquier medio hábil.

2. La perención: Es cuando el recurrente es un agente oficioso y dentro de los tres meses siguientes o dos meses siguientes si se aplican las normas del CPA, el interesado en la actuación no la ratifica, lo que provoca, que se haga efectiva la caución a título de sanción, se archive el expediente y quede en firme el acto administrativo (art. 52, inc. Final del CCA e inc. 8° del art. 77 del CPA). Es importante acotar que el agente oficioso podrá solicitar que continúe la prórroga por otro tanto o se resuelva el asunto en atención a la situación particular del recurrente. Por ejemplo: si el interesado padece una enfermedad que lo mantiene en condiciones de no poder ejercer sus derechos a motu proprio, o, están de por medio derechos fundamentales frente a los cuales se cierne un perjuicio irremediable.

3. El desistimiento Tácito: Cuando el funcionario competente, le comunica al interesado que debe aportar documentación adicional porque el recurso está incompleto o debe depositar el costo de las pruebas, en caso de que transcurran dos meses (o un mes prorrogable por otro tanto a la luz del nuevo código) y el interesado haga caso omiso a la mencionada solicitud, se decretará el desistimiento, se archivará el expediente y el acto administrativo quedará en firme (art. 13 y 54, CCA y art. 81, CPA). Contra esta decisión no cabe ningún recurso porque se trata

de un acto de trámite que culmina anticipadamente la vía gubernativa, por tanto, en caso de violación al debido proceso, cabría la tutela. Esta figura también se aplica en el caso de que el agente oficioso no preste la caución de que se habló en el numeral anterior.

4. El desistimiento expreso: Tal como se señaló líneas atrás, sin embargo, si la administración lo considera por interés general, puede continuar con su trámite (art. 8vo, CCA y art. 18, CPA), en cuyo caso deberá respetar el término de los 15 días hábiles para resolver el recurso o recursos. Contra esta decisión no cabe ningún recurso porque se trata de un acto de trámite que culmina anticipadamente la vía gubernativa, por tanto, en caso de violación al debido proceso, cabría la tutela.

5. El rechazo del recurso: Por no cumplirse con los requisitos consagrados en el artículo 52 del CCA o con los numerales 1, 2 y 4 del artículo 77 del CPA, en este último caso si el procedimiento administrativo se encuentra adelantándose bajo los lineamientos del nuevo código (art. 78 del CPA). Contra el rechazo de los recursos de reposición y queja no procede recurso alguno, sin perjuicio de la acción de tutela por vulneración al derecho de petición o al debido proceso y contra el rechazo de la apelación, procede el recurso de queja.

H. Decisiones en vía gubernativa.

La vía gubernativa se finiquita normalmente, a través de dos formas, veamos:

1. Acto administrativo expreso

Este acto administrativo debe reunir todos los requisitos que se contemplan para el acto administrativo inicial, es decir, debe estar debidamente motivado con las razones jurídicas y de mérito, si hay lugar, y debe ser notificado para que produzca efectos jurídicos y se inicie la contabilización del término de caducidad de la acción. Lo que hay que aclarar es que contra este acto administrativo no procede ningún recurso. (arts. 56, 59 y 61, CCA y art. 80 del CPA). Es importante acotar en este numeral que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo no contempla una disposición expresa que consagre la obligatoriedad de notificar las decisiones que resuelven los recursos en vía gubernativa, sin embargo, el numeral 4º del artículo 77 del CPA señala que el recurrente podrá indicar la dirección electrónica si desea ser notificado por este medio, de lo cual se colige que este tipo de decisiones tienen como medio de publicitación la notificación.

En cuanto al control jurisdiccional, tanto el acto administrativo inicial como los actos administrativos que resuelvan los recursos, deberán demandarse conjuntamente, salvo que el acto administrativo que resuelve el recurso revoque la decisión inicial, en cuyo caso solo es dable demandar la decisión final. El artículo 138 del CCA, es claro en este sentido, al consagrar: “[...] si el acto definitivo fue objeto de recursos en la vía gubernativa, también deberán demandarse las decisiones que lo modifiquen o confirmen; pero si fue revocado, solo procede demandar la última decisión [...]”. Lo anterior también se debe aplicar en los casos de la suspensión provisional como medida cautelar ante la jurisdicción contencioso administrativa. Es menester aclarar en este momento que si el demandante no demandó todos los actos administrativos a que se hacer referencia en este párrafo, el Juez deberá sanear el litigio en la primera audiencia de trámite con base en lo dispuesto en el inciso primero del artículo 163 del CPA y no le es dable inadmitir la demanda por esta irregularidad ni inhibirse para fallar.

2. Acto Administrativo Presunto

En el caso de que la administración no le diere respuesta al recurrente (sea que no expida decisión alguna o que expidiéndola no la notifique), dentro de los dos meses siguientes a la interposición del recurso, se configura el silencio administrativo negativo de carácter procesal (Inciso primero del artículo 86 del CPA). Es pertinente aclarar que si cabe recurso de reposición y apelación y no se presentan simultáneamente, se podrían configurar dos actos presuntos, en caso contrario, solo se configura uno solo.

El anterior término es la regla general, pero puede contemplar excepciones, tal como acontece en materia tributaria, donde incluso opera el silencio administrativo positivo⁷³⁸, en materia de controversias por despido de trabajadores oficiales aforados⁷³⁹, o en relación con los recursos contra el acto administrativo sancionador, donde deben resolverse en un año contado a partir de su debida y oportuna interposición, en cuyo evento también opera el silencio administrativo positivo (Inciso primero del artículo 52 del CPA).

⁷³⁸ El art. 734 del Estatuto Tributario consagra: “Silencio administrativo. Si transcurrido el término señalado en el artículo 732, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, el recurso no se ha resuelto, se entenderá fallado a favor del recurrente, en cuyo caso la Administración de oficio o a petición de parte, así lo declarará”.

⁷³⁹ “Siendo del caso advertir que en la hipótesis de los trabajadores oficiales el silencio administrativo negativo se configura al cabo de tres (3) meses contados a partir de la presentación del reclamo sin que se haya notificado decisión que lo resuelva, descartándose de plano cualquier aplicación del artículo 7 de la ley 24 de 1947, toda vez que el mes de tardanza en la respuesta que ésta contempla no tiene relación alguna con el fuero sindical”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, 13 de octubre de 1999, MP. Germán Valdés Sánchez, expediente 12.221.

I.- Pérdida de competencia para resolver los recursos

En caso de la ocurrencia del silencio administrativo procesal se podrá acudir libremente a la vía jurisdiccional, empero, la administración pierde la competencia para decidir los recursos posteriormente a la interposición de la demanda y notificación de la misma y, por ende, no puede desatar la controversia (Inciso tercero del artículo 60 del CCA e inciso tercero del artículo 86 del CPA). Es necesario advertir que esta tesis es acompañada por algunas providencias del Consejo de Estado, quién considera que si se impetra la demanda, la administración pierde la competencia para decidir los recursos, una vez se le notifique el auto admisorio de la demanda, lo cual es lógico porque la administración pública no es adivina.⁷⁴⁰

Sin embargo, en jurisprudencia expedida por la Sección primera del Consejo de Estado, se afirmó que el inciso tercero del artículo 60 del CCA estaba derogado, con base en la siguiente argumentación: “El texto de los artículos 22 y 23 del Decreto 2304 de 1989 resulta así incompatible con los incisos 2° del artículo 40 y 3° del artículo 60 del Código Contencioso Administrativo, que autorizan a la administración para pronunciarse sobre la petición inicial o los recursos, mientras no se haya acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que el agotamiento de la vía gubernativa que consagra el artículo 22 implica, como ya se dijo, que por ministerio de la ley la autoridad no puede pronunciarse sobre la petición o los recursos, es decir, que pierde competencia por el aspecto temporal, por atribuírsele una consecuencia jurídica a su silencio; y por mandato del artículo 23, al día siguiente de la ocurrencia del silencio negativo debe computarse el plazo perentorio e improrrogable para el ejercicio de la acción contencioso administrativa enunciada”⁷⁴¹

Este pronunciamiento es desafortunado porque, en primer lugar, es sabido por la doctrina y la jurisprudencia que el silencio administrativo no satisface el derecho de petición y en ningún momento puede considerarse como una forma de resolverlo, por lo tanto, si se trata de una petición inicial o de un recurso, la Administración no pierde la competencia para resolver, evento que solo ocurriría, en el primer caso, si el administrado interpone los recursos gubernativos contra el acto presunto de

⁷⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de octubre 19 de 1990, C.P. Jaime Abella Zárate, exp. 2695. Posición reiterada por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 17 de junio de 2004, expediente 13.272. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, publicada en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2004, páginas 1421 y ss., así: “En este punto la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterada en considerara que una vez se ha demandado y se ha trabado la litis con la notificación del auto admisorio de la demanda, la administración ha perdido competencia para resolver los recursos, pues solo hasta ese momento es que la administración tiene conocimiento de que el particular ha acudido a la jurisdicción”.

⁷⁴¹ Sentencia de mayo 20 de 1999, expediente 5267, Consejero Ponente Ernesto Rafael Ariza Muñoz, *Legis*: Páginas 82 y 83.

carácter sustancial o acude a la vía jurisdiccional y se notifica el auto admisorio de la demanda a la entidad demandada.

En cuanto al segundo caso, tratándose de un acto presunto procesal, si esta no perdiera competencia al acudir a la vía jurisdiccional desde el momento en que se le notifica la demanda, y decide resolver el recurso interpuesto puede hacer incurrir a la administración de justicia en un desgaste inocuo por desaparecimiento del objeto litis y con producción de decisiones judiciales y administrativas contradictorias o repetitivas. Otro tanto se podría decir del acto presunto producto del silencio administrativo sustancial.

En segundo lugar, la Ley 446 de 1998 establece que cuando se trata del silencio administrativo de carácter procesal en ningún momento se contabiliza término de caducidad y se puede demandar en cualquier tiempo el acto presunto, norma que se aplica al silencio administrativo de carácter sustancial en consideración al derecho de igualdad razonable, debido proceso y derecho de defensa, derechos que deben reinar en los procesos administrativos.

Es por esto que compartimos en un todo el salvamento de voto, el cual se esgrimió bajo los siguientes términos: “Lo acertado de la interpretación que sirve de sustento a este salvamento de voto encuentra respaldo en lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, al disponer precisamente que “la acción sobre los actos presuntos que resuelvan un recurso podrá interponerse en cualquier tiempo”, corrigiendo así la inequitativa, e incluso inconstitucional, interpretación de que la ocurrencia del silencio negativo hace perder competencia a la autoridad, lo cual tenía como consecuencia inexcusable que el administrado quedara, primero, inexorablemente obligado a demandar tan pronto hubiesen transcurrido los dos (2) meses de ocurrido el silencio administrativo o, segundo, a quedarse cruzado de brazos cuando la administración, que no había perdido competencia, osara decidir sobre el recurso como ha ocurrido en este evento”⁷⁴².

Ahora bien, cabe advertir que en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado le da un nuevo viraje a su jurisprudencia y advierte que la administración pierde competencia para pronunciarse sobre los recursos a partir del día en que se presente la demanda contra el acto presunto, así no se notifique el auto admisorio de la misma a la entidad demandada, lo que a nuestro modo de ver constituye un retroceso, pues solo con la notificación de dicha providencia se asegura el conocimiento de la presentación de la demanda por parte de la persona pública demandada. Sin embargo, nos parece interesante la tesis que

⁷⁴² Salvamento de voto, de la providencia reseñada líneas atrás, *Legis*: página 83.

contempla en esta misma providencia la máxima corporación de lo contencioso administrativo, en el sentido de que la administración, a pesar de que pierde competencia, resuelve los recursos en sede administrativa, lo que no impide que el Consejo de Estado se pronuncie sobre el acto presunto, lo que lo obliga a dejar sin efectos el acto expreso expedido después de que se acude a la jurisdicción contenciosa, por falta de competencia temporal, con lo cual se evita burlas a la administración de justicia y desgaste del aparato judicial.⁷⁴³

Finalmente, cabe precisar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo zanjó la discusión sobre este tema, pues el inciso tercero del artículo 86 es claro en señalar que la notificación del auto admisorio de la demanda que se impetra acusando el acto administrativo presunto que se generó como consecuencia del silencio administrativo procesal, genera incompetencia para resolver los recursos en sede administrativa. Ahora bien, si antes de notificar el auto admisorio de la demanda, empero, luego de que fue presentada la misma, la administración pública revoca el acto acusado al resolver el recurso pertinente, el proceso judicial debe culminar por sustracción de materia. Por otro lado, en caso de que la administración pública, en dicho lapso, resuelva el recurso confirmando o modificando la decisión, el Juez debe conformar la unidad inescindible en la primera audiencia de trámite cuando fije el litigio, salvo que la discusión en sede judicial solo se reduzca a la modificación, en cuyo caso el Juez también deberá precisar el litigio en este sentido.

J. El agotamiento de la vía gubernativa

Es un fenómeno procesal a través del cual se entiende finiquitada la etapa de discusión en sede administrativa y, por regla general, se le da vía libre al administrado para acudir ante la vía jurisdiccional e impetrar la acción respectiva. Lo anterior quiere decir que, si el administrado no agota la vía gubernativa, vera truncada la posibilidad de acceder ante los jueces para que diriman el asunto⁷⁴⁴.

El artículo 135 del CCA, indica lo siguiente: “[...] La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio administrativo.

⁷⁴³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 15484, de octubre 18 de 2007, Consejero Ponente: Héctor Romero.

⁷⁴⁴ “Al tenor del artículo 135 del Código Contencioso Administrativo el agotamiento de la vía gubernativa constituye un presupuesto de procedibilidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho [...]”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 20 de septiembre de 2007. Expediente 13001-23-31-000-1995-12217-01. Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2008, páginas 568 a 572.

El silencio negativo, con relación a la primera petición, también agota la vía gubernativa [...]”

Ahora bien, la doctrina ha aceptado que en ocasiones la administración pública también deba agotar vía gubernativa, tal como lo expresa el profesor Juan Ángel Palacio Hincapié en los siguientes términos: “[...] si una entidad pública fuera afectada con el acto administrativo dictado por otra, por ejemplo, se le niega una licencia para construir una carretera o una represa, aquélla en primer lugar, tiene la oportunidad de ejercer los recursos de la Vía Gubernativa para lograr un nuevo pronunciamiento de ésta en la que obtenga una adición, aclaración, modificación a la decisión final, es decir, está obligada a ejercer dichos recursos como cualquier particular como requisito necesario para poder instaurar la posterior demanda jurisdiccional”.⁷⁴⁵

Es importante precisar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo no contempla la figura del agotamiento de la vía gubernativa, sin embargo, consagra la obligatoriedad de interponer el recurso de apelación, tal como lo señala el penúltimo inciso del artículo 76 del CPA, lo que en la práctica implica que se mantiene vigente el requisito de agotamiento de la vía gubernativa, al menos en este aspecto.

El agotamiento de la vía gubernativa se da en cuatro eventos, así: (Artículos 63 y 135 del CCA)

1. Cuando contra el acto no procede recurso alguno: Estamos ante el caso de actos administrativos que simplemente se ejecutan, como los actos administrativos de retiro que surgen como consecuencia de la supresión de cargos o el acto administrativo mediante el cual se ejerce la facultad de libre nombramiento y remoción a través de la insubsistencia (último inciso del artículo 1º del CCA e inciso segundo del artículo 2º del CPA), o ante actos administrativos que se notifican pero contra ellos no procede recurso alguno por expresa disposición legal, como el acto administrativo mediante el cual se dicta auto de apertura de investigación disciplinaria en el proceso disciplinario o el que resuelve los recursos en vía gubernativa (art. 61, C.C.A e inciso primero del art. 86, CPA)), o ante actos administrativos que se publican (los actos administrativos de carácter general) o se comunican (por ejemplo, el acto administrativo que resuelve negativamente un derecho de petición en interés general). Se podría afirmar que la sola publicación de los actos administrativos en los casos anotados, genera automáticamente el agotamiento de la vía gubernativa. Aunque cabe advertir que los actos administrativos referidos pueden ser demandados en sede jurisdiccional

⁷⁴⁵ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R., página 56.

desde su expedición, por ende, el agotamiento de la vía gubernativa en estos eventos no produce ningún efecto restrictivo frente a la acción procesal.

2. Cuando los recursos interpuestos se hayan resuelto: En este evento se hace uso de los recursos ordinarios en tiempo y se le da respuesta a los mismos. Esto mismo se puede predicar del recurso extraordinario de revocatoria directa, empero, respecto a la vía gubernativa extraordinaria⁷⁴⁶.

Es necesario tener en cuenta que el agotamiento de la vía gubernativa se predica de los hechos esgrimidos y las peticiones impetradas en sede administrativa, por tanto, en sede jurisdiccional no se pueden traer a colación nuevos hechos o nuevas peticiones no tratadas ante la administración, porque frente a estas novedades no habrá agotamiento de la vía gubernativa y necesariamente se generará rechazo de la demanda en torno a las mismas, sin embargo, esto no es óbice o impedimento para presentar nuevos o mejores argumentos jurídicos en sede judicial que refuercen el fundamento de lo pedido en sede administrativa que, se reitera, debe ser lo pretendido en sede judicial. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

El mismo Código, en su primera parte, se encarga de definir que el “agotamiento de la vía gubernativa se produce cuando los recursos interpuestos hayan sido decididos o denegados por silencio administrativo” (art. 63, CCA).

El problema de determinar si ante la jurisdicción es posible plantear temas no propuestos ni discutidos ante la administración no está clara y específicamente regulado en nuestra legislación positiva por lo que resulta un discutido tema de interpretación. En este terreno se ha considerado que los alcances de las normas citadas deben establecerse con base, no en la aplicación de los principios dispositivo o inquisitivo, sino en la mayor o menor extensión del carácter de revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Cuando tuvo en mayor grado dicho carácter, como en el código de 1941 en el que inclusive el juicio se llamaba especial de revisión de impuestos y existía la restricción probatoria del artículo 278 de este estatuto, podía pensarse en la tesis de la imposibilidad de plantear nuevos puntos.

⁷⁴⁶ Cuando se interpone el recurso de revocatoria directa y se decide, se agota la vía gubernativa extraordinaria, lo que no quiere decir que se pueda acudir a la vía jurisdiccional, por regla general (artículo 72 del CCA y artículo 96 del CPA).

Pero en el Código vigente (decreto 01 de 1984 y 2304 de 1989) esa restricción no tiene tanto alcance. Lo que se requiere es una identidad de la pretensión pero no de los fundamentos de derecho. Sobre el tema se rescata lo expuesto en la sentencia del 20 de junio de 1986 (ponente: Enrique Low Murtra), expediente No 0058:

“Acoge la sala lo dicho por el señor agente del ministerio público al referirse a la doctrina de esta corporación contenida en la sentencia del 18 de marzo de 1976, ya reiterada varias veces por esta misma corporación. Los hechos que se presentan en la vía gubernativa imponen el marco de la demanda en términos generales; no se aceptan nuevos hechos pero se admite que el actor traiga mejores argumentos jurídicos: a) una exigencia tan formalista como la que exige el Tribunal no la establece la ley y el intérprete en la aplicación de la norma no puede ir más allá de la ley; b) a ello cabe añadir los argumentos de equidad traídos a colación por el señor fiscal; c) finalmente, no ha dicho la corporación que no se pueden presentar mejores argumentos en el debate jurisdiccional. Lo que ha rechazado el Consejo es la presentación de hechos nuevos no manifestados en el debate en la vía gubernativa. Una cosa son los hechos, otra cosa los argumentos de derecho. Es obvio que en este asunto el argumento central de la litis siempre ha oscilado alrededor del rechazo de 2'930.000 por compras de ganado [...]”.⁷⁴⁷

Lo anterior también se puede predicar de la petición inicial, en aquel evento en que no se interpongan recursos contra el acto administrativo que la resuelve, por no ser obligatorios, en cuyo caso lo pedido en sede administrativa y los hechos en que se fundamenta tal petición, debe ser lo mismo y los mismos en sede judicial.

Ahora bien, en reciente pronunciamiento, la sección primera del Consejo de Estado aboga por que se revise la posición jurisprudencial transcrita, en atención a que los recursos en sede administrativa no necesariamente se interponen por expertos juristas, sino por ciudadanos del común que pueden ser ignorantes en la materia, por ende, algunos hechos que pudieren tener trascendencia en la legalidad del acto, pueden pasarse por alto por el recurrente al momento de impugnar, lo que impediría que se planteasen en sede jurisdiccional, vulnerándose de esta manera su derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia. Este sería el caso, por ejemplo, de un acto administrativo que sanciona al propietario de un predio rural por contaminar un río; dicho propietario podría centrarse en el hecho mismo de la contaminación, empero, dejar de lado irregularidades procedimentales que atentaren contra su debido proceso, como sería el caso de

⁷⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia, marzo 30 de 1990; expediente 2156; C.P. Jaime Abella Zárate, en Jurisprudencia y Doctrina, t. XIX, No 222, Bogotá, junio, 1990, p. 477.

práctica de pruebas técnicas sin la posibilidad de controvertirlas. La posición que se describe la expuso el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Así como en los actos administrativos se distingue el objeto o contenido, que es el asunto o la materia de qué trata la decisión contenida en él, y los motivos o causa, que vienen a ser las razones de hecho y/o derecho que determinan o sirven de fundamento a esa decisión, en lo que concierne al peticionario o recurrente también son distinguibles los asuntos o cuestiones objeto de sus peticiones y los hechos y normas que le sirven de fundamento a estas.

Luego habría que concluir que sí es posible plantear o aducir en la demanda hechos nuevos no referenciados en la vía gubernativa, sobre la base de que tanto la vía gubernativa como la acción judicial son instrumentos garantistas consagrados a favor del administrado. Que si bien el recurrente pudo haber omitido algún motivo de inconformidad en la vía gubernativa jurídicamente no existe razón para que no lo pueda formular en la demanda ante la jurisdicción contenciosa, instancia en la cual la administración contará igualmente con todas las garantías para defender su decisión.⁷⁴⁸

Aunque la anterior posición resulta en principio loable en atención al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del administrado, la misma no puede ser de recibo en principio por las siguientes razones:

- En primer lugar, el Consejo de Estado en el anterior aparte jurisprudencial desnaturaliza la vía gubernativa, toda vez que la misma no solo está establecida a favor del administrado sino también a favor de la administración, esto es, la vía gubernativa resulta una oportunidad invaluable para que la administración revise sus propios actos y si es del caso los modifique, adicione, aclare o revoque. Por ende, es lógico que la administración tenga derecho a conocer los hechos en discusión en sede administrativa para, de esta manera, ejercer un control de legalidad de manera directa antes de acudir a los estrados judiciales. Podría pensarse incluso, que la identidad de los hechos en controversia tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional, es un componente del debido proceso para la administración.

⁷⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 20 de septiembre de 2007. Expediente 13001-23-31-000-1995-12217-01. Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2008, páginas 568 a 572.

- En segundo lugar, no hay que olvidar que el agotamiento de la vía gubernativa es un requisito de procedibilidad de la acción judicial, el cual busca que se resuelvan los conflictos que surjan entre el administrado y la administración en sede administrativa y así se evite la confrontación contenciosa. Con la posición que se critica este propósito desaparecería y sería mejor, entonces, que el legislador derogara el agotamiento de la vía gubernativa como requisito de procedibilidad para acceder a la administración de justicia, pues la plurimencionada posición desaparece la utilidad práctica de dicho agotamiento y se convierte en un presupuesto insulso.
- Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado con la posición que se critica desaparece de un tajo un paradigma básico y fundamental para el funcionamiento de todo Estado de Derecho, el cual no es otro que el siguiente: la ignorancia de la ley no sirve de excusa, principio antiquísimo y que se convierte en la piedra angular de la efectividad de la ley, pues sin este postulado la ley no sería exigible en ningún caso, pues bastaría alegar su desconocimiento para librarse de responsabilidad.⁷⁴⁹ Bajo la tesis propuesta no solo se resquebraja la vía gubernativa como posibilidad de resolver los conflictos en sede jurisdiccional antes de acudir a la contenciosa y como requisito de procedibilidad de la acción, sino que legitima un postulado contrario al comentado: la ignorancia de la ley sí sirve de excusa. En efecto, en el ejemplo que se describió líneas atrás, el propietario del predio rural desconoce el contenido del debido proceso y por ende no discute en sede administrativa las irregularidades en torno al mismo, empero, las trae a colación en sede judicial, a pesar de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Pues bien, si siguiéramos esta lógica, no debería exigirse un capítulo de normas violadas y concepto de la violación en la acción de simple nulidad, pues esta la puede ejercer cualquier persona sin conocimiento jurídico o, siendo más extremistas, no debería existir la caducidad para ejercer las acciones o en general, no sería viable ningún obstáculo a la acción procesal, porque la mayoría de los perjudicados con los comportamientos de la administración pública no saben de derecho. Como corolario, no aceptamos la tesis expuesta y afirmamos sin ningún tipo de dubitación que la ignorancia de la ley no puede servir de excusa y debe ser castigada, en este caso con rechazo de la demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa respecto de los hechos no discutidos en sede administrativa y que se traigan a colación en sede judicial.

⁷⁴⁹ El gran maestro de filosofía política THOMAS HOBBS, en su célebre obra LEVIATÁN, ya expresaba la necesidad de este postulado en todo Estado, así: “[...] si un súbdito da consejo a otro, en el sentido de hacer alguna cosa contraria a las leyes, tanto si el consejo procede de una mala intención como si deriva de la ignorancia solamente, es susceptible de castigo por parte del Estado; porque la ignorancia de la ley no es buena excusa, ya que cada uno está obligado a tener noticia de las leyes a que está sujeto”. Fondo de Cultura Económica, Séptima reimpresión, 1996, páginas 210 y 211.

- Finalmente, podría pensarse en una excepción frente a esta exigencia por parte del Juez, previo examen de las condiciones particulares del recurrente comparadas con un hombre medio en sus mismas condiciones. Por ejemplo, si se trata de una persona con un grado de instrucción muy bajo, lo cual no le permitiría, en principio, conocer en detalle la ley, dicha situación podría ser explicada por el abogado en sede judicial al interior de su demanda, de tal manera que el Juez no rechace la demanda por falta de agotamiento de vía gubernativa en relación con los hechos y peticiones nuevas no incoadas en sede administrativa, en procura de proteger el principio de buena fe y el acceso efectivo a la administración de justicia.

A pesar de lo expuesto en los puntos anteriores, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo derogó tácitamente el requisito de agotamiento de la vía gubernativa, pues no lo menciona en ninguna parte de sus disposiciones, como consecuencia consideramos, al menos en este punto, que a partir de la vigencia de dicha codificación, la identidad entre el objeto de la petición y los hechos que se sustenta en sede administrativa y entre el objeto de la demanda y las pretensiones que se incoan en sede judicial, ya no es un requisito de procedibilidad y de dicha falencia no se podrá predicar falta de agotamiento de la vía gubernativa y, por ende, rechazo de la demanda. Sin embargo, esta premisa solo aplica para el recurso de reposición, pues si estamos en presencia de recursos obligatorios como el de apelación o reconsideración, la identidad entre hechos y peticiones, en sede administrativa, con la causa petendi y las pretensiones, en sede judicial, continuará incólume, por las razones expuestas líneas atrás.

Por otro lado, el Consejo de Estado ha argumentado que cuando se acusa la nulidad de un acto administrativo por violación del derecho de defensa dado que no se tuvieron en cuenta pruebas en vía gubernativa, tales pruebas deben ser solicitadas y practicadas en sede judicial para que salgan adelante las pretensiones de la demanda. Veamos lo que expone la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo sobre el particular:

No obstante, para que pueda estructurarse la nulidad por el no decreto de pruebas durante la vía gubernativa, es necesario que los medios de convicción denegados en esa oportunidad sean solicitados en sede jurisdiccional, tal como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Sala en los siguientes términos:

“Y en cuanto al argumento de que en la vía gubernativa no se decretaron las pruebas solicitadas con tal fin, es oportuno traer a colación lo expresado

por la Sala en sentencia de 17 de marzo de 2000 (Exp. 5583, CP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), en la cual se dijo: "... Finalmente, en lo que concierne a la aducida violación del derecho de defensa en la vía gubernativa, porque no se decretaron ni practicaron las pruebas solicitadas por la actora, estima la Sala que la prosperidad de dicho cargo está condicionada a que en la instancia jurisdiccional, en la que obviamente se tiene franca la oportunidad para ello, se pidan y practiquen esas mismas pruebas, u otras pertinentes, a objeto de que en el proceso respectivo quede evidenciado que la importancia o trascendencia del supuesto fáctico que se echa de menos era tal que resultaba imprescindible considerarlo para efectos de inclinar, en uno u otro sentido, la decisión administrativa controvertida."⁷⁵⁰(Las negrillas y subrayas no son del texto original).⁷⁵¹

Aunque la identidad entre las pruebas dejadas de practicar en vía gubernativa y las solicitadas y practicadas en sede judicial no es un requisito para agotar vía gubernativa, resulta oportuno traerla a colación en esta oportunidad, dado que es un tópico similar a la identidad entre objeto y peticiones en ambos escenarios, a tal punto que si no existe la identidad de tales medios probatorios es posible negar las pretensiones de la demanda conforme al aparte jurisprudencial transcrito.

3. Cuando el acto administrativo quede en firme por no haber interpuesto los recursos de reposición o de queja: Lo que quiere decir esta disposición es que el único recurso que de no interponerse, no agota la vía gubernativa, es el recurso de apelación, por lo tanto, este adquiere la connotación de obligatorio y requisito sine quanon para poder acudir a la vía jurisdiccional. Por ende, si contra el acto administrativo solo procede el recurso de reposición y este no se interpone, se podrá acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de caducidad sin que obre obstáculo legal alguno. Igualmente, si se trata del de queja, es decir, si rechazan el recurso de apelación, no es necesario interponer el recurso de queja para cumplir con el requisito de agotamiento de la vía gubernativa. Sin embargo, si el recurso de apelación es rechazado y se comprueba en vía jurisdiccional que el rechazo fue procedente, es decir, que el recurso no se interpuso con los requisitos que establece la ley, no se habrá cumplido con el requisito del agotamiento de la vía gubernativa y, por lo tanto, no procederá la admisión de la demanda debido a que se configura una "falta de agotamiento en debida forma de la vía gubernativa".⁷⁵²

⁷⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 23 de agosto de 2001, proferida en el expediente 1999-0030-01 (7071). M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁷⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de agosto 18 de 2011. Radicación 11001-03-24-000-2004-00140-01. Consejera Ponente: Dra. María Elizabeth García González. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2011, páginas 1860 a 1866.

⁷⁵² "La inadmisión o rechazo del recurso de apelación inexorablemente trae como consecuencia la firmeza del acto administrativo objeto del mismo, según las voces del artículo 62, ordinal 3º, ibídem y el no agotamiento de la vía gubernativa, según se deduce del contenido del artículo 63 ibídem. (Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de febrero 18 de 1999, Expediente 5016, Consejero Ponente Ernesto Rafael Ariza Muñoz).

Ahora bien, a pesar de que el recurso de reposición es optativo, una vez interpuesto, a la luz del mismo se deben discutir todos los supuestos que eventualmente se discutirían en sede jurisdiccional, en caso contrario, esto es, en el evento de que en sede jurisdiccional se pongan en tela de juicio aspectos que no se trajeron a colación en virtud del recurso de reposición, sobre tales aspectos se entenderá que no se agotó vía gubernativa y el acto administrativo quedó en firme y sobre los mismos se generará rechazo de la demanda. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes eventos:

Ahora, la interposición del recurso de reposición así no sea de carácter obligatorio tiene efectos respecto del agotamiento de la vía gubernativa cuando se interpone y si se interpuso parcialmente, ello implica que no se agotó la vía gubernativa respecto de los derechos reconocidos o negados sobre los cuales hubo pronunciamiento expreso o relevante. Admitir el agotamiento de la vía gubernativa frente a un presunto derecho respecto del cual la administración hizo un pronunciamiento sin que el interesado lo haya objetado, aunque sobre otros derechos resueltos en el mismo acto si lo hubieran sido, implica impedir los efectos jurídicos que para esos casos se contemplan especialmente en el art. 63 en concordancia con el 62-2 del CCA Y debe resaltarse que existe diferencia entre el acto administrativo en firme sin agotamiento de la vía gubernativa y el acto recurrido y decidido el recurso que, por principio, tiene la posibilidad de ser acusado en vía judicial en los aspectos discutidos en el recurso.⁷⁵³

Sin perder de vista lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, a la luz del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, la obligación de recurrir todos los aspectos de la parte resolutive del acto que se recurre, so pena de que no se considere agotada la vía gubernativa frente a los puntos no discutidos, permanece incólume en relación con el recurso de apelación por ser un medio de impugnación obligatorio, al paso que para el recurso de reposición ya no opera, pues como se dijo en su momento, el agotamiento de la vía gubernativa no es requisito de procedibilidad y, por ende, en sede judicial se pueden traer a colación incluso, aquellos aspectos de la decisión administrativa que no fueron objetados a través del recurso de reposición.

En este mismo orden de ideas, resulta necesario precisar que si el acto administrativo que resuelve el recurso resulta favorable en todo o en parte a los intereses del impugnante, tampoco podría admitirse la demanda en lo favorable, porque ya se agotó la discusión en sede administrativa y no es viable revivirla en sede judicial, en caso contrario, el requisito de procedibilidad no tendría ningún

⁷⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección B, Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro, Bogotá, D.C., abril siete (07) de dos mil cinco (2005). Rad. Núm.: 63001-23-31-000-1999-0800-01. Actor: Niria Rodríguez de Valencia. Demandado: Instituto de Tránsito del Quindío. Controversia: Salario y Prestaciones de empleado declarado muerto presunto por desaparecimiento. Ref. 02100-02. Autoridades Departamentales.

sentido en lo atinente a la desjudicialización de las controversias. En este caso no se daría rechazo de la demanda por falta de agotamiento de la vía gubernativa o por no cumplimiento del requisito de procedibilidad, sino por falta de jurisdicción, por tanto, en este evento la falta de jurisdicción también se puede predicar en lo atinente al recurso de reposición.

Ahora bien, cabe anotar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, en el inciso primero del numeral segundo del artículo 161 del CPA, señala que es un requisito previo para demandar la nulidad de un acto administrativo particular, que se hayan ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. Sin embargo frente a este punto existe una excepción en materia tributaria. A pesar de que las normas de dicho ámbito señalan que el recurso de reconsideración es obligatorio para agotar la vía gubernativa, el artículo 720 del Estatuto Tributario indica que cuando el contribuyente atiende debidamente el requerimiento especial, puede demandar directamente la liquidación oficial de revisión ante el Juez Contencioso Administrativo, dentro de los cuatro meses siguientes a su notificación. Es importante anotar que el Consejo de Estado señaló sobre este punto, que no es necesaria la identidad entre las objeciones en la respuesta al requerimiento especial y las que se manifiestan al interponer la demanda, pues como se anotó en su oportunidad, en sede judicial se pueden traer a colación nuevos y mejores argumentos que los expuestos en sede administrativa. Por otro lado, también aclaró que, según el artículo 710 del Estatuto Tributario, la notificación de la liquidación de revisión debe surtirse dentro de los seis meses siguientes al vencimiento del término para responder el requerimiento especial y no a partir de la fecha en la que el contribuyente haya dado respuesta.⁷⁵⁴

Ahora, a pesar de lo señalado en el párrafo anterior, el Consejo de Estado ha advertido que los adultos mayores no deben agotar la vía gubernativa o interponer el recurso obligatorio, pues dicha exigencia limita la eficacia material de su derecho a la seguridad social, en contravía del amparo prevalente que les garantiza la Constitución⁷⁵⁵.

4. Cuando se configura el silencio administrativo sustantivo o procesal: Los actos administrativos presuntos agotan la vía gubernativa, ya sea que se trate de aquel que surge de la interposición de la primera petición o del que emerge como supuesta respuesta a la interposición de los recursos (Incisos 1° y 2° del artículo 135 del CCA e inciso primero del numeral 2° del artículo 161 del CPA). Como corolario, no es de acogida la tesis de algunos doctrinantes que consideran que el

⁷⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 15708 de junio 26 de 2008, Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié.

⁷⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia 76001233100020080034201 (220310) de agosto 17 de 2011, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez. En este punto es importante precisar que el artículo 3° de la Ley 1251 de 2008 establece que el adulto mayor es de 60 años o más.

inciso 2º del artículo 135 del CCA quedó sin efecto en virtud de la declaratoria de inexecutable de los artículos 40 y 60 del Decreto 01 de 1984, toda vez que a una misma situación de hecho se le debe aplicar una misma regla de derecho y no se ve diferencia razonable que permita endilgarle un tratamiento diferente a un silencio del otro en lo que atañe al agotamiento de la vía gubernativa.⁷⁵⁶ En el sentido de que el silencio administrativo procesal también agota la vía gubernativa, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos: Por lo anterior, cabe precisar que ante el vencimiento del plazo consagrado en la ley para que pueda tener ocurrencia el silencio administrativo negativo procesal o adjetivo, el peticionario podrá, a su elección: i) continuar esperando a que la administración resuelva los recursos interpuestos, caso en el cual, por no estar en firme, el acto impugnado carecerá de su carácter ejecutivo y ejecutorio, o ii) acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para impugnar las respectivas decisiones, toda vez que, al operar el silencio administrativo negativo consagrado en su beneficio, respecto de los recursos interpuestos, se entiende agotada la vía gubernativa.⁷⁵⁷

Es pertinente recordar que las notificaciones irregulares impiden el agotamiento en vía gubernativa (se obstaculiza la posibilidad de hacer uso de los recursos), por tanto, en estos casos se podrá acudir directamente a la vía jurisdiccional (art. 135, último inciso del CCA e inciso segundo del artículo 161 del CPA). No puede entenderse este caso como un evento de agotamiento de vía gubernativa dado que, precisamente en esta hipótesis se impide agotar tal vía. Por tanto, consideramos erróneo reciente pronunciamiento del Consejo de Estado que considera esta situación como un caso de agotamiento de vía gubernativa.⁷⁵⁸

VI. La Revocatoria directa.

Esta figura jurídica busca suprimir del mundo jurídico un acto administrativo de carácter particular y concreto que resulta contrario al interés general y al orden jurídico, de manera expresa (acto administrativo que literalmente revoca) o tácita (acto contrario a uno anterior).⁷⁵⁹ Así las cosas, su naturaleza es similar

⁷⁵⁶ Esta tesis a nuestro modo de ver errónea es expuesta por el Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié en su obra *Derecho Procesal Administrativo*, 5ª edición, 2005, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Página 56.

⁷⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de marzo de 2007. Expediente 14850. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2008, páginas 612 a 627.

⁷⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 20 de septiembre de 2007. Expediente 13001-23-31-000-1995-12217-01. Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2008, páginas 568 a 572.

⁷⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de noviembre 14 de 1975, C.P. Luis Carlos Sachica, ACE, T.lxxxix, N°s 447-448, 1975, p.79 “[...] busca no permitir que continúe vigente y produzca

a la acción de simple nulidad pues busca, en esencia, proteger el ordenamiento jurídico superior, sin detenerse en restablecer y reparar situaciones de carácter particular y concreto.

La revocación directa no opera frente a actos administrativos de carácter general, donde lo técnico es hablar de derogatoria.⁷⁶⁰ En este evento estamos ante actos administrativos que regulan situaciones impersonales y abstractas, donde la administración no se encuentra comprometida frente a una persona en particular y por ende, sencillamente puede dejar sin efectos parcial o totalmente, sin ningún tipo de limitación, el acto general respectivo. Por otro lado, es perfectamente viable solicitar, por cualquier persona, la derogación de un acto administrativo de carácter general, por ser contrario al orden jurídico o por ser inconveniente o inoportuno (Inciso segundo del artículo 71 del CCA).⁷⁶¹ Ahora, es importante acotar sobre este tópico que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no reguló la derogación a solicitud de parte frente a actos administrativos generales, sin embargo, consideramos que esta posibilidad se mantiene incólume, pues dicha solicitud se puede tramitar a través del derecho de petición en interés general.

Ahora bien, se discute si procede contra actos de trámite, preparatorios o de ejecución, ante lo cual consideramos que es viable, siempre y cuando se trate de la revocación directa iniciada de oficio, habida cuenta que si estamos ante el recurso extraordinario es inocuo, porque los actos de trámite o preparatorios, por regla general, en sí mismos no causan sanción o reconocen derecho alguno, y los actos de ejecución buscan materializar los efectos jurídicos de una decisión, esta última si susceptible de revocarse a petición de parte⁷⁶². Obviamente si tales actos administrativos se apartan de su naturaleza jurídica y adoptan decisiones definitivas que afectan a los administrados, procederá el recurso extraordinario.

efectos un acto contrario al orden jurídico o al interés público o social, es decir, el imperio del principio de legalidad y el de la oportunidad y conveniencia de la Administración, entendida como servicio público y obrando en función de ese servicio[...]"

⁷⁶⁰ “[...] consideramos que lo técnico jurídicamente, si la administración pretende dejar sin efectos en cualquier tiempo un acto de contenido general, por las razones del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo o cualquiera otra, es proceder a su derogación”. SANTOFIMIO GAMBOA.. Op. cit., p. 276.

⁷⁶¹ “La abrogación o derogación del acto general (que no a otra cosa equivale su revocatoria) generalmente obedece a hechos o circunstancias sobrevinientes, distintos o aún contrarios a los que determinaron su expedición, tornándolo incompatible con el interés general u opuesto al bien común”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de mayo 5 de 1981).

⁷⁶² Sin embargo, el Consejo de Estado en algunas providencias ha establecido que los actos de trámite, preparatorios o de ejecución son susceptibles del recurso extraordinario de revocatoria directa por regla general, posición que no compartimos, salvo que tales decisiones impliquen una decisión definitiva que afecte al recurrente. Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, 23 de noviembre de 1992, Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

Lo que si es necesario precisar es lo siguiente: la revocatoria directa procede contra todo tipo de acto administrativo de carácter particular y concreto, no solamente contra el acto administrativo definitivo que pone fin a la actuación administrativa, el cual es susceptible de los recursos ordinarios por antonomasia. Por tanto, contra aquellos actos administrativos que simplemente se comunican o contra los cuales no caben recursos ordinarios, es posible ejercer el recurso extraordinario de revocatoria directa o utilizar la misma de oficio. En este sentido se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos:

Es un recurso extraordinario en cuanto, si el acto carece de recursos por vía gubernativa, o a pesar de existir se dejó pasar el término sin ejercerlos, el particular afectado puede acudir ante la Administración para solicitar que el acto se revoque. Igualmente, la entidad que ha expedido un acto individual que considera que se ha equivocado o que de alguna manera ha infringido una norma superior, puede acudir a la revocatoria directa del mismo, siempre que se ajuste a los lineamientos que le señala la ley.⁷⁶³

Ahora, es importante anotar en este punto que si la administración decide revocar de oficio un acto administrativo que fue objeto de recursos en vía gubernativa, en virtud de los cuales lo confirmaron o modificaron, dicha revocatoria debe ser para los dos o tres actos administrativos que existieren, dado que si uno queda vigente, la revocatoria no habrá logrado su cometido.

Finalmente cabe señalar que el recurso extraordinario de revocatoria directa adopta dicha denominación porque opera frente a actos administrativos que ya están en firme, es decir, a través de la revocatoria directa se pueden modificar, aclarar, adicionar o extinguir actos administrativos que ya adquirieron fuerza ejecutoria y pueden ejecutarse sin ningún obstáculo.⁷⁶⁴

A. Formas de iniciar la revocatoria directa

1. La revocatoria directa se puede iniciar de oficio por quien expidió el acto a revocarse o su inmediato superior y, como tal, se le debe aplicar la normativa pertinente de los procedimientos administrativos iniciados de oficio (Artículo 28 en concordancia con el artículo 74 del CCA y artículo 37 en concordancia con el artículo 35 del CPA). En este evento estamos ante una manifestación de poder de la administración.

⁷⁶³ PALACIO HICAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R, Ltda., págs. 68 y 69.

⁷⁶⁴ Esta lógica no se puede predicar de las declaraciones tributarias, dado que el artículo 43 de la Ley 962 de 2005, permite la corrección de tales declaraciones por puntos irrelevantes para definir de fondo la determinación del tributo, siempre y cuando las mismas no hayan adquirido firmeza. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sección Cuarta, en la sentencia 25000232700020060125301 (16707), de agosto 19 de 2010, Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas.

2. Empero, existe otra forma de iniciar la vía gubernativa en virtud de la revocatoria directa y es cuando se utiliza como un recurso extraordinario. En este caso si se puede afirmar de manera indubitable, que la vía gubernativa solo se inicia por voluntad del sujeto pasivo del acto o por cualquier persona y se materializa, mediante la interposición del recurso ante el funcionario que profirió el acto administrativo que se pretende revocar o ante el superior inmediato jerárquico o funcional de aquel (Primer inciso del artículo 69 del CCA y primer inciso del artículo 93 del CPA). Es importante resaltar la diferencia que se presenta en esta instancia en relación con los recursos ordinarios, pues el recurso extraordinario de revocatoria directa puede ser interpuesto por cualquier persona, no solo por el interesado, al paso que los recursos ordinarios solo pueden ser interpuestos por los interesados. Esta diferencia se presenta por la naturaleza del recurso extraordinario de revocatoria directa, pues, como se dijo, el único objetivo que busca el recurrente, al ejercerlo, es preservar el ordenamiento jurídico superior, lo que implica que su naturaleza es pública y popular.

B. Efectos de la revocatoria directa

1. A través de la revocatoria directa se extirpa del mundo jurídico los actos administrativos de carácter particular y concreto, por lo tanto, es un mecanismo jurídico que tiene la administración para revisar sus propios actos y, si es del caso, sacarlos del mundo jurídico dejándolos sin efectos, mecanismo que se puede utilizar a petición de parte o de oficio.

2. La revocación directa podrá versar sobre la totalidad de la parte resolutive de un acto administrativo o solo sobre una parte de la misma, dejando vigente lo que no fuere contrario a la ley o al interés general.

3. Los efectos jurídicos de la revocatoria directa son ex nunc, es decir, rigen hacia el futuro, por lo tanto, las situaciones jurídicas consolidadas durante el interregno de vigencia jurídica del acto administrativo revocado, se mantendrán incólumes, con el objeto de preservar la seguridad jurídica y hacer efectiva la presunción de legalidad que lleva inmersa todo acto administrativo, sin perjuicio de la retrospectivita en materia laboral y la retroactividad en materia sancionatoria.

4. La decisión de la revocatoria directa originada en virtud del recurso extraordinario, no revivirá los términos de caducidad de la acción contencioso administrativa y la interposición del mencionado recurso no generará silencio administrativo de ningún tipo. (Artículo 72 del CCA y artículo 96 del CPA)⁷⁶⁵.

⁷⁶⁵ Esta es la regla general, habida cuenta que pueden existir normas especiales de carácter legal que generen excepciones a la misma, tal como es el caso del estatuto tributario en su artículo 738-1, donde se advierte que la administración tributaria tiene un año para resolver la revocatoria directa incoada por el contribuyente, en

Sin embargo, si se demanda en tiempo, empero, existe un acto administrativo producto de la revocatoria directa, este último se inaplica a través de la excepción de ilegalidad, en caso de que salgan avante las pretensiones, pues no puede ser declarado nulo dado que no es susceptible de acusarse judicialmente.

Es necesario advertir que con el objeto de burlar esta disposición, en ocasiones se ha disfrazado el recurso extraordinario de revocatoria directa bajo la denominación del derecho de petición regulado en la primera parte del CCA y del CPA⁷⁶⁶, actuar proscrito a la luz del artículo que se comenta, veamos:

La petición formulada en el año de 1998 por la parte demandante ninguna vocación tenía para provocar válidamente un nuevo pronunciamiento de la entidad y el acto que ésta produjo negándose a conocer nuevamente de la situación, por hallarse ya resuelta, no constituye ninguna decisión adicional.

Es claro, por tanto, que lo que pretendió la parte actora fue revivir los términos de caducidad que dejó vencer por haber transcurrido más de los cuatro meses que establece el artículo 136 del CCA para instaurar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución que le liquidó la cesantía.⁷⁶⁷

Como corolario de lo anterior, se concluye que nuestro ordenamiento jurídico tiene proscrita la posibilidad de incoar sucesivos derechos de petición sobre un mismo punto para poder acudir a la vía jurisdiccional indefinidamente y la administración pública está habilitada para expedir actos de trámite, incontrovertibles judicialmente, frente a peticiones reiterativas ya resueltas, a través de los cuales simplemente se remite a las respuestas anteriores sin decidir nada nuevo (Inciso segundo del artículo 19 del CPA). Ahora bien, tal como se precisa más adelante, si estamos en presencia de prestaciones periódicas de carácter indefinido, la reiteración de peticiones sobre esos aspectos es viable y, por ende, la administración en estos casos no puede evadir la respuesta de fondo con simples actos de trámite.

caso contrario, se presume que se profiere un acto administrativo con efectos favorables al administrado en virtud del silencio administrativo positivo.

⁷⁶⁶ Esto no quiere decir que la revocatoria directa no comparta la naturaleza del derecho de petición, lo que ocurre es que es de carácter especial y esta sometida a los lineamientos contemplados en la ley. Sobre la naturaleza de la revocatoria directa, la Corte Constitucional señala: “Si ello es así en tratándose de recursos, con mucha mayor razón debe entenderse que se ejercita el derecho de petición cuando se pide la revocación directa de un acto administrativo (CCA, arts. 69 y ss.), que no tiene tal carácter sino que responde al objeto de buscar una decisión administrativa cuando, precisamente, no se ejercitaron los recursos en vía gubernativa (CCA, art. 70)”. Sentencia T-21 de febrero 10 de 1998.

⁷⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, Consejero Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Bogotá D.C. 29 de agosto de 2002, Rad. 6300123310001999039001(4885-01).

Sin embargo, lo establecido en el artículo 72 del CCA y en el artículo 96 del CPA no puede ser apreciado en términos absolutos, es una regla general que posee excepciones, así:

- La regla expuesta solo opera cuando el acto administrativo que resuelve el recurso extraordinario de revocatoria directa, confirma la decisión inicial, empero, si la modifica o revoca, si habrán recursos contra él y será posible acusarlo en sede jurisdiccional, sobre todo porque este recurso puede ser incoado por cualquier persona y puede resultar perjudicando al beneficiario de la decisión revocada. Así lo ha explicado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Sin embargo, bien puede acontecer, en casos excepcionales, que el acto que resuelva la solicitud de revocatoria directa modifique total o parcialmente el acto inicial y tal decisión se adopte en contravención a la ley, como cuando, por ejemplo, quien solicita la revocatoria directa es un tercero y al titular del derecho revocado no se le cita a la actuación administrativa que surge en el trámite de la revocatoria; o cuando el interesado hace la petición y no se tiene en cuenta a un tercero que podría resultar afectado; o cuando la modificación parcial o total que operó en el acto que resolvió la revocatoria reconoce el derecho que reclama el titular pero sin ajustarse a la ley en tal reconocimiento.⁷⁶⁸

- En segundo término, hay que tener en cuenta que cuando se trata de derechos de petición que busquen reconocer un derecho prestacional periódico como la pensión o la reliquidación a la misma, es posible que se puedan repetir sobre el mismo asunto y en ningún momento operará la caducidad de la acción, tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Al respecto, la jurisdicción ha sostenido que como las pensiones son derechos imprescriptibles, aunque sí prescriban sus mesadas en los términos de ley, es por ello, precisamente, que quien se encuentre en la situación descrita anteriormente bien puede elevar una nueva petición y esperar la decisión administrativa, que en caso que sea desfavorable (total o parcialmente) puede impugnar en vía gubernativa y judicial, posteriormente, si es menester. En este evento, la decisión administrativa frente a la primera petición no es obstáculo judicial para que se adelante el proceso pertinente respecto a la decisión de la segunda petición pensional.⁷⁶⁹

⁷⁶⁸ Consejo de Estado, Sección 1ª, auto 2640, de diciembre 3 de 1993.

⁷⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 6 de

Ahora, si el derecho de petición se refiere a una situación idéntica, así se trate de un asunto relacionado con prestación periódica reconocida o por reconocer, operará lo dispuesto en el artículo 19 del CPA. En otras palabras, si el interesado solicita que le reconozcan el retroactivo de las mesadas pensionales del año 2005 y frente a dicha solicitud ya hubo un pronunciamiento negando tal reconocimiento, porque las mesadas estaban prescritas, es evidente que frente a este punto no se pueden reiterar solicitudes y a la administración le bastará un simple acto de trámite remitiendo al peticionario a la respuesta ya dada. En estos casos específicos también operaría la caducidad de la acción.

Sin perder de vista lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, es menester advertir que debe tratarse de prestaciones periódicas reconocidas o por reconocer, empero, si está en duda el vínculo laboral que las genera, no es dable repetir diversidad de derechos de petición para dilucidar el asunto. En otras palabras, si se solicitó el reconocimiento de una relación laboral y como consecuencia el reconocimiento de unas prestaciones periódicas, en caso de que dicho reconocimiento se niegue, se deberá indefectiblemente agotar vía gubernativa y demandar en tiempo frente a dicha negativa. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Administrativo del Quindío en los siguientes términos:

Observa el Colegiado, que lo que se pretende con la nueva solicitud elevada ante la administración, es la configuración de un vínculo laboral, pero se observa que en el escrito no se hace referencia al reconocimiento de este, solo solicitándose el pago total de salarios y prestaciones sociales causadas, situación que nos hace avizorar, que el apoderado judicial de la parte demandante tiene conciencia de que la discusión respecto del vínculo laboral, ha quedado zanjada con la primera respuesta dada por la administración municipal, acto frente al que la acción, como quedó pergeñado en el sub-lite, se encuentra caducada. Por lo que, solo solicita el pago de salarios y prestaciones sociales, esperando que la administración al aceptar pagar estas sumas reconozca de manera implícita el vínculo laboral, asunto respecto del cual, como quedó discurrido, el término que concede la ley para entablar la demanda ha expirado.⁷⁷⁰

- Es posible demandar en acción de simple nulidad un acto administrativo que resuelve un recurso extraordinario de revocatoria directa en el sentido de confirmar la decisión inicial, toda vez que ya no se están reviviendo

febrero de 2003. Expediente 4386-02. Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Extracto jurisprudencial publicado en la revista jurisprudencia y doctrina de *Legis*, de diciembre de 2003, páginas 2358 y 2359.

⁷⁷⁰ Magistrado Ponente: Rigoberto Reyes Gómez, Armenia, dieciocho (18) de noviembre de dos mil once (2011), Auto resuelve apelación, Nulidad y Restablecimiento, Demandante: José Fausto de la Cruz Jojoa, Demandado: Municipio de Calarcá, Radicado: 63-001-3331-001-2011-00368-01.

términos judiciales pues la mentada acción es pública y no está sometida a un término perentorio para incoarse.

C. Improcedencia

Para las dos formas de iniciación de la revocatoria directa, según el caso, la improcedencia se presenta en los siguientes eventos⁷⁷¹:

1. Como recurso extraordinario opera como medio supletivo de los recursos ordinarios: Opera como medio supletivo de los recursos ordinarios (reposición, apelación y queja), por lo tanto, solo se podrá interponer si no se hubieren interpuesto aquellos o se hubieren interpuesto de manera irregular, es decir, por regla general, los actos administrativos solo se pueden discutir mediante los recursos ordinarios, y, en caso de que esto no se hiciera en debida forma, se podrá acudir a la revocatoria directa (Artículo 70, CCA y artículo 94 del CPA). Esta situación no es una limitante cuando la administración actúa de oficio en la revocatoria del acto administrativo. Es pertinente anotar que si se ejerce el recurso extraordinario de revocatoria directa habiéndose utilizado los recursos ordinarios, se deberá expedir un acto administrativo de trámite rechazándolo, decisión frente a la cual no cabe ningún recurso ni puede demandarse en sede judicial. Es importante advertir que esta limitante no opera si el recurrente es un tercero, por dos razones básicamente: En primer lugar, la norma señala que es el peticionario de la revocatoria directa el que no debe haber interpuesto los recursos ordinarios, lo que quiere

decir que si dicha revocatoria la ejerce un tercero, a este no se le puede exigir dicho requisito, pues él no estaba habilitado para interponer los recursos ordinarios anotados, es decir, no era el directamente interesado en la vía gubernativa ordinaria (Artículo 94 del CPA). En segundo lugar, la naturaleza de la revocatoria directa es evitar que el ordenamiento jurídico se afecte con un acto ilegal, por tanto, su naturaleza pública hace que los terceros no tengan impedimento para acceder a la administración pública en procura de proteger la legalidad abstracta.

Sin embargo, como veremos, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo estableció dos nuevas causales de improcedencia que prácticamente desnaturalizan la revocatoria directa como mecanismo jurídico objetivo de protección al principio de legalidad.

⁷⁷¹ Ver jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Bogotá, D.C., Febrero siete (7) de dos mil dos (2002), Expediente N°3579-01, Radicación: 11001-03-25-000-252-00. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá, S.A. E.S.P.

2. Como mecanismo de la administración pública requiere de consentimiento del titular del derecho: Cuando se trate de acto que haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreta o reconocido un derecho de igual categoría, salvo que medie el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho (Artículo 73, CCA e inciso primero del artículo 97 del CPA).

Esta limitante consideramos que también es viable cuando el recurso extraordinario de revocatoria directa es ejercido por un tercero, pues el titular del derecho, en estos casos, no es el recurrente y, por ende, debe ser escuchado en sede administrativa y si es del caso, se debe obtener su consentimiento para que opere la revocación.

Sobre esta causal de improcedencia es importante realizar la siguiente anotación: si el acto administrativo impone una obligación o una sanción en contra del administrado, si se llegaren a concretar las causales contempladas en el artículo 69 del CCA o el artículo 93 del CPA, la administración podrá revocar el acto administrativo sin pedirle consentimiento al particular. En jurisprudencia, citada por Penagos, el Consejo de Estado argumentó en este sentido, veamos: “Son actos favorables al destinatario -dice el Consejo de estado en dictamen de 5 de noviembre de 1969- los que hayan enriquecido su patrimonio con un derecho antes inexistente o hayan liberado un derecho efectivo del mismo que preexistiese de algún límite de ejercicio; quírase decir cuando se trata de actos que no han conferido positivamente derechos a los destinatarios, sino que más bien les han irrogado cargas u obligaciones[...] esos límites a las facultades administrativas de revocación desaparecen y la administración recobra sus facultades íntegras de volver sobre sus propios actos”⁷⁷². Obviamente que si de lo que se trata es de revocar un acto administrativo sancionatorio con el objeto de hacer más gravosa la situación, en este evento si se tiene que pedir permiso al afectado para revocar, toda vez que se trata de un detrimento patrimonial a sus derechos subjetivos, que opera en la práctica como la modificación de una situación jurídica favorable para el particular convirtiéndola en desfavorable.

Ahora bien, la no revocatoria directa de los actos administrativos que reconocen un derecho o beneficio o la intangibilidad de los mismos, se funda sobre dos principios:

a. Derechos Adquiridos: La Constitución Política de Colombia, en sus artículos 58, 332 y 336 ordena que los derechos adquiridos con justo título deben respetarse, es decir aquellos derechos que han entrado al patrimonio de una persona, natural o jurídica que hacen parte de él, y que por lo mismo, no pueden ser arrebatados o

⁷⁷² El Acto Administrativo, Séptima Edición, Página 655, Ediciones Librería del Profesional.

vulnerados por quién los creó o reconoció legítimamente. De esta afirmación se desprende que lo que se debe conservar es todo aquello que sirve de provecho a una persona, no aquello que es atentatorio contra su patrimonio o lo disminuye de manera ilegal, inconveniente o causándole un agravio injustificado, ya que en estos casos no se están reconociendo derechos sino imponiendo obligaciones, cargas o sanciones (art.69, CCA e inciso primero del art. 96, CPA).

b. Seguridad Jurídica (buena fe y doctrina de los actos propios): La estabilidad de los actos administrativos se impone debido a que los administrados deben tener certeza de que la administración actúa de buena fe y sometida al principio de legalidad, lo que le da credibilidad en su actuar y ofrece la Gobernabilidad y Legitimidad⁷⁷³ en un Estado Social de Derecho, máxime si en un momento dado se reconoce derechos a su favor. La Corte Constitucional, en Sentencia del 15 de julio de 1992, T-472, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz, enseña: “El principio de la buena fe incorpora la doctrina que prescribe el venire contra factum proprium, según la cual a nadie le es lícito venir contra sus propios actos. La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento gubernativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares. La revocatoria directa irregular que se manifiesta en la suspensión o modificación de un acto administrativo constitutivo de situaciones jurídicas subjetivas, puede hacer patente una contradicción con el principio de buena fe y la doctrina de los propios actos si la posterior decisión de la administración es contradictoria, irrazonable, desproporcionada y extemporánea o está basada en razones similares”.

3. Como recurso extraordinario o como mecanismo de la administración por taxatividad legal: “[...] existe otra causal de improcedencia tanto para los recursos ordinarios como para el extraordinario de que aquí se habla, cuál es que se trate de acto que haya definido la ilegalidad de un cese de actividades”⁷⁷⁴

⁷⁷³ “La legitimidad al decir de Bobbio, es el concepto –eje, alrededor del cual gira la filosofía política–; la legalidad (o mejor la juridicidad) cumple el mismo papel con la filosofía jurídica. Con este enfoque, la Administración persigue su legitimidad a través de sus actuaciones; solo en la medida de la obediencia de los administrados (obediencia que depende cada vez más de la convicción y menos de la imposición), su función será eficaz; y la eficacia será el termómetro de su legitimidad. Cuando el gobernante sienta el derecho de mandar; y el gobernado esté convencido de su deber de obedecer, el Estado será legítimo; para el logro de esa finalidad del Estado de Derecho, sus potestades han de dirigirse a la consecución del interés general, anteponiéndolo al particular pero sin menospreciarlo o lesionarlo impunemente. Menos aún cuando ese interés particular compromete de alguna manera el de la colectividad por ser el resultado de la aplicación concreta de alguno de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y las Leyes”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, Sentencia 1290, agosto 8, 1991; C.P. Juan de Dios Montes Hernández, expediente 6478. Actor: Agustín García Ospina y otros. En extracto 194, 1991.

⁷⁷⁴ Ver jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Alejandro Ordoñez Maldonado, Bogotá, D.C., Febrero siete (7) de dos mil dos (2002), Expediente N°3579–01, Radicación: 11001–03–25–000–252–00. Actor: Empresa de Telecomunicaciones de

(art. 451, C.S.T.). Es importante señalar a propósito de esta causal, citada por la jurisprudencia que se viene analizando, que las causales contempladas en el Código Contencioso Administrativo, señaladas en los numerales uno y dos, no son taxativas y así como existe esta en el Código Sustantivo del Trabajo, en la medida en que la ley -en sentido formal- señale otros eventos de improcedencia de la revocabilidad de determinados actos de manera taxativa y de forma expresa, deberán ser sumados a las causales ya comentadas, tal como acontece con la irrevocabilidad del acto administrativo de adjudicación de un contrato estatal (Parágrafo 1ro del artículo 77 de la Ley 80 de 1993)⁷⁷⁵. Sin embargo, las causales contempladas en el estatuto procedimental administrativo son la regla general.

4. Como recurso extraordinario o mecanismo de la administración cuando se haya notificado el auto admisorio de la demanda: Opera en cualquier tiempo, salvo que contra el acto a revocarse se presente demanda y el auto admisorio de esta se notifique a la administración.⁷⁷⁶ Esta posición es sana y en realidad se aparta del tenor literal del primer inciso del artículo 71 del CCA, el cual señala que la administración pierde competencia para revocar sus propios actos (e inclusive derogar si se trata de actos administrativos de carácter general), al momento de dictarse el auto admisorio de la demanda impetrada contra la decisión que se pretende revocar, haciendo caso omiso al acto procesal de notificación. Y decimos que es sana, porque la administración no es adivina, es decir, mientras no se entere oficialmente que contra su propio acto se impetró demanda, no será de su conocimiento la pérdida de competencia, por tanto, puede ocurrir que durante el interregno de la admisión y la notificación, la administración revoque su propio acto, lo que, desde nuestro modo de ver, sería totalmente legal, siempre y cuando se cumpla con los requisitos consagrados en el artículo 69 del CCA⁷⁷⁷

Bogotá, S.A. E.S.P.

⁷⁷⁵ Sin embargo, esta premisa de irrevocabilidad del acto administrativo de adjudicación fue matizada por el inciso 3º del artículo 9º de la ley 1150 de 2007 que modificó la ley 80 de 1993, donde se dispuso que dicho acto administrativo era revocable por inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente o cuando se obtuviera por medios ilegales, veamos: “El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993”.

⁷⁷⁶ Ver Sentencia del 22 de mayo de 2003. Expediente 0751-02. Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro, la cual señaló lo siguiente: “Sin embargo, la administración ajena a esta situación porque aún no se le había notificado la admisión de la demanda expidió la Resolución 681 del 1º de agosto de 1994 haciendo uso de la facultad de revocatoria directa consagrada en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, la cual podía ejercer porque no tenía conocimiento de la existencia del proceso que se había iniciado contra las resoluciones que revocó”.

⁷⁷⁷ Sin embargo, la jurisprudencia aún no es pacífica frente a este tema, es así como el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento se apegó al tenor literal de la norma, así: “Además, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 del CCA, esa revocatoria resultaba posible, pues se produjo antes de que se hubiera admitido

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo positivizó la tesis de pérdida de competencia hasta cuando se notifique el auto admisorio de la demanda, en el inciso primero del artículo 95 del CPA, en los siguientes términos: “La revocación directa de los actos administrativos podrá cumplirse aun cuando se haya acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siempre que no se haya notificado auto admisorio de la demanda.”

En caso de que la administración pública revoque la decisión luego de notificado el auto admisorio de la demanda contra la misma, el Juzgador podrá inaplicar el acto administrativo que revoca por incompetencia y fallar el fondo del asunto. Tal solución, como lo comentamos en su momento, también opera en relación con los recursos ordinarios.

Ahora bien, el profesor Libardo Rodríguez Rodríguez expone que esta pérdida de competencia no aplica cuando estamos en presencia de la derogación, lo que a nuestro modo de ver es una posición errónea, pues cuando se acude a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los juicios de legalidad quedan radicados de manera exclusiva en cabeza de los jueces y ni siquiera, so pretexto de tratarse de un acto administrativo de carácter general, pueden compartir esta competencia con la administración pública. Así mismo tampoco estamos de acuerdo con el profesor Rodríguez, cuando afirma que cuando se trata de revocar por inconveniencia o agravio injustificado, la administración no pierde competencia cuando se le notifica el auto admisorio de la demanda, pues el Código de

Procedimiento Administrativo no diferencia y donde el legislador no distingue al intérprete no le es dable distinguir.⁷⁷⁸

5. Como recurso extraordinario no procede cuando el acto administrativo posea una manifiesta oposición a la Constitución Política o a la ley: Esta causal de improcedencia la trae a colación el nuevo Código de Procedimiento Administrativo en su artículo 94. Llama la atención de que exista un tratamiento diferente por parte del legislador en la vía gubernativa ordinaria y en la vía gubernativa extraordinaria. En efecto, en vía ordinaria el recurrente puede tipificar vicios invalidantes sin ningún límite, sin embargo, en sede extraordinaria dicha posibilidad está vedada. Consideramos que dicha diferenciación puede obedecer a que el recurso extraordinario de revocatoria directa puede ser ejercido por cualquier persona y, en tal caso, se busca proteger el *statu quo* del titular del derecho,

la demanda presentada contra el acto revocado”. Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P.: Darío Quiñónez Pinilla, 6 de mayo de 2004, Rad. 331, Actor: Faber Jemay López Narváez.

⁷⁷⁸Ver: RODRÍGUEZ R. Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, decimo sexta edición, Editorial Temis, 2008, página 319.

empero, en detrimento del principio de legalidad. En otras palabras, la revocatoria directa, como se dijo en su momento, se constituye en un mecanismo valiosísimo para preservar el ordenamiento jurídico abstracto, sin embargo, con esta limitante, ningún tercero puede solicitar la revocatoria de un acto administrativo ilegal, lo que permite que decisiones contrarias a derecho permanezcan incólumes en el mundo jurídico, salvo que la administración pública las revoque de oficio o sean acusadas por ella misma o por el interesado en sede judicial. Se observa entonces que el legislador le da prioridad a la seguridad jurídica por encima del principio de legalidad, lo que a todas luces puede ser inconstitucional, pues se podrían proteger derechos sin respaldo legal, es decir sin justo título, los cuales no pueden ser amparados por el ordenamiento jurídico en ningún caso (art. 58, CP).

6. Como recurso extraordinario cuando haya caducado la acción: Esta nueva causal de improcedencia es tipificada por el Código de Procedimiento Administrativo, específicamente en el artículo 94 del CPA. En comunión con la causal expuesta en el numeral anterior, el legislador quiso preservar la seguridad jurídica por encima del principio de legalidad, como corolario, cuando un acto administrativo ilegal o inconstitucional no es revocado como consecuencia del ejercicio del recurso extraordinario dentro del término que la ley contempla para ejercer la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, dicha decisión, se reitera, de talante inconstitucional o ilegal, permanecerá perenne o petrificada por imposibilidad de control en sede administrativa o judicial, salvo que la administración decida revocarlo de oficio, empero, siempre y cuando medie autorización expresa del interesado, en caso contrario, ya no podrá hacer nada dado que la acción judicial ya habrá caducado. Consideramos que con esta causal nuevamente se atenta contra el artículo 58 de la Constitución Política, pues eventualmente se protegerían derechos que no provienen de justo título. Obviamente si se expide el acto administrativo revocatorio como consecuencia del ejercicio del recurso extraordinario luego de transcurrido el término anotado, la decisión estará viciada de nulidad por incompetencia.

D. La revocatoria directa como recurso extraordinario

Tal como se advirtió líneas atrás, en nuestro concepto la revocatoria directa a petición de parte es un verdadero recurso extraordinario en sede administrativa, habida cuenta que comparte la misma naturaleza de los recursos ordinarios, es decir, un autocontrol de la administración pública frente a sus decisiones; aunque debe advertirse que tiene sus particularidades que la diferencia de aquellos, por ejemplo, en vía gubernativa ordinaria no es necesario obtener el consentimiento del particular para revocar, pues el acto administrativo no está en firme y los recursos ordinarios en sí mismos constituyen una autorización por parte del

interesado para revocar la decisión. Sin embargo, sus causales son las mismas, aunque el artículo 69 del CCA y el artículo 93 del CPA aparentemente las apartan frente a la generalidad, empero, esto no es así, toda vez que los recursos ordinarios son viables para impugnar el acto administrativo por contrariar la constitución y la ley o por inconveniencia. Es por esto que no compartimos tesis de algunos doctrinantes que no le dan la connotación de recurso extraordinario a la revocatoria directa.⁷⁷⁹ Ahora bien, es importante recordar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo impide solicitar la revocatoria directa de un acto administrativo por contrariar la constitución y la ley, aunque, en nuestro concepto, este límite no opera en relación con la solicitud de derogación de un acto administrativo de carácter general por no contemplarlo así el legislador.

1. Legitimación

A diferencia de los recursos ordinarios que solo pueden ser interpuestos por el interesado o por su apoderado (numeral 1° del artículo 52 del CCA e inciso primero del artículo 77 del CPA), el recurso extraordinario de revocatoria directa puede ser impetrado por cualquier persona, toda vez que mediante el mismo se busca preservar la legalidad abstracta y la prevalencia del interés público o general sobre el particular injusto (Numerales 1° y 2° del artículo 69 del CCA y numerales 1° y 2° del artículo 93 del CPA). Sin embargo, en el evento de que la persona que solicite la revocatoria directa no sea el directamente afectado con la decisión que se busca revocar, se debe vincular al interesado para que pueda ejercer su debido proceso administrativo. La Corte Constitucional⁷⁸⁰ advierte que la revocatoria directa como recurso extraordinario, es ejercida en interés de la colectividad, así:

Para la Corte la revocatoria directa tiene una naturaleza y un propósito diferente al de la vía gubernativa, pues la primera comporta un auténtico privilegio para la administración, como titular del poder de imperium del Estado y gestora del interés público de eliminar del mundo jurídico sus propios actos por considerarlos contrarios a la Constitución y la ley. De ahí, que esta corporación haya declarado que tal facultad consistente en [...] dar a la autoridad la oportunidad de corregir por ella misma,

⁷⁷⁹ Pedro Antonio Lamprea señala: “No obstante el estado de la cuestión, debe advertirse que, por sus características fundamentales y su régimen, consideramos inadecuadamente atribuirle a la revocación directa carácter de recurso, considerando que sea uno extraordinario. Porque, en esencia, se trata de un procedimiento especialísimo que permite a la administración volver sobre su propia decisión para dejarla sin efecto, cuando inciden claras y terminantes causales. Estas son en definitiva la razón suficiente de su establecimiento”. Anulación de los Actos de la Administración Pública, Segunda Edición 2004, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C.

⁷⁸⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-33, enero 25 de 2002.

inclusive de oficio, ya no con fundamento en consideraciones relativas al interés particular del recurrente sino por una causa de interés general que consiste en la recuperación del imperio de la legalidad o en la reparación de un daño público [...] ⁷⁸¹.

Sin perder de vista lo expuesto en el aparta jurisprudencial transcrito, con las causales de improcedencia consagradas en el artículo 93 del CPA, específicamente las relacionadas con la imposibilidad de recurrir por ilegalidad o inconstitucionalidad y por el impedimento de revocar cuando ya ha caducado el control judicial del acto que se pretende revocar, se aminora de manera ostensible el privilegio de la administración tendiente a eliminar del mundo jurídico decisiones emitidas por ella contrarias a la Constitución o la ley.

2. Oportunidad

El recurso extraordinario de revocatoria directa se puede interponer ante quién profirió el acto o su inmediato superior (art. 69 CCA y art. 93 CPA), siempre y cuando no se haya acudido a la jurisdicción contencioso administrativa y se haya proferido y notificado a la administración el auto admisorio de la demanda o haya caducado el control judicial del acto que se pretende revocar (art. 71, inciso primero del CCA y art. 94 del CPA). Las solicitudes de revocatoria directa (e incluso de derogación de actos administrativos de carácter general que por error en técnica legislativa lo llaman revocación directa), deben resolverse por la autoridad competente dentro de los tres (3) meses siguientes a su presentación (art. 71, inciso segundo del CCA). En el nuevo Código de Procedimiento Administrativo este término se acorta a dos (2) meses y omite referirse a la petición de derogación (Segundo inciso del artículo 95 del CPA). Sin embargo, consideramos que la administración debe estar sujeta a un término en caso de solicitud de derogación, por tanto, pensamos que en este último evento opera el derecho de petición en interés general y la regla general de los 15 días hábiles para resolver.

Es pertinente anotar que la anterior es la regla general, por tanto pueden existir normas especiales al respecto, tal como ocurre con el estatuto tributario en sus artículos 737 y 738-1, donde se establece un término de dos años para interponer la revocatoria directa y un año para resolverla. Otra excepción está contemplada en el artículo 111 del Decreto 807 de 1993, el cual dispone que contra los actos de la administración tributaria Distrital, procederá la revocatoria directa prevista en el CCA, siempre que se ejercite dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria del correspondiente acto administrativo, y serán resueltas dentro del término de un año contado a partir de su petición en debida forma.

⁷⁸¹ Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

Por otro lado, en caso de que transcurran los 3 meses de que habla el inciso segundo del artículo 71 del CCA o los 2 meses que contemplan el inciso segundo del artículo 95 del CPA, sin que se resuelva el recurso extraordinario, procede la acción de tutela con el objeto de obligar a la administración pública a resolverlo de fondo. Lo anterior sin perjuicio de que la administración pública resuelva el recurso extraordinario, pues la ocurrencia de los mencionados plazos no le quita competencia para resolver de fondo⁷⁸².

Finalmente, es importante recalcar que el recurso extraordinario de revocatoria directa se puede impetrar ante el inmediato superior, lo que significa que hay que visualizar dentro de la estructura orgánico funcional de la entidad, cual es el inmediato superior de la autoridad que profirió el acto administrativo que se busca revocar, para incoar el recurso ante el mismo, empero, en caso de equivocación, se considera que el funcionario ante quién se impetró el recurso debe remitirlo al competente conforme a las normas generales del derecho de petición. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Se advierte que la norma se refiere al inmediatamente superior del funcionario que expida el acto, por lo tanto es claro que la norma implica una relación jerárquica en un contexto intra orgánico, es decir, dentro de una estructura o institución jerarquizada, pues no se refiere a la entidad sino a funcionarios de la misma, que están en una relación directa interna de subordinado a superior”⁷⁸³.

El anterior pronunciamiento lo emitió la máxima Corporación de lo contencioso administrativo, al estudiar demanda contra acto administrativo de revocación emitido por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios como consecuencia de un recurso extraordinario incoado contra decisiones emanadas de una empresa de servicios públicos domiciliarios. En dicho pronunciamiento se dejó claro que la Superintendencia no era superior de dicha empresa y, por ende, no se podía atribuir la facultad de conocer a motu proprio del recurso extraordinario de revocatoria directa, como consecuencia, a título de restablecimiento del derecho declaró vigentes los oficios revocados.⁷⁸⁴

⁷⁸² “La misma norma, de acuerdo con un inciso adicionado por el artículo 1º de la ley 809 de 2003, establece que la autoridad competente deberá resolver las solicitudes de revocación presentadas en cuanto a los actos generales, y particulares respecto de los cuales no se haya agotado la vía gubernativa o no se haya admitido la demanda ante el juez administrativo, dentro de los tres meses siguientes a su presentación, lo cual no implica que la autoridad pierda competencia si no lo hace dentro de dicho término”. RODRÍGUEZ R. Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Decimosexta edición, 2008, Temis, página 319.

⁷⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 23 de agosto de 2007. Radicación 25000–23–24–000–2003–00046–02. Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2007, páginas 1999 a 2006.

⁷⁸⁴ Recordemos que el recurso de apelación ante la superintendencia de servicios públicos domiciliarios resulta ser una excepción a la regla general de que dicho recurso lo resuelve el superior jerárquico de quién expidió el acto administrativo, tal como se advirtió cuando abordamos el concepto de la vía gubernativa, posición

Ahora bien, es importante anotar que el primer inciso del artículo 93 del CPA también se refiere a los superiores funcionales, es decir, aquellos que no se encuentran en un contexto - o dentro de una estructura o institución jerarquizada. Tal es el caso de los Personeros Municipales, donde orgánicamente pertenecen a los Municipios, empero, funcionalmente al Ministerio Público. Como corolario, podría pensarse que el nuevo artículo 93 del CPA le permitiría al Procurador General de la Nación, revocar directamente actos administrativos que expidan los Personeros Municipales. Obviamente, en el caso de que quien profirió la decisión no posea superior jerárquico o superior funcional, solo operará la revocatoria directa ante quien emitió el acto administrativo.

3. La cadena interminable de recursos es improcedente

El acto administrativo que se profiera en virtud de la interposición del recurso extraordinario de revocatoria directa, no puede ser objeto de ningún recurso, ya que esto atentaría contra la seguridad jurídica que debe operar en las situaciones administrativas y desvirtuaría la eficacia y la firmeza de los actos administrativos que deciden de fondo una actuación (Inciso tercero del artículo 95 del CPA).⁷⁸⁵

La única posibilidad en que cabrían nuevos recursos, sería que la administración, en la parte resolutive de la contestación, hubiera abordado temas nuevos no tocados antes, en este caso, la impugnación operará sobre los temas nuevos, que en la práctica es cuando se modifica o revoca la decisión inicial, como ya se advirtió anteriormente, aunque también cabría la posibilidad de recurrir en el evento de que se adicionaren en la parte resolutive asuntos no discutidos y solo respecto a los mismos.⁷⁸⁶ Obviamente, frente a estos puntos nuevos también

que es ratificada por el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Al efecto conviene advertir que la competencia asignada a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios para conocer del recurso de apelación contra las decisiones en comento, es una situación jurídica excepcional y, por ende, extraña a la regulación común de ese recurso, más cuando tal competencia está dada a un organismo de inspección y vigilancia del sector de los servicios públicos domiciliarios, lo que la hace partícipe de las decisiones de sus vigiladas, estructuras que por demás tienen el carácter de persona jurídica autónoma, pública o privada, situación que implica que quien controla también interviene en decisiones del sujeto o ente controlado, lo cual normalmente no es acogido en la ciencia de la administración”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 23 de agosto de 2007. Radicación 25000-23-24-000-2003-00046-02. Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2007, páginas 1999 a 2006.

⁷⁸⁵ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 307. “[...] tampoco es desarrollo normal de este procedimiento extraordinario que, decidido el recurso de revocatoria, la decisión genere nuevos recursos ante quién lo decidió o ante su superior, pues ello equivaldría a revivir los términos y a reabrir la oportunidad de la vía gubernativa completa, oportunidad que no es posible rehacer o reconstruir, ya no solo por razones de economía procesal sino en guarda de la ejecutoriedad y eficacia que son la esencia de la actuación administrativa[...].” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de febrero 6 de 1980, C.P. Carlos Galindo Pinilla).

⁷⁸⁶ “[...] esta tesis incluso podría sostenerse frente a actos que resuelvan la revocatoria tratándose de la revocación como recurso, si la administración va más allá del contenido material del acto impugnado.”

operará la vía jurisdiccional, tal como lo reconoce el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Interpretando esa disposición,⁷⁸⁷ la jurisprudencia tiene precisado que en virtud de la misma, el acto que decida la solicitud de revocación directa no tiene recursos, y el que la niegue no constituye acto administrativo definitivo, ya que no hace parte de la vía gubernativa y no genera una situación jurídica nueva o distinta a la del acto administrativo que se solicite revocar directamente, por lo cual no es susceptible de acción contencioso administrativa.

No así el acto que conceda la revocación directa, es decir, el acto revocatorio, que justamente por significar una nueva situación jurídica frente a la del acto revocado, pasa a ser un nuevo acto administrativo, de allí que se considere que la revocación directa es la sustitución o supresión de un acto administrativo mediante otro acto administrativo.⁷⁸⁸

4. Causales de revocación directa

De conformidad a lo contemplado en el artículo 69 del CCA y el artículo 93 del CPA, las causales para revocar directamente un acto administrativo, son las siguientes:

a. Causal de invalidez: En este caso estamos ante los vicios invalidantes de los actos administrativos, los cuales son causales de nulidad de los mismos, tal como lo contempla el artículo 84 del CCA y el artículo 138 del CPA. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha dicho: “Por lo que respecta a la extinción del acto derivada de su oposición manifiesta con la Constitución o la ley, la figura equivale a lo que la mayoría de la doctrina actual reputa como nulidad, consiste en la invalidez de un acto en razón de su ilegalidad[...].”⁷⁸⁹

Ahora bien, es criticable que la normativa en este tópico exija una manifiesta infracción del ordenamiento jurídico superior, pues la naturaleza de la revocatoria

⁷⁸⁷ Se refiere al artículo 72 del CCA

⁷⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 29 de noviembre de 2010. Radicación 11001-03-24-000-2006-00236-00. Consejero ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2011, páginas 564 y 565.

⁷⁸⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, mayo 5 de 1981. En este caso la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo extrae el concepto de anulación de la doctrina española, veamos: “De acuerdo con el criterio que anteriormente sentamos, la anulación consiste en la eliminación de un acto administrativo por razones de legalidad. Ahora bien, una anulación por esta causa puede ser dictada, o bien por el mismo órgano que dictó el acto o por su superior jerárquico –y, en ambos casos, de oficio o a instancia de parte– o bien por la jurisdicción contencioso–administrativa”. GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos, página 670. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

directa no se puede ver obstaculizada ante la inconstitucionalidad o ilegalidad, dado que lo que se busca es extirpar las decisiones contrarias al sistema positivo en procura de mantener la integridad del imperio de la ley, sin que importe una supuesta manifiesta infracción que termina siendo calificada como tal por el operador jurídico según su libre arbitrio. Como corolario y para hacer operativa esta causal, siempre que la autoridad competente adquiera la convicción de que el acto administrativo es contrario a la Constitución o la ley, es nuestro parecer que se configura la manifiesta infracción y en ese sentido se debe sustentar la decisión que revoca.

b. Causal de inconveniencia o inoportunidad: En este evento no se discute la legalidad del acto administrativo sino, su contrariedad con el interés general por ser inconveniente o inoportuno. Sobre esta causal el Consejo de Estado en la jurisprudencia citada en el literal anterior, ha manifestado: “En lo atinente a la supresión del que no esté conforme con el interés público o social o atenté contra él, se configura precisamente la revocación, que, según la opinión prevalente de la doctrina moderna, es el retiro de un acto legalmente válido, por la propia administración que lo había expedido, en razón de la inoportunidad o inconveniencia de aquél frente al interés social; la revocación, pues, se vincula a la “cuestión de mérito” del acto.”⁷⁹⁰

c. Causal de agravio injustificado a una persona: En este evento se busca suprimir del mundo jurídico un acto administrativo contrario a la equidad y a la justicia, entendida como darle a cada cual lo que se merece, ya que en esta ocasión el administrado sufre un detrimento en su integridad sin justo título, el cual puede ser material o inmaterial. En caso de que del mismo acto no se vislumbre el daño, se debe allegar prueba sumaria de su acaecimiento o pedirse la práctica de pruebas para su comprobación, término probatorio que seguirá los lineamientos del trámite de la vía gubernativa ordinaria. Esto último también se predica de la revocación directa oficiosa, pero en lo que tiene que ver con la normativa reguladora de la actuación administrativa.

El consejo de Estado, en la jurisprudencia ya reseñada, dijo: “Por lo que concierne a la aniquilación del acto cuando causa agravio injustificado a una persona, la legislación colombiana introduce una novedosa solución de equidad natural entre las causales de revocatoria, que casi seguramente no ha sido prevista por la doctrina extranjera, ni al parecer consagrada en la legislación de ningún otro país.”

⁷⁹⁰ Concepto también emanado de la doctrina española en los siguientes términos: “Si la revocación consiste en la posibilidad que se atribuye a la Administración de eliminar sus propios actos cuando sus efectos resulten inconvenientes al interés público, quíerece decir que la revocabilidad no es tanto una característica objetiva del acto, cuanto una potestad de que dispone el sujeto que lo emite. Supuesto que la revocabilidad se refiere a actos válidos, su fundamento hay que buscarlo entonces en la disponibilidad que el titular de un acto tiene respecto de sus efectos jurídicos para adecuarlos a sus propios intereses.” GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos, página 668. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

Se puede agregar al aparte jurisprudencial transcrito, que se trata de una clásica alteración de las cargas públicas, donde una persona sufre un daño o precave uno futuro cierto, que no tiene el deber jurídico de soportar. Esta tesis es respaldada por el eminente doctrinante Pedro Antonio Lamprea Rodríguez, quién explica lo siguiente:

En sana hermenéutica, la expresión debe interpretarse más bien como carga, en el sentido de la regla administrativa que impone la igualdad de todos antes (sic) las cargas públicas. En nuestro concepto la noción agravio injustificado coincide con la de daño antijurídico, del artículo 90 de la Constitución. Porque –según se enseña–, con frecuencia el interés público exige el sacrificio de algunos, carga justificada, que no obstante exige la reparación efectiva de la desigualdad, casi siempre mediante una compensación económica, sin que ello impida la acción administrativa en bien de la comunidad.⁷⁹¹

Sin embargo, la reparación del daño a través de una indemnización de perjuicios solo la podrá ordenar la jurisdicción contenciosa administrativa por razones de competencia y de orden presupuestal de índole Constitucional, explicadas acertadamente por el Dr. Carlos Betancur Jaramillo de la siguiente manera: “a. No podrá hacerse ningún gasto público que no haya sido decretado por el Congreso, las Asambleas Departamentales o los Concejos Distritales o Municipales (art. 345, Inc. 2do.); b. No podrá hacerse erogación con cargo al tesoro que no se encuentre incluida en el presupuesto de gastos (art. 345, Inc. 1ro); y c. En la ley de apropiaciones no podrá incluirse partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a la ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las ramas del poder público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo (Artículo 346, Inc. 2do)”⁷⁹². Estos argumentos presupuestales se suman a los efectos ex nunc de la revocatoria directa, los cuales impiden que la administración vuelva sobre sus propios pasos cuando se trata de un daño ya ocasionado y no quede más remedio que acudir a la vía jurisdiccional⁷⁹³. Sin perder de vista lo anterior, consideramos que las reparaciones “in natura” no están proscritas, siempre y cuando no impliquen erogación, como sería el caso de un pronunciamiento de la administración tendiente a dejar incólume el

⁷⁹¹ Anulación de los actos de la administración pública, Segunda Edición, 2004, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C.

⁷⁹² Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Señal Editora, Páginas 173 y 174.

⁷⁹³ Sobre este último tópico, el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente: “[...] el acto de revocación es una decisión administrativa que rige hacia el futuro. En esa medida, la recuperación de los dineros indebidamente pagados solo es posible lograrlo por conducto del juez, que es el competente para definir bien el restablecimiento del derecho y/o la reparación del daño o este solamente, según se trate de la acción contenciosa que sea precisa instaurar”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Ana Margarita Olaya Forero, Bogotá D.C. 16 de julio de 1992, Rad. 23001233100019978732 (ij029). Publicada en Revista Jurisprudencia y Doctrina, *Legis*, de noviembre de 2002, Páginas 2490 a 2511.

buen nombre del administrado, previamente manchado por la decisión que se revoca. Aún más consideramos que figuras como la compensación podría operar, habida cuenta que no se produce una erogación en el erario público, sino, por el contrario, una consolidación de sumas por pagar y sumas por cobrar a favor del administrado, tal como acontecería con descuentos en impuestos futuros ante detrimento patrimonial por el pago de lo no debido.

5. Vacíos

Los vacíos en el trámite de la vía gubernativa extraordinaria se suplen con la regulación propia de la vía gubernativa ordinaria y, en general, por lo contemplado en la normativa de la actuación administrativa.

E. Revocación como mecanismo de la administración

Cuando la administración a motu proprio, decide revocar un acto administrativo particular y concreto por encontrarse enmarcado dentro de las causales contempladas en el artículo 69 del CCA o en el artículo 93 del CPA, deberá cumplir con los siguientes requerimientos:

1. El principio de inmutabilidad de los actos administrativos

De conformidad a lo consagrado en el artículo 73 del CCA e inciso primero del artículo 97 del CPA, cuando la administración pública decida revocar un acto administrativo de carácter particular y concreto, es decir, que cree, modifique o extinga un derecho subjetivo, deberá contar con el consentimiento expreso (por escrito), del titular afectado con la decisión que se pretende revocar, en caso contrario, deberá acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa demandando su propio acto en acción de lesividad (art. 136, Núm. 7mo, CCA e inciso segundo del art. 97, CPA). A esto es a lo que algunos doctrinantes han llamado cosa juzgada administrativa, la cual simplemente es aparente o formal, toda vez que la misma puede desdibujarse ante una decisión judicial, por tanto, nosotros simplemente la denominamos “cosa decidida” o principio de inmutabilidad de los actos administrativos.⁷⁹⁴

⁷⁹⁴ El profesor Gustavo Penagos señala al respecto: “La cosa juzgada administrativa se derivó de la estabilidad jurídica” de algunos actos administrativos, [...] Los actos que gozan de estabilidad jurídica, presentan una sensación de certeza o de seguridad, que deriva de un ordenamiento jurídico, como el caso de los actos de carácter subjetivo a que se refiere el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo. En nuestro ordenamiento jurídico, no existen disposiciones que les den perdurabilidad a un Acto Administrativo, y que hagan pensar que se trata de cosa juzgada, pues la misma ley autoriza demandar el acto, aunque haya concedido un derecho a un particular.” El Acto administrativo, Tomo I, Parte General, Séptima Edición, Ediciones Librería del Profesional, páginas 690 y 691. Otros doctrinantes como el profesor Juan Ángel Palacio Hincapié, acometen el tema de la cosa juzgada administrativa desde la óptica de la imposibilidad de impetrar nuevas peticiones sobre un mismo asunto con el objeto de evitar burlar la caducidad de la acción. Desde nuestro punto de vista creemos que en este último caso es más técnico hablar de la imposibilidad de la cadena

En caso de que la administración revoque un acto administrativo de carácter particular y concreto que reconoce un derecho sin consentimiento del beneficiario, podrá verse sometida a una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo revocatorio por vulneración de las normas en que debería fundarse y expedición irregular. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado a propósito de la revocación unilateral de una Resolución que declaraba ilegal una huelga, acto administrativo que contenía una situación particular y concreta a favor de la empresa afectada con el cese de actividades, veamos:

En el asunto en examen, como quedo consignado en los hechos de la demanda, y no lo discuten, tanto el Ministerio de la Protección Social, como el apoderado del sindicato Sintrateléfonos, ni el coadyuvante, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social expidió la Resolución 864 de 16 de mayo de 2001 por medio de la cual revocó en todas y cada una de sus partes las resoluciones 2286 y 2287 de 9 de octubre de 1997 por medio de las cuales había declarado la ilegalidad del cese de actividades en los términos indicados, sin haber obtenido previamente el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho, es decir, de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá. En esos términos, infringió las normas en que debía fundarse y al mismo tiempo expidió dicho acto de manera irregular, configurándose en esas condiciones la causal de anulación del acto administrativo enjuiciado⁷⁹⁵.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, en el evento de la revocación del acto administrativo que reconoce un derecho a favor de una persona privada o pública,

interminable de recursos o del uso indebido del recurso extraordinario de revocatoria directa para revivir términos judiciales. Dice el profesor Palacio Hincapié lo siguiente: “La Vía Gubernativa se agota solo una vez, no puede proponerse en varias oportunidades. De ahí que si el destinatario de un acto hizo una petición a una entidad y ante la respuesta de ésta interpuso los recursos pertinentes, no puede volver a surtir el mismo trámite para agotar de nuevo la Vía Gubernativa, ya que se ha producido lo que se conoce como una especie de cosa juzgada administrativa y que consiste en que la administración no está obligada a dar respuesta o resolver los recursos sobre los hechos que ya fueron objeto de su pronunciamiento. Lo anterior evita la actitud que asumen algunas personas de sanear una caducidad, tratando de revivir los términos para el ejercicio de la acción”. Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 87. El doctrinante GONZÁLEZ PÉREZ, traído a colación por el profesor FERNANDO GARRIDO FALLA, ha combatido la institución de la cosa juzgada administrativa por las siguientes razones: “A. Que la cosa juzgada implica la imposibilidad de toda nueva declaración sobre la materia resuelta por sentencia firme, mientras que la revocabilidad de los actos administrativos es una de sus características esenciales. B. Que cuando el acto administrativo es firme en vía administrativa, puede, sin embargo, ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa. C. Que en derecho administrativo no puede hablarse de una inmutabilidad de los efectos, porque la Administración puede dictar un segundo acto que, sin revocar expresamente el primero, anule o modifique sus efectos”. GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos, página 667. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

⁷⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 3 de noviembre de 2005. Expediente 3579-01. Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado. Extracto jurisprudencia publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis* de abril de 2006, páginas 707 a 709.

sin el consentimiento expreso y escrito de esta, es viable la acción de tutela por vulneración del debido proceso de la afectada, siempre y cuando esté de por medio un perjuicio irremediable y no exista otro mecanismo idóneo para impedir su ocurrencia⁷⁹⁶, tal como lo explica la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Así, cuando la administración decide revocar un acto de carácter particular, con inobservancia de los pasos antes señalados, se debe admitir que la tutela viene a convertirse en el único mecanismo idóneo de defensa con que cuenta el particular. Esta acción no solo asegura que el individuo puede continuar gozando de sus derechos (seguridad jurídica), mientras la administración no agote las formalidades que el mismo ordenamiento ha impuesto para que ellos sean modificados, sino que mantiene en cabeza de la administración la obligación de poner en movimiento la jurisdicción, al tener que demandar sus propios actos. Esta carga de la administración hace parte del debido proceso que debe ser garantizado al particular, pues la ley ha establecido que es a ella y no al individuo a quien corresponde activar la intervención de la jurisdicción. Lo contrario, es admitir que la administración puede hacer uso de sus atribuciones para burlar los derechos de sus administrados.⁷⁹⁷

Es pertinente anotar lo siguiente: si la administración le solicita al particular beneficiado con el acto administrativo su consentimiento para revocarlo y le explica que el mismo es contrario a derecho y este de manera injustificada y a pesar de que acepta que es ilegal, o sin aceptar tal ilegalidad, adopta una posición caprichosa e infundada en términos legales y no presta su consentimiento, se convierte en titular de un derecho de mala fe, por tanto, a partir de que quede en firme el acto administrativo que finaliza el procedimiento administrativo de revocatoria fallida, los beneficios que obtenga con base en el acto administrativo demandado por la administración en acción de lesividad, podrán ser perseguidos por la misma en sede jurisdiccional y al interior de la misma acción. Tales beneficios se tornan en ilegales porque son el resultado del abuso del derecho y, por ende, no pueden ser protegidos por el ordenamiento jurídico. La administración pública solicitará en sede judicial que el demandado devuelva los dineros obtenidos abusando de su

⁷⁹⁶ Sobre el particular, la Corte Constitucional señala: “En estos eventos, es suficientemente sabido que si una persona natural o jurídica no está conforme con los actos administrativos dictados por la administración, puede acudir a la jurisdicción competente, en donde, además, puede solicitar la suspensión provisional del acto. Es decir, el supuesto afectado con un acto administrativo tiene a su alcance otro medio de defensa judicial, lo que hace a la acción de tutela improcedente, salvo que esté probado que hay un perjuicio irremediable y que se demuestre que ese otro medio de defensa judicial no es suficiente para impedir que tal hecho ocurra”. Corte Constitucional, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-026 de enero 26 de 2006. Exps. T1178940 y T-1180572, acumulados. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista *Tutela de Legis* de marzo de 2006, páginas 381 a 393.

⁷⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-315, julio 17 de 1996.

derecho, a partir del día siguiente de la firmeza del acto administrativo que culmina el procedimiento administrativo de revocatoria directa en forma infructuosa. En todo caso, la administración no puede revocar actos administrativos que no sean susceptibles de dicha medida por no operar alguna de las causales de revocatoria directa ya estudiadas, así obtengan el consentimiento del particular, en virtud del principio de conservación.

2. Excepciones al principio de inmutabilidad de los actos administrativos

La anterior premisa (pedirle consentimiento al beneficiario de un acto administrativo que reconoce un derecho para revocarlo) es la regla general y, como tal, contiene excepciones que la confirman, veamos:

a. El silencio administrativo positivo: Cuando se configura el silencio administrativo positivo y este se encuentra dentro de alguna de las causales de revocación directa contempladas en el artículo 69 del CCA o 93 del CPA, la administración pública, sin pedirle consentimiento al titular afectado con la decisión, podrá proceder a iniciar un procedimiento administrativo de oficio, el cual culminará con la expedición de un acto de revocatoria del acto presunto en el cual se ordenará, la cancelación de la escritura que autoriza el artículo 42 del CCA y el artículo 85 del CPA e iniciar las acciones penales o disciplinarias correspondientes (art. 74, CCA e inciso final del artículo 84 del CPA).

Es importante acotar en este punto que la administración tiene competencia para revocar un acto administrativo presunto con efectos positivos, siempre y cuando se encuentre dentro de las causales contempladas en el artículo 69 del CCA o 93 del CPA, en caso contrario no tendrá competencia en virtud del principio de “automatismo del silencio administrativo positivo”, tal como lo ha aceptado la jurisprudencia en los siguientes términos:

El silencio administrativo positivo también opera por ministerio de la ley, pero a diferencia de lo expuesto en relación con el silencio administrativo negativo, cabe sostener que el mismo si se configura de manera automática, por la sola expiración del plazo consagrado en la norma que así lo prevé, [...]

Como ya quedó indicado, ante la ocurrencia del silencio administrativo positivo y su invocación por el peticionario beneficiario del mismo, la administración pierde competencia para decidir mediante acto administrativo expreso, pues, se insiste, el particular cuenta, por mandato legal, con un verdadero acto administrativo favorable, aunque naturalmente el mismo será ficto o presunto.⁷⁹⁸

⁷⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de marzo de 2007.

Ahora bien, si el beneficiario del acto presunto revocado hubiere actuado de buena fe, este podrá acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para que le reparen el daño configurado o el futuro cierto a través de la indemnización de perjuicios correspondiente por medio de la acción de reparación directa⁷⁹⁹ o a través de una conciliación extrajudicial o judicial (último inciso del artículo 74 del CCA).

Finalmente es importante resaltar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo no distingue entre acto administrativo expreso que reconoce un derecho y acto administrativo presunto con efectos positivos, por tanto, con el advenimiento de la nueva codificación desaparece esta excepción al principio de inmutabilidad de los actos administrativos y, por ende, para poder revocar un acto administrativo presunto con efectos positivos se deberá obtener el consentimiento del beneficiario del mismo y, en caso contrario, acudir a la acción de lesividad en sede jurisdiccional.

b. Que el acto hubiere ocurrido por medios ilegales: Sobre este aspecto, la interpretación del artículo 73 del CCA no ha sido pacífica, es decir, los criterios encontrados han sido múltiples, empero, con el objeto de exponer y dilucidar la controversia hermenéutica, pasaremos a transcribir un aparte jurisprudencial del Consejo de Estado, cuyo contenido no compartimos, así:

Tesis errónea:

Este inciso ha dado origen a diferentes interpretaciones en la doctrina: Una primera posición considera que el precepto consagra dos excepciones a la intangibilidad de los actos de carácter particular y concreto y son las siguientes:

a. La primera es, que pueden revocarse los actos administrativos que resulten de la aplicación del silencio administrativo si se dan las causales previstas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo.

b. La segunda es, que pueden igualmente revocarse “cuando fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales”.

Expediente 14850. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2008, páginas 612 a 627.

⁷⁹⁹ “La acción de reparación directa es procedente para obtener la indemnización de perjuicios causados por un acto administrativo ilegal revocado en sede administrativa, cuando la parte afectada ha solicitado su desaparecimiento por la vía gubernativa o mediante la revocatoria directa como mecanismo de control de la actuación administrativa”. Consejo de Estado, Sentencia del 24 de agosto de 1998, expediente 13.685.

La segunda posición doctrinal estima que el inciso solo consagra una excepción y es la que pueden ser revocados los actos administrativos cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo o cuando fuere evidente que esta misma clase de actos, - los actos del silencio administrativo positivo- ocurrieron por medios ilegales.

Frente a las dos posiciones doctrinales, la Sala considera que la primera es susceptible de reparos dado que de aceptarse haría nugatorio el principio de la intangibilidad de los actos que reconocen derechos o situaciones jurídicas de carácter particular y concreto que pregona el inciso primero, pues serían objeto de revocación así los actos expesos cuando “fuere evidente” su expedición por medios ilegales.

En cambio la segunda posición doctrinal si merece la acogida de la Sala, ya que se ajusta con fidelidad tanto a la letra como al espíritu del inciso segundo del artículo 73 del Código Contencioso Administrativo⁸⁰⁰.

Quienes comparten esta primera posición argumentan que dejar en manos de la administración una concepción subjetiva como lo es que “ fuere evidente” la expedición del acto administrativo por medios ilegales, es una posición extremadamente peligrosa, que atenta contra la seguridad jurídica que debe reinar al interior de un Estado de Derecho, ya que el principio de intangibilidad de los actos administrativos se pondría en entredicho, y la “cosa decidida” (a diferencia de la cosa juzgada en el proceso judicial) en el acto administrativo particular y concreto, pasaría a ser un mero formalismo fácilmente transgredible, que crearía zozobra entre los administrados. Advierten que se debería pensar en todos los derechos subjetivos que podrían ser vulnerados por la administración, esgrimiendo el concepto supuestamente endeble de la “evidente ilegalidad”.

Tesis acorde al ordenamiento jurídico desde nuestro punto de vista:

Sin embargo el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, terminó por acoger la posición contraria a la que se acabó de analizar y contempló que el inciso segundo del artículo 73 del CCA, consagra dos excepciones a la regla general de irrevocabilidad de los actos administrativo sin consentimiento expreso y escrito del particular, así: el advenimiento del silencio administrativo positivo configurado dentro de las causales del artículo 69 del CCA y la ocurrencia de un acto administrativo expreso obtenido a través de la utilización de medios ilegales.

⁸⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Primera, Auto de mayo 2 de 1996, Exp. 2751. Magistrado Ponente Juan Alberto Polo Figueroa.

La ratio decidendi de la providencia en comento fue la siguiente: “La formación del acto administrativo por medios ilícitos no puede obligar al Estado, por ello, la revocación se entiende referida a esa voluntad, pues ningún acto de una persona natural o jurídica ni del Estado, por supuesto, que haya ocurrido de manera ilícita podría considerarse como factor de responsabilidad para su acatamiento. Ello explica por qué, en este caso, el acto administrativo de carácter particular puede ser revocado sin consentimiento del particular.”⁸⁰¹

El Consejo de Estado fundamentó su argumento en pronunciamientos, que a nuestro modo de ver son acordes con nuestro ordenamiento jurídico, del mismo Consejo de Estado y la Corte Constitucional, los cuales han dejado en claro que los derechos adquiridos son aquellos que se obtienen mediante justo título y que en caso de que tal título no sea justo es imposible protegerlo por tener vicios de ilegalidad y ser atentatorio del ordenamiento jurídico y del Estado de Derecho⁸⁰².

La Corte Constitucional ha sido precisa en manifestar que el Estado está obligado a obrar de buena fe y en procura de satisfacer el interés general, por ende, en caso de que una decisión administrativa sea producida a través de maniobras fraudulentas o engañosas se impone su revocación, porque en este evento se estaría favoreciendo a un administrado en particular en detrimento del resto de la población que en un momento dado pueden ser acreedores del mismo derecho pero en un entorno de legalidad.

En uno de aquellos pronunciamientos, la Corte manifestó: “Es indudable entonces, que cuando la autoridad que ha proferido un acto administrativo de carácter particular y concreto, encuentra que el mismo se obtuvo con fundamento en actuaciones ilegales o fraudulentas, tiene la facultad de revocarlo, pues en este caso, el interés que prima es aquel que tiene el conglomerado social en que las actuaciones de la administración no se obtengan por medios que vulneren el ordenamiento jurídico. Ello atenta contra el derecho que tiene la ciudadanía a que las actuaciones del Estado se adelanten en forma equitativa, respetando el derecho que tienen los asociados de acceder a la Administración en igualdad de condiciones, derecho que no puede claudicar en favor de quienes utilizan mecanismos contrarios a la ley para obtener un pronunciamiento favorable a sus intereses”⁸⁰³.

⁸⁰¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Sentencia del 16 de julio de 2002.

⁸⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, 6 de mayo de 1992, Consejera Ponente: Clara Forero de Castro, Expediente: N°4260.

⁸⁰³ Corte Constitucional, Sentencia T-639 del 22 de noviembre de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa, Referencia: Expedientes acumulados T-100.559 Y T-100.563, Publicación: Gaceta de la Corte Constitucional, 1995, Tomo 11, Págs. 681 y ss.

De los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales se infiere que el principio de inmutabilidad de los actos administrativos (irrevocabilidad o intangibilidad), garante de la seguridad jurídica, debe ceder frente al respeto por el derecho a la igualdad y trato con equidad por parte la administración frente a todos los administrados, donde es del interés general que quienes tienen derecho a obtener actos administrativos favorables lo logren y quienes no, se vean imposibilitados a obtenerlos por medios fraudulentos.

En la jurisprudencia que se analiza del Consejo de Estado se advierte que para que se pueda revocar un acto administrativo bajo las condiciones en comento, debe estar inmerso el elemento del dolo, traducido en aquellas maniobras engañosas o fraudulentas que inducen al sector de la administración pública responsable de producir el acto a incurrir en error —es importante referirse al sector de la administración porque la maniobra fraudulenta puede provenir del mismo Estado, empero, de una entidad diferente a la productora del acto o del inferior jerárquico, si es la misma entidad, en cuyo caso quién revoque será el superior—. Este elemento es un requisito sine qua non sin el cual la administración no podrá revocar, por lo tanto, la actuación administrativa se debe dirigir a reunir elementos de juicio que indubitablemente lleven a la administración a adoptar una decisión en este sentido.

La anterior advertencia se hizo bajo los siguientes términos: “Y en esta intelección de la norma es necesario hacer énfasis en el hecho de que la ocurrencia de medios ilegales debe ser debidamente probada. Es decir, se requiere que la actuación fraudulenta aparezca ostensiblemente, pues la revocación por ese motivo no puede ser fruto de una sospecha de la administración. Debe darse una evidencia de que el acto ilícito ha ocurrido por medios ostensiblemente fraudulentos y debidamente demostrada tal situación”.⁸⁰⁴

Ahora bien, se impone señalar antes de abordar la siguiente causal de revocación sin consentimiento del particular, que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha retomado en reciente pronunciamiento la primera posición expuesta líneas atrás, esto es, que la ocurrencia del silencio administrativo positivo hace revocable el acto presunto en dos eventos: cuando se incurra en las causales del 69 o se obtenga por medios ilegales.⁸⁰⁵ Ante lo anterior, es menester expresar que esta decisión es una jurisprudencia aislada que se enruta en contravía de la decisión de sala plena referida líneas atrás, por ende, no puede ser acogida por los operadores judiciales de menor jerarquía (Tribunales y Jueces), no solo porque se torna

⁸⁰⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero, Sentencia del 16 de julio de 2002.

⁸⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Expediente 10227. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2007, páginas 914 a 920

en una sentencia contraria a la línea jurisprudencial decantada por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en pleno, sino también porque constituye una tesis opuesta a postulados constitucionales como los de la igualdad, la buena fe y los derechos adquiridos, tal como se ilustró a lo largo de este literal.

A pesar de lo expuesto en este literal, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo acabó con la posibilidad de revocar actos administrativos, sin necesidad de obtener el consentimiento del titular del derecho carente de justo título, precisamente porque se obtiene por medios ilegales. En efecto, el tercer inciso del artículo 97 del CPA señala de manera expresa: “Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional”. Esta decisión nos parece desafortunada, pues le quita a la administración pública la potestad de revocar decisiones producto de comportamientos ilícitos y la pone a depender de decisiones que emanan de un tercero (el Juez Administrativo), en detrimento del erario público y el principio de legalidad. Piénsese simplemente en el hecho de que la solicitud de suspensión provisional no reúna los requisitos que la ley exige para tramitarla y el Juez la niegue, en tal caso, la administración tendrá que seguir reconociendo, por ejemplo, una mesada pensional obtenida por medios ilegales, hasta que se decida en otro auto la suspensión del caso o en sentencia se declare la nulidad de la decisión, lo cual puede implicar un lapso considerable, situación que resulta absurda porque lo ilegal no puede tener protección por el derecho. En estos casos la administración pública tendría que acudir al Juez penal para que este, en ejercicio de las potestades que le permiten ordenar la cesación de los efectos del delito, le ordene a la autoridad no aplicar el acto obtenido por medios ilegales.

Sin perder de vista lo explicado en el párrafo anterior, los eventos de revocación en sede administrativa sin consentimiento del titular, por autorización especial del ordenamiento jurídico superior, continúan incólumes. Por ejemplo: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) puede revocar, sin el consentimiento de los beneficiarios de una adopción, cuando comete errores en el procedimiento administrativo y cuando se vulneran los derechos fundamentales del menor o de la familia biológica del hijo adoptivo. Es decir que un acto administrativo que aprueba una adopción se puede revocar por cuestiones de fondo o de forma⁸⁰⁶.

Finalmente, no sobra reiterar lo esgrimido en líneas anteriores en el sentido de que el beneficiario de un derecho reconocido por un acto administrativo que no se obtuvo por medios ilegales, se convertirá en titular de mala fe del mismo,

⁸⁰⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-844 de noviembre 8 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt.

en el evento de que no preste su consentimiento para revocarlo de una manera injustificada. En este caso a la administración no le queda más remedio que demandar su propio acto y solicitar a título de reparación del daño los dineros que le siguió pagando al renuente a dar su consentimiento, a partir del día siguiente de la firmeza de la decisión que dio por terminada de manera insatisfactoria la actuación administrativa tendiente a revocar de oficio el acto administrativo respectivo.

c. Errores aritméticos o de hecho: En este evento estamos hablando de meros formalismo o errores accidentales, que no inciden en el sentido de la parte resolutive de la decisión, como sería el caso de expresar que dos más dos es igual a tres (siendo este el resultado justo) o que escriban camisa con “K” (Inciso 3ro del artículo 73, CCA). Es pertinente anotar que esta causal de revocatoria directa sin consentimiento del particular, también está contemplada en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, lo que significa que la administración, en estos eventos, deberá adelantar un procedimiento administrativo de oficio tendiente a corregir la decisión sin necesidad de obtener el consentimiento del titular del derecho.

Frente a esta reglamentación, habría que pensar en el costo-beneficio del asunto y en la vulneración de principios como los de eficiencia, celeridad y economía en los procedimientos administrativos, pues no resulta de sentido común adelantar todo un procedimiento administrativo, que se puede tornar en dispendioso en caso de que no resulte sencillo citar al interesado, para proceder a corregir una situación simplemente formal que no altera el sentido de la decisión, pues la decisión corregida debe ser notificada o comunicada a todos los interesados. Lo anterior no quiere decir que no se requiera procedimiento en este caso, lo que ocurre es que el mismo resultaría inocuo y desgastante a la luz de la nueva codificación ante una publicitación tan exigente, que pudo haberse obviado a través de la simple comunicación por cualquier medio hábil del acto corregido.

Veamos lo que expone el nuevo Código sobre el particular: “En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda”. (Artículo 45 del CPA).

d. Funcionarios de Facto: Debido a que la administración pública no puede ofrecerle ninguna garantía de estabilidad a una persona que logró vincularse a la función

pública sin reunir los requisitos del cargo que ocupa o estando inhabilitada para ostentarlo, se podrá revocar el nombramiento sin necesidad de obtener consentimiento expreso.⁸⁰⁷ Aún más si fue vinculado para una jornada laboral, empero, se le reconoce una remuneración mayor a su equivalente, la administración podrá revocar su nombramiento parcialmente y adaptarlo a la jornada laboral realmente establecida, reduciendo el salario del Servidor público, habida cuenta que su remuneración extra es de facto y no corresponde al ordenamiento jurídico⁸⁰⁸. Obviamente, cuando se trata de elecciones populares no es posible aplicar este tipo de revocatoria directa, pues el elector sería el único con facultad de llevarla cabo. Por otro lado, esta causal es jurisprudencial y, en atención a que frente a la misma no se pronunció el nuevo código de Procedimiento Administrativo, consideramos que sigue vigente.

e. Pensiones reconocidas irregularmente: Es el caso contemplado en el artículo 19 de la Ley 797 del 23 de enero de 2003, al cual hacemos referencia más adelante. Aunque se advierte que esta excepción desapareció por declaratoria de exequibilidad condicionada que se comenta más adelante.

f. Actos condición: Implican revocabilidad sin consentimiento del particular, porque devienen de una situación abstracta a la cual se somete el beneficiario de la misma, con previo conocimiento de causa. Ejemplos clásicos son los actos administrativos de libre nombramiento y remoción o los de cartas de naturaleza. Cabe agregar que en el caso de la facultad de libre nombramiento y remoción no es necesario adelantar procedimiento administrativo alguno. Así mismo, es pertinente señalar que el nuevo Código de

Procedimiento Administrativo no tocó este asunto, por ende, sigue vigente en la actualidad por la naturaleza de los actos condición.

g. Revocación por orden judicial: Es el caso que por decisión judicial de la justicia ordinaria (la justicia contenciosa anula actos administrativos), se ordena la revocación de un acto administrativo, situación que debe estar expresamente contemplada en la Ley. Por ejemplo: el caso del artículo 609 del Código de Comercio, el cual permite que el Juez Civil del Circuito ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio, cancelar el registro marcario por el uso indebido de una marca. Otro caso se encuentra contemplado en el inciso segundo del numeral primero del artículo 681 del CPC, donde se regula el asunto de los embargos y se dispone que si algún bien no pertenece al afectado, el registrador se abstendrá de inscribir el embargo y lo comunicará al juez; si lo registra, este de oficio o a petición de parte ordenará la cancelación del embargo.

⁸⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Bogotá (D.C.), marzo 31 de 1992, Consejero Ponente: Joaquín Barreto Ruiz, Referencia: Expediente No. 4367. Resoluciones Ministeriales. Actor: Doris Ríos Millán.

⁸⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 5 de marzo de 2004, expediente 1942-02, consejera ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

h. Revocación de actos de adjudicación de bienes baldíos: De conformidad a lo contemplado en el artículo 72 de la Ley 160 de 1994, el Incoder podrá revocar directamente en cualquier tiempo, las resoluciones de adjudicación de tierras baldías proferidas con violación a lo establecido en las normas legales o reglamentarias vigentes sobre baldíos. En este caso no se exigirá el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

En este caso la revocación directa procede cuando la resolución de adjudicación se expide con violación de las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes al momento de su expedición. Si esto ocurre, el Incoder puede revocarla, en cualquier momento, de oficio o a solicitud de parte o del Agente del Ministerio Público Agrario, sin necesidad de consentimiento expreso y escrito del titular, aunque se haya acudido a los tribunales administrativos para solicitar su nulidad, tal como lo dispuso el Decreto 230 del 30 de enero del 2008 expedido por el Ministerio de Agricultura. Lo que llama la atención en este tópico es que la administración no pierde competencia para revocar así se le notifique el auto admisorio de la demanda, lo que resulta contrario a lo dispuesto en el CCA y el CPA, por ende, podría predicarse en este caso una eventual ilegalidad del Decreto Reglamentario por vulnerar normas en que debería fundarse.

Por otro lado, el mencionado decreto reglamentario reguló una figura jurídica similar a la revocatoria directa: “la reversión”, a la luz de las competencias otorgadas al Incoder en la Ley 1152 de 2007. Dicha figura opera cuando el adjudicatario particular o la entidad de derecho público infringen las normas de conservación y aprovechamiento racional de los recursos naturales renovables y del medio ambiente, cuando el particular incumple las obligaciones y condiciones de la adjudicación o cuando la entidad de derecho público no destina el terreno a la construcción de obras de infraestructura para la instalación o dotación de servicios públicos o el desarrollo de actividades de interés social o estas no se ejecutan dentro del término señalado. Desde nuestra óptica la reversión es una revocatoria directa del acto de adjudicación pero por la ocurrencia de situaciones posteriores a la expedición del acto administrativo, situación que compagina con la revocatoria clásica cuando la decisión se torna en inconveniente o causa un agravio injustificado.

Finalmente se advierte que la revocación de actos de adjudicación de baldíos sin consentimiento del particular, por estar consagrada en una norma especial, no resulta afectada con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo.

i. Las decisiones adoptadas por las autoridades locales en materia de transporte terrestre automotor pueden ser revocadas por el Ministerio de Transporte sin

consentimiento del titular (art. 60, Ley 336 de 1996): Tal como ocurre con las habilitaciones para operar que benefician a las empresas transportadoras. El Dr. Gustavo Penagos sobre este caso concreto expone:

Un ejemplo de revocación de un acto administrativo, por no cumplir la condición modal, lo ofrece la Ley 336 de 1996, (Estatuto Nacional del Transporte), que autoriza en el artículo 11 conceder a las empresas interesadas en prestar servicio público de transporte autorización para operar; pero en caso que no cumplan las condiciones en las cuales deben operar, la administración puede revocar la habilitación (art. 15 de la L. 336 de 1996).

El ejemplo de la revocación de la habilitación para los transportadores, a que se refiere el artículo 15 de la Ley 336, demuestra que la reserva de revocación se dirige a debilitar la confianza del particular en la permanencia indefinida del acto, lo cual genera como efecto la elusión de indemnización por no haber cumplido con las condiciones.

La habilitación para operar que se autoriza a los transportadores, más que conceder un derecho tolera un uso temporal, y la administración puede aplicar la revocación, en los casos previstos por el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, lo cual constituye una excepción al principio de la intangibilidad de los actos administrativos declarativos de derechos individuales.⁸⁰⁹

Al igual de lo expuesto en el literal anterior, esta forma de revocación sin consentimiento se mantiene incólume a pesar del advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, por encontrarse contemplada en normativa especial.

j. Los actos administrativos de nombramiento: Dado que este tipo de decisiones no reconocen derecho alguno a favor del nombrado, quién solo adquiere estabilidad relativa en un cargo que goce de dicha característica, cuando se posea en el mismo. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

La Sala ha tenido ocasión de manifestar que el acto que revoca un nombramiento, que como bien lo expresa la parte demandante fue lo que sucedió en este asunto al derogarse su designación como Gerente de la Caja de Previsión Departamental, no necesita el consentimiento del empleado

⁸⁰⁹ El Acto Administrativo, Tomo I, Ediciones Librería Del Profesional, Séptima Edición, páginas 336 y 337.

nombrado, ya que esta figura no se rige por las normas consagradas en los arts. 73 y 74 del CCA, pues el nombramiento no es un acto que cree o modifique una situación jurídica particular y concreta o que reconozca un derecho de igual categoría.⁸¹⁰

k. Las licencias ambientales: En virtud de lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 23 de 1973, las autoridades ambientales tiene poder para revisar las condiciones de las licencias ambientales, y si es del caso modificarlas o revocarlas sin consentimiento del titular de las mismas, en caso de que los niveles de contaminación que se producen ya no sean tolerables. El profesor Javier Tamayo Jaramillo explica esta potestad en los siguientes términos:

Ahora, a medida que el desarrollo urbano o técnico lo exigen, el Estado puede reconvenir zonas de forma tal que la contaminación se tolere o se restrinja, de acuerdo con las necesidades. Zonas que en un momento se consideran como industriales, pueden ser convertidas en residenciales, en cuyo caso, el Estado tiene toda la soberanía del caso para imponer las medidas ambientales que las nuevas circunstancias exijan (art. 13 L. 23/73). En Consecuencia, el titular de la licencia ambiental no tiene un derecho adquirido a contaminar indefinidamente, dentro de los mismos niveles autorizados inicialmente.⁸¹¹

Obviamente esta potestad no se ve afectada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo por estar contemplada en norma especial.

l. Acto de adjudicación del contrato estatal: El inciso 3° del artículo 9° de la Ley 1150 de 2007 que modificó la Ley 80 de 1993, dispuso que dicho acto administrativo era revocable por inhabilidad o incompatibilidad sobreviniente o cuando se obtuviera por medios ilegales, veamos: “El acto de adjudicación es irrevocable y obliga a la entidad y al adjudicatario. No obstante lo anterior, si dentro del plazo comprendido entre la adjudicación del contrato y la suscripción del mismo, sobreviene una inhabilidad o incompatibilidad o si se demuestra que el acto se obtuvo por medios ilegales, este podrá ser revocado, caso en el cual, la entidad podrá aplicar lo previsto en el inciso final del numeral 12 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993”. Esta norma no se verá afectada por el nuevo Código dado que se trata de una norma especial.

⁸¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda –Subsección A–, Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda. Bogotá D.C., veintitrés (23) de abril de mil novecientos noventa y ocho (1998). Radicación número: 13509. Actor: Carlos Romero Martínez. Demandado: Departamento del Amazonas.

⁸¹¹ Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial *Legis*, Segunda Edición 2007, página 1228.

m. Revocación de adopciones: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) puede revocar, sin el consentimiento de los beneficiarios de una adopción, cuando comete errores en el procedimiento administrativo y cuando se vulneran los derechos fundamentales del menor o de la familia biológica del hijo adoptivo. Es decir que un acto administrativo que aprueba una adopción se puede revocar por cuestiones de fondo o de forma⁸¹².

n. Fallos disciplinarios absolutorios pueden revocarse por lucha contra la corrupción: En los casos de corrupción, las providencias disciplinarias absolutorias también pueden revocarse. Esta tesis, consagrada en el Estatuto Anticorrupción (L. 1474/11), fue ratificada a través de declaratoria de exequibilidad de varias normas de dicho estatuto que permiten revocar, de oficio o a petición de parte, los autos de archivo o las sentencias absolutorias sobre casos de corrupción pública. Esta providencia de la Corte Constitucional se identifica como la Sentencia C-306 de abril 26 de 2012, Magistrado ponente: Mauricio González.

ñ. Revocatoria del acto administrativo de apertura del proceso de selección de contratistas: Establece el parágrafo 2º del artículo 2.1.1. del Capítulo I del Título II del Decreto 0734 de 2012, que el contenido de los estudios y documentos previos podrá ser ajustado por la entidad con posterioridad a la apertura del proceso de selección. Agrega que en caso de que la modificación de los elementos mínimos señalados en el artículo anotado implique cambios fundamentales en los mismos, la entidad, con fundamento en que la apertura del proceso de selección no está conforme con el interés público, podrá revocar el acto administrativo de apertura. También el parágrafo 2º del artículo 2.2.2. del Capítulo II del Título II del Decreto 0734 de 2012, establece que en el evento en que ocurra o se presente durante el desarrollo del proceso de selección alguna de las circunstancias que conllevan la revocatoria directa de una decisión administrativa, la entidad revocará el acto administrativo que ordenó la apertura del proceso de selección hasta antes de la fecha y hora prevista para la adjudicación del contrato.

o. Las demás que contemple el legislador: Obviamente el legislador está habilitado para regular otras excepciones al principio de inmutabilidad de los actos administrativos de conformidad con el interés general y en búsqueda de materializar los fines estatales.

3. Aspectos procesales

a. Procede de manera oficiosa por la administración pública cuando se observen algunas de las causales contempladas en el artículo 69 del CCA o el 93 del CPA

⁸¹² Corte Constitucional, Sentencia T-844 de noviembre 8 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt.

b. Procede contra los actos administrativos frente a los cuales se hubieren ejercitado los recursos por vía gubernativa. La limitación del artículo 70 del CCA o del artículo 94 del CPA, no opera cuando la revocatoria se utiliza como mecanismo de la administración.

c. Frente al acto administrativo de revocatoria directa se podrán interponer los recursos ordinarios y se podrá acudir a la jurisdicción contenciosa para que decida lo pertinente. En este caso no se aplica la limitación contemplada en el artículo 72 del CCA y en el artículo 96 del CPA, ya que la administración está iniciando un procedimiento administrativo de oficio que altera una situación jurídica en cabeza de un particular.

d. Cuando la administración hace uso de la revocatoria directa, inicia de oficio un procedimiento administrativo tendiente a revocar un acto administrativo particular y concreto, por tanto se hace necesario que la administración aplique todas las normas reguladoras de los procesos administrativos iniciados de oficio, con el objeto de que se le proteja el debido proceso al afectado con la decisión, y con un objetivo muy preciso, se le permita tener la opción de escuchar los motivos que llevan a la administración a revocar el acto que reconoce un derecho y así, pueda decidir si presta o no su consentimiento. En este sentido el párrafo del artículo 97 del CPA, es claro en señalar que en el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa.

Si se trata del silencio administrativo positivo encuadrado dentro de las causales contempladas en el artículo 69 del CCA, o de la obtención de decisión favorable por medios ilegales, o de alguno de los otros eventos contemplados en la ley donde no se necesita prestar el consentimiento y a los cuales se les aplica la primera parte del CCA, el objeto es que se le permita al afectado presentar pruebas y contradecir las que se obtengan durante la actuación administrativa. Y si se trata de la imposición de una sanción o de una carga, la citación al particular afectado busca que este pueda aportar elementos de juicio que fortalezcan aún más el acto administrativo revocatorio. Esto es lo que contempla el inciso primero del artículo 74 del CCA. Ahora, es pertinente anotar que algunos de los eventos que permitían revocar actos administrativos sin consentimiento del particular fueron derogados por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, tal como se precisó líneas atrás, como consecuencia, en relación con los procedimientos administrativos iniciados de oficio tendientes a revocar actos administrativos en esos casos puntuales y que se adelanten bajo la égida de la nueva normativa, se aplica lo comentado en el párrafo anterior.

El Consejo de Estado ha expresado sobre el particular lo siguiente: “[...] para proceder a la revocación de los actos administrativos de carácter particular y concreto, es imprescindible adelantar una actuación administrativa, cuya existencia y objeto debe ser comunicada a quienes con ella puedan resultar afectados en forma directa. A dicha actuación se aplicará, en lo pertinente, lo dispuesto por el Código Contencioso Administrativo en materia de citación a terceros (art. 14) de pruebas (art. 34) de oportunidad para los interesados de expresar sus opiniones como base de decisión (art. 88).”⁸¹³

De lo anterior se puede concluir, que la revocatoria directa podría considerarse en sí misma, un motivo que obliga a la administración a iniciar un procedimiento administrativo de oficio con todas las etapas que lo componen (Actuación Administrativa, Publicitación del acto y Vía gubernativa).

e. En la revocatoria directa iniciada de oficio, esta se puede promover y producir en cualquier tiempo, siempre que en la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se haya dictado y notificado a la entidad el auto admisorio de demanda contra el acto administrativo que se pretende revocar (art. 71, CCA e inciso primero del art. 95 del CPA). Sin embargo, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo sometió la viabilidad de la revocatoria directa iniciada a petición de parte al término de caducidad para el control judicial del acto que se pretende revocar, lo que implica que la revocatoria directa en estos casos ya no se puede realizar en cualquier tiempo (artículo 94 del CPA). En caso de que se revoque en sede administrativa a pesar de la notificación del auto admisorio de la demanda, el juez Administrativo deberá inaplicar el acto que revoca y resolver de fondo el asunto.

f. Mediante este mecanismo la administración no puede obtener el reembolso de lo que hubiere pagado, ya que sus efectos rigen hacia el futuro, y solo a través de las acciones judiciales podrá obtener el mencionado reconocimiento.⁸¹⁴ Empero, solo si trata de beneficiarios de mala fe, porque los de buena fe no están obligados a devolver lo obtenido con la decisión revocada.

Por otra parte, el particular de buena fe afectado con la revocación, podrá hacer uso de la reparación directa con el objeto de obtener una reparación del daño ocasionado con la misma a través de una indemnización de perjuicios, tal como se precisa más adelante.

⁸¹³ Consejo de Estado, Sección Primera, Auto de mayo 2 de 1996, Exp. 3751. Magistrado Ponente Juan Alberto Polo Figueroa.

⁸¹⁴ Sobre el particular, el Consejo de Estado ha dicho: “Se declarará la nulidad del artículo tercero en lo pertinente a la orden de reembolso de las sumas canceladas por concepto de la pensión de jubilación, pues en este evento tales sumas solo serán pasibles de ser recuperadas por la administración a través del ejercicio de las acciones contenciosas pertinentes [...] por cuanto el acto de revocación es una decisión administrativa que rige hacia el futuro. En esa medida, la recuperación de los dineros indebidamente pagados solo es posible lograrlo por conducto del juez, [...]”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 16 de julio de 2002, expediente IJ-029, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero.

El profesor Libardo Rodríguez Rodríguez considera que la revocatoria directa por ilegalidad rige hacia el pasado, equiparándola con la declaratoria de nulidad en sede judicial, al paso que la revocatoria por inconveniencia o daño especial, agrega el connotado doctrinante, rige hacia el futuro. Esta posición no es de recibo dado que somos partidarios de que la nulidad rige hacia el futuro, aunado a que por seguridad jurídica y derechos adquiridos, los actos administrativos no pueden tener efectos *ex tunc*.⁸¹⁵

4. Particularidades

1. Revocación de actos contractuales

De conformidad a lo consagrado en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, los actos contractuales se podrán revocar en cualquier tiempo, siempre y cuando no se hubiere proferido sentencia ejecutoriada sobre el asunto. En este caso se amplía la posibilidad de revocar este tipo de actos administrativos, ya que el espíritu de la Ley 80 es buscar que las controversias contractuales, en su mayoría se arreglen directamente con la administración, evitando así la intervención de la jurisdicción contenciosa administrativa. En los demás aspectos se aplica el Código Contencioso Administrativo o el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, según el caso. Esta misma regla se aplica cuando se pretende revocar fallos disciplinarios (Inciso 2º del artículo 125, Ley 734 de 2002).

2. Revocatoria en la conciliación administrativa (revocación automática)

El artículo 71 de la Ley 446 de 1998 trae una tercera modalidad, además de las contempladas en el primer inciso del artículo 69 del CCA y el primer inciso del artículo 93 del CPA, para hacer efectiva la revocatoria de un acto administrativo, y es el caso de que en una audiencia de conciliación se llegue a un acuerdo parcial o total sobre los aspectos económicos de un acto administrativo, siempre y cuando se presenten las causales contempladas en el artículo 69 del CCA y el artículo 93 del CPA. El mencionado artículo consagra: “[...] cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado[...]”, es decir una revocación *ipso facto* o automática, sin necesidad de acto administrativo que la ordene.

⁸¹⁵ Ver: RODRÍGUEZ R. Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Decimosexta edición, 2008, Temis, página 320.

3. Revocación de pensiones reconocidas irregularmente

El artículo 19 de la Ley 797 del 23 de enero de 2003, autorizaba a la administración pública para revocar actos administrativos que reconocieran pensiones, sin necesidad de obtener el consentimiento expreso del particular, siempre y cuando, a través de un procedimiento administrativo iniciado de oficio, se detectara que la pensión se obtuvo sin el cumplimiento de los requisitos legales para el derecho de la pensión o de la prestación económica o se demostrara de manera plena que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa. Sin embargo, el artículo anotado fue objeto de control constitucional y la Corte Constitucional procedió a declarar la exequibilidad condicionada de dicho artículo en la sentencia C-835 de 23 de septiembre de 2003 en los siguientes términos, conforme lo explica el Consejo de Estado:

- (i) Una vez revisado y definido un asunto, en virtud de la facultad conferida en el artículo 19 de la ley 797 de 2003, la administración no puede seguirlo cuestionando indefinidamente.
- (ii) El incumplimiento de requisitos a que se refiere la norma debe ser determinante para la definición de la situación prestacional.
- (iii) Si de la revisión del reconocimiento prestacional se evidencia que hay un incumplimiento de los requisitos legales, para la revocatoria del acto “[...] será necesario el consentimiento expreso y escrito del titular, y en su defecto, el de sus causahabientes. De no lograrse este consentimiento, la entidad emisora del acto en cuestión deberá demandarlo ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo [...]”.
- (iv) Pero si el incumplimiento de requisitos está tipificado como delito, debidamente comprobado, procede la revocatoria del acto aun sin el consentimiento del particular afectado. [...].
- (v) En cualquier caso la determinación de las irregularidades debe ser consecuencia del procedimiento con base en lo establecido en los artículos 14, 28, 34, 35 y 74 del Código Contencioso Administrativo.⁸¹⁶

Del aparte jurisprudencial transcrito se infiere que la excepción a la inmutabilidad de los actos administrativos que contemplaba el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 desapareció con la sentencia de constitucionalidad referida, por ende, en la práctica esta norma no agregó nada nuevo a lo ya dispuesto en el Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, es importante señalar que, por ser esta norma especial, no puede verse afectada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y, por tanto, la misma posibilita la revocatoria sin consentimiento

⁸¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 16 de abril de 2009. Consejero Ponente: Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2009, páginas 1267 a1270.

del titular del derecho, cuando se obtiene el status pensional por medios ilegales, aun durante la vigencia el nuevo Código de Procedimiento Administrativo.

Es pertinente anotar que las mesadas obtenidas de buena fe, no podrán ser recuperadas por la administración a través de la vía jurisdiccional (Numeral 2do del artículo 136 del CCA), empero, las obtenidas de mala fe, son perfectamente perseguibles por la administración pública a través de la acción de reparación directa, sin perjuicio de las acciones penales y los procedimientos disciplinarios y fiscales a que hubiere lugar⁸¹⁷.

Por otro lado, consideramos que esta excepción solo operaba por razones de ilegalidad, no de inconveniencia o agravio injustificado.

En reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional, se ordenó mediante sentencia de tutela que una pensión que había sido revocada debía seguirse pagando hasta que se demostrara la mala fe del particular⁸¹⁸. Prima facie podría colegirse que la Corte mediante esta decisión dejó sin efectos el artículo 19 de la Ley 797 del 23 de enero de 2003, sin embargo, a nuestro modo de ver y luego de examinar con detenimiento la parte motiva de la providencia en comento, se llega a la conclusión de que en dicho evento se adoptó la decisión en el sentido descrito, en atención a que durante el procedimiento revocatorio se vulneró el debido proceso y el derecho de defensa del pensionado, por tanto, la facultad consagrada en la Ley 797 de 2003 se mantiene incólume, pues si se adelanta el trámite con respeto de la garantías constitucionales anotadas, la legalidad de la revocación es indiscutible. Aunque, se reitera, en la práctica la excepción a la inmutabilidad de los actos administrativos en este caso, desapareció con la exequibilidad condicionada que se comentó en este numeral.

4. Reparación directa cuando la administración pública revoca o deroga un acto administrativo de manera unilateral en detrimento de un particular que hubiere actuado de buena fe

Cuando la administración pública revoca o deroga un acto administrativo lo está sacando del mundo jurídico, lo que implica que pierde su vigencia y por ende deja de producir efectos jurídicos. En estos eventos es imposible demandar el acto administrativo revocado o derogado a través de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho porque el acto administrativo no existe y ante la jurisdicción contencioso administrativa solo se pueden demandar actos

⁸¹⁷ La Corte Constitucional aseveró que en caso de una ilegalidad manifiesta en el acceso a la prestación se debe acatar el procedimiento fijado en las normas correspondientes e iniciar las acciones fiscales, judiciales, penales y disciplinarias tendientes a restituir los recursos y lograr la imposición de sanciones. Ver: Sentencia T-512 de 2012, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

⁸¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-460 de junio 7 de 2007, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

administrativos que existan so pena de rechazo de la demanda⁸¹⁹. Por tanto al perjudicado no le queda más remedio que demandar en acción de reparación directa al interior de la cual se revisará la legalidad o ilegalidad del acto administrativo revocado o derogado y en caso de detectarse la ilegalidad, habrá lugar a la reparación del daño por tornarse en antijurídico, siempre y cuando tal irregularidad provenga de la administración y no como consecuencia del actuar del administrado. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En casos como el presente, se debe considerar la acción de reparación directa dado que el acto administrativo que presuntamente generó los perjuicios desapareció del ordenamiento jurídico, en el momento en que la administración reconoció su error.

En esas circunstancias, es posible afirmar que el daño que se causa a los administrados únicamente se torna antijurídico en el momento en que la administración, reconociendo la ilegalidad del acto, decide retirarlo del ordenamiento jurídico. Con anterioridad a ello, el acto se encontraba protegido por la presunción de legalidad y, en consecuencia, los efectos que generaba se reputaban legales.

En efecto, si se entiende, como lo ha expuesto la jurisprudencia, que únicamente es indemnizable el daño antijurídico y que dicha calificación se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo es posible afirmar que el daño causado por un acto administrativo cobijado por la presunción de legalidad no es antijurídico sino en el momento en que la administración reconoce que el acto es ilegal, lo retira del ordenamiento jurídico y, por lo mismo, desaparece el deber de los administrados de soportarlo.

En conclusión, es procedente la acción de reparación directa para obtener la indemnización de perjuicios causados por un acto administrativo que ha sido revocado por la administración.

Lo anterior no obsta para que, como se dijo en la providencia del 19 de abril de 2001, el juez deba analizar si efectivamente el acto revocado era

⁸¹⁹ Sin embargo en algunas providencias el Consejo de Estado insiste en la posibilidad de demandar actos administrativos derogados o revocados con el objeto de impedir la reproducción del acto por parte de la administración pública (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 21 de julio de 2005, Expediente: 3706. Consejero Ponente: Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá), argumento que consideramos errado, toda vez que en primer lugar, la derogación o revocatoria tienen los mismos efectos de la nulidad, por tanto el Juez es incompetente para pronunciarse sobre la misma por inexistencia de objeto litis y, en segundo lugar, la administración pública debe cuidarse de reproducir un acto considerado por ella misma como ilegal, en caso contrario, las acciones disciplinarias, penales y de repetición no darían espera.

ilegal, si dicha ilegalidad se produjo como consecuencia de la actuación de la administración y si los perjuicios causados son indemnizables.⁸²⁰

Ahora bien, no se puede descartar que existe la posibilidad de demandar la nulidad del acto administrativo que revocó o derogó la decisión de oficio, sin embargo, una posible nulidad no provocaría que el acto administrativo revocado o derogado vuelva a la vida jurídica habida cuenta que, a pesar de que el evento por el cual dejó de existir desapareció del mundo jurídico, es imprescindible su reproducción para que nazca nuevamente a la vida jurídica⁸²¹. Por tanto, a título de reparación del daño, en la respectiva demanda se podría pedir una indemnización de perjuicios porque el acto administrativo revocado ya no producirá más efectos jurídicos, salvo, se reitera, que se reproduzca, en cuyo evento la indemnización operaría por el lapso en que no produjo tales efectos.

Sin perder de vista lo expuesto en este numeral, el Consejo de Estado, en reciente pronunciamiento, cambió la posición jurisprudencial cuyo aparte se transcribió líneas atrás, pues consideró que la interposición de una acción de reparación directa como consecuencia de la revocatoria directa de un acto administrativo, cuando ha expirado el término para promover la acción de nulidad y restablecimiento, evidencia una conducta omisiva del particular, pues no demandó la decisión en término oportuno. Por eso, y para evitar que el objeto y la naturaleza de las acciones contenciosas se sometan a la voluntad del demandante, decidió que los perjuicios que se deriven de un acto administrativo particular y concreto revocado directamente solo pueden reclamarse a través de una acción de reparación directa, si la revocatoria ocurre antes de que caduque la acción de nulidad y restablecimiento del derecho⁸²².

Este pronunciamiento es desafortunado desde nuestra óptica por varias razones, así:

- Cuando la administración pública adopta una decisión esta se presume legal y con la misma crea un ambiente de confianza legítima, por ende, la

⁸²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de julio de 2005. Expediente 27842. Magistrado Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enriquez. Publicada en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2005, páginas 1391 a 1393.

⁸²¹ En este caso se sigue la regla consagrada en el artículo 14 de la ley 153 de 1887, la cual es del siguiente tenor: “Una ley derogada no revivirá por la solas referencias que a ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva.”

⁸²² Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 76001233100019950162801 (15652) de mayo 13 de 2009, Consejera Ponente: Myriam Guerrero. Así mismo: Consejo de Estado 2500023260001998-0128601 (27422) de mayo 13 de 2009, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2009, páginas 1818 a 1829.

revocatoria del acto administrativo es una transgresión a dicho principio y como consecuencia se produce un daño antijurídico que debe ser indemnizado en caso de que se generen perjuicios.

- Considerar que el interesado, al ejercer el recurso extraordinario de revocatoria directa, busca revivir el término que dejó caducar, es presumir su mala fe, presunción contraria a nuestro ordenamiento jurídico (art. 83 de la CP).
- Aunque el nuevo código de procedimiento administrativo limitó la facultad de revocar los actos administrativos a petición de parte al término de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 94 del CPA), norma que convalidó la providencia que en este momento se critica y frente a la cual no estamos de acuerdo como se señaló en su oportunidad, consideramos que con la posición jurisprudencial que se reprocha, se restringe el acceso efectivo a la administración de justicia, pues se imposibilita al administrado interponer el recurso extraordinario de revocatoria directa en cualquier tiempo y, por ende, el perjudicado no podrá solicitar la indemnización de perjuicios a través de la acción de reparación directa como consecuencia de dicha revocación, si la misma no opera dentro de tal término.
- Como corolario de lo expuesto en el punto anterior, actos administrativos ilegales, inconvenientes o que causen un agravio injustificado, no podrán ser revocados a petición de parte luego de que opere la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que los podía controlar judicialmente, lo que generará decisiones que continuarán causando daños antijurídicos con el respaldo del ordenamiento jurídico, situación inaceptable en un Estado de Derecho, pues volver perenne e intocable la ilegalidad por término indefinido, sin posibilidad de corrección ni de reparación del daño a través de la indemnización de perjuicios correspondiente, es una burla al principio de legalidad.

5. terminación anormal de proceso judicial

Señala el párrafo del artículo 95 del CPA que si en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas pueden formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.

CAPÍTULO V. LA FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Introducción

Una vez estudiado todo el procedimiento administrativo general tendiente a producir un acto administrativo, nos corresponde abordar el tema de la firmeza del acto administrativo y, por lo tanto, de la fuerza ejecutoria del mismo, esto es, todas las eventualidades que se pueden presentar con posterioridad a la expedición, publicitación y contradicción del acto administrativo, precisamente cuando nos insertamos en el tema de la viabilidad de la operación administrativa como el instrumento jurídico a través del cual la administración pública plasma en el tráfico jurídico los efectos de una decisión administrativa.

I. Estados jurídicos del acto administrativo

A. Diferentes estados que adquiere el acto administrativo

Como consecuencia de lo expresado en la introducción, se hace necesario precisar una serie de estados o connotaciones jurídicas propias de la naturaleza del acto administrativo, que deben estar perfectamente identificadas para evitar equívocos o confusiones a la hora de estudiar su fuerza ejecutoria, veamos:

1. La existencia del acto administrativo

Se da en el evento en que la Administración Pública adopta una decisión, con todos los elementos del caso (manifestación unilateral de voluntad susceptible de producir efectos jurídicos), de tal manera que solo falta su publicitación para que produzca efectos jurídicos respecto al afectado o afectados, toda vez que a la entidad productora del acto la obliga desde su adopción por principio de conservación, a no ser que sea ilegal⁸²³.

⁸²³ "...La existencia del acto administrativo está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. El acto administrativo existe, tal como lo señala la doctrina, desde el momento en que es producido por la administración, y en sí mismo lleva envuelta la prerrogativa de producir efectos jurídicos, es decir, de ser eficaz. De igual manera, la existencia del acto administrativo está ligada a su vigencia, la cual se da por regla general desde el momento mismo de su expedición, condicionada, claro está, a la publicación o notificación del acto, según sea de carácter general o individual". Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-069, febrero 23 de 1995.

2. La validez del acto administrativo

Es cuando el acto administrativo, una vez se agota la primera etapa del procedimiento administrativo: la actuación administrativa, cumple con todos los requisitos que el bloque de legalidad le exige⁸²⁴, es decir, que la decisión que adopta la administración no se encuentre incurso en alguna de las causales de invalidez del acto administrativo, o, lo que es lo mismo, no se encuentre afectada por los vicios invalidantes contemplados en el artículo 84 del CCA o en el artículo 137 del CPA

Ahora bien, en caso de que el acto administrativo se encuentre inválido, esto no es óbice para que no produzca efectos jurídicos, ya que se encuentra revestido por la presunción de legalidad y como tal, la única manera de extraerlo del mundo jurídico y desvirtuar dicha presunción definitivamente es a través de un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa (nulidad del acto administrativo) o por medio de la revocación de la decisión en sede administrativa (o derogación si es de carácter general), utilizando los recursos ordinarios de la vía gubernativa o el recurso extraordinario de revocatoria directa, o incluso de oficio⁸²⁵. Es necesario advertir que si el acto administrativo inválido no es revocado de oficio o como consecuencia del ejercicio de los recursos ordinarios o el recurso extraordinario de revocatoria directa o anulado por la jurisdicción contencioso administrativa, el mismo existe y produce efectos jurídicos, salvo que sobre él recaiga una suspensión provisional, los cuales en ningún momento son irregulares por sí mismos, ya que es el mismo administrado y la misma administración con su omisión en la utilización de los mecanismos de control legal, los que mantienen con vida la decisión para el mundo jurídico⁸²⁶.

⁸²⁴ “La validez es el resultado de la perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento en la elaboración y expedición del acto administrativo a los requisitos y exigencias establecidos en las normas superiores.” SANTOFIMIO GAMBOA. *Op. cit.* P. 319.

⁸²⁵ “Para comprender el mecanismo de la vía de excepción debemos saber, ante todo, que existe el principio llamado de la presunción de legalidad, según el cual las leyes y los actos administrativos se consideran ajustados a derecho mientras no se demuestre lo contrario. En la práctica este principio se traduce en que los actos mencionados deben ser obedecidos, tanto por las autoridades como por los particulares, desde el momento en que comienza su vigencia y mientras no sean declarados inconstitucionales o ilegales por la autoridad competente, o no pierdan su vigencia por otra causa.” RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimosexta edición, Temis, 2008, páginas 312 y 313.

⁸²⁶ “La eficacia del acto administrativo se debe pues entender encaminada a producir efectos jurídicos. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, pues una decisión administrativa adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, cobijada por presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Así mismo, una decisión viciada de nulidad por no cumplir con todos los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico superior, puede llegar a producir efectos jurídicos por no haber sido atacado oportunamente.” Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-069, febrero 23 de 1995.

Es importante acotar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo en el artículo 88 consagra expresamente la presunción de legalidad del acto administrativo en los siguientes términos: “Los actos administrativos se presumen legales mientras no hayan sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Cuando fueren suspendidos, no podrán ejecutarse hasta tanto se resuelva definitivamente sobre su legalidad o se levante dicha medida cautelar”.

3. La Eficacia del Acto Administrativo

Se presenta cuando el acto administrativo es publicitado, es decir, cuando se da a conocer la decisión adoptada por la administración a los administrados, a través de los mecanismos contemplados en la ley, esto es, la publicación, la comunicación o la notificación y en algunos casos la ejecución, como en el caso de los procedimientos de policía para mantener el orden público. A partir de la publicidad del acto administrativo, este es susceptible de producir efectos jurídicos, es decir, es oponible y tiene fuerza vinculante. Ahora bien, es pertinente anotar que la notificación del acto administrativo no genera automáticamente su aplicación, toda vez que si se impetran los recursos en vía gubernativa, estos se conceden en el efecto suspensivo, lo que ocasiona que los efectos de la decisión permanezcan en suspenso hasta que adquiera firmeza (art. 55 CCA e inciso primero del art. 79 CPA). Aunado a lo anterior, es necesario advertir que la firmeza es imprescindible para operativizar la decisión, tal como se verá más adelante, por tanto, no necesariamente la publicitación basta para tener el camino allanado en lo que concierne a la ejecución del acto administrativo.

4. La firmeza del acto administrativo

Es cuando el acto administrativo cruza el puente de la teoría a la práctica, es decir, cuando se introduce en el mundo fáctico del tráfico jurídico. Cuando un acto administrativo adquiere firmeza jurídica ya no existe ningún obstáculo para la administración, en lo relacionado con la ejecución de los efectos jurídicos del acto administrativo a través de la operación administrativa. Se puede decir que a partir de este momento la administración tiene vía libre para materializar los efectos jurídicos que produce el acto administrativo.

Esta firmeza la puede adquirir el acto administrativo a partir de la publicación o comunicación de la decisión, caso en el cual los fenómenos de eficacia y firmeza del acto administrativo se dan en el mismo momento (actos de carácter general, por ejemplo) o luego de transcurrida la vía gubernativa (actos de carácter particular que le dan fin y deciden de fondo la actuación administrativa o actos administrativos de trámite que ponen fin a la actuación administrativa de manera

anticipada e en continuarla), aún más, a partir de la adopción de la decisión, cuando se trata de procedimientos de policía para restablecer el orden público.

Eventos en los cuales se encuentra en firme el acto administrativo (art. 62, CCA y art. 87, CPA).

a. Cuando contra él no procede ningún recurso. Ejemplo: actos administrativos de carácter general. En este evento no existe término de ejecutoria, es decir, término para interponer recursos en vía gubernativa, por ende, la firmeza se adquiere al día siguiente de la publicación de la decisión.

b. Cuando los recursos interpuestos se hayan decidido. Como corolario la firmeza se adquiere a partir del día siguiente de la notificación del acto administrativo que resuelva el recurso de reposición, el de apelación o el de queja si se confirma el rechazo de la apelación, según el caso. El numeral segundo del artículo 87 del CPA señala como otros dos mecanismos de publicar los actos que resuelven recursos los de publicación o comunicación, asunto que encontramos problemático en atención que las decisiones que resuelven recursos ordinarios deben notificarse en debida forma por cualquiera de las modalidades que contempla la ley, salvo lo que dispongan procedimientos especiales. Por otro lado, recordemos que en caso de que no se resuelvan los recursos, el acto administrativo nunca estará en firme y, por ende, la configuración del silencio administrativo procesal no generará firmeza del acto inicial, lo que implica que este no puede ejecutarse y, en caso de que así se haga, se podrá proponer la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria, sin perjuicio de la acción de reparación directa, en caso de que con la operación administrativa se produzca un daño que deba ser reparado.

c. Cuando no se interpongan recursos. En este evento la firmeza de la decisión se adquiere a partir del día siguiente del vencimiento de los cinco días que se tenían para interponer los recursos. Recordemos que este término se amplió a diez días en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo.

d. Cuando se renuncie expresamente a la utilización de recursos por parte de la persona interesada. Si la renuncia se presenta en la diligencia de notificación personal, a partir del día siguiente de la diligencia anotada adquirirá firmeza la decisión. Si la renuncia se presenta mediante escrito en el transcurso del término para interponer los recursos, el acto administrativo adquiere firmeza a partir del día siguiente de la comunicación del acto administrativo de trámite que acepta la renuncia a la utilización de recursos. Es importante en este último evento conservar el recibido de la comunicación del acto administrativo de trámite que acepta la renuncia, dado que tal recibido permite tener certeza respecto del

momento de la finalización del procedimiento administrativo y de la adquisición de firmeza de la decisión.

e. Cuando se acepte o se dé el desistimiento. A diferencia de la renuncia a la utilización de los recursos a que se hizo referencia en el literal anterior, en este caso los recursos efectivamente se interponen, pero antes de que se resuelvan se desiste de ellos. Sobre el desistimiento la administración deberá pronunciarse mediante acto administrativo de trámite, decisión que se debe simplemente comunicar al administrado porque se trata de una manifestación de mero impulso que no finaliza la actuación administrativa⁸²⁷ sino la vía gubernativa y por ende, el procedimiento administrativo. Ahora bien, a pesar de lo expuesto en este literal, el numeral 4º del artículo 87 del CPA señala que el acto administrativos que acepta el desistimiento de los recursos se notifica, lo cual resulta inocuo porque contra esta decisión no caben recursos, toda vez que al día siguiente de la publicitación el acto administrativo ya se encuentra en firme. De todas maneras bajo la égida del nuevo CPA, deberá llevarse a cabo la diligencia de notificación en este evento por exigencia legal.

El acto administrativo en este evento adquiere firmeza a partir del día siguiente en que se le comunique o notifique al administrado la aceptación del desistimiento a la resolución del recurso o recursos. Es importante que se expida y comunique o notifique el acto administrativo de aceptación del desistimiento, dado que tal decisión permite tener certeza frente al momento de la finalización del procedimiento administrativo y la adquisición de la firmeza de la decisión. No hay que olvidar en este acápite que también opera el desistimiento tácito en la vía gubernativa, por tanto, mediante acto administrativo de trámite que simplemente se comunica se puede dar por terminada esta etapa a raíz de su ocurrencia y la firmeza se generará a partir del día siguiente de dicha comunicación.

Finalmente cabe anotar que la administración pública puede considerar prudente negarse a aceptar el desistimiento por contemplar importante para el interés general resolver el o los recursos, en cuyo evento, dicha negativa se comunicara al interesado y el trámite de la vía gubernativa continuará su curso.

f. Cuando haya lugar a la perención. En este evento la firmeza del acto administrativo se produce al día siguiente de la comunicación de la decisión que declara la ocurrencia de la perención, hace efectiva la caución y ordena el archivo del expediente, en virtud de la no ratificación de la agencia oficiosa de que trata el último inciso del artículo 52 del CCA e inciso séptimo del artículo 77 del CPA

⁸²⁷ Es pertinente recordar que los actos administrativos de trámite que se notifican son aquellos que finalizan una actuación administrativa.

g. Desde el día siguiente al de la protocolización a que alude el artículo 85 del CPA para el silencio administrativo positivo (numeral 5° del artículo 87 del CPA).

5. La ejecutividad del acto administrativo (art. 64, CCA).

Se da cuando el acto administrativo ya se encuentra en firme y, en consecuencia, es de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para el administrado. El tratadista Jaime Vidal Perdomo, aduce que un acto administrativo está revestido del carácter ejecutivo, cuando obliga por sí mismo⁸²⁸. Por ejemplo, desde el momento en que se expide y adquiere firmeza un acto administrativo que contiene una obligación clara, expresa y exigible a favor de la administración, como sería el caso de una suma proveniente de una multa, esta está obligada a cobrar y recibir y el administrado deudor, se obliga a pagar. Es importante señalar que el nuevo Código de procedimiento Administrativo no contempla este estado del Acto Administrativo, sin embargo, no por esto se puede afirmar que haya desaparecido del mundo jurídico, habida cuenta que es evidente su presencia de acuerdo a su definición⁸²⁹.

6. La ejecutoriedad del acto administrativo

Es cuando la administración encuentra vía libre para llevar a la práctica los efectos del acto administrativo que impone deberes positivos o negativos en cabeza de un administrado u otra entidad pública, es decir, cuando no le tiene que pedir permiso a nadie para hacer cumplir la decisión, o sea, por sí misma puede concretizar los efectos jurídicos de la decisión a través de la operación administrativa correspondiente, aún contra la voluntad de los administrados.⁸³⁰ En este caso, el acto administrativo debe estar en firme (art. 64, CCA y art. 89 del CPA). Continuando con el ejemplo expuesto en el acápite anterior, la

⁸²⁸ Derecho Administrativo, Temis Octava Edición, 1985, páginas 246 y 258.

⁸²⁹ Sobre la ejecutividad la doctrina española señala: “El acto administrativo, como emanado de uno de los poderes jurídicos del Estado, aparece, ante todo, como un acto obligatorio cuyos efectos vinculan igualmente a los administrados y a la propia Administración. Esto puede predicarse incluso del acto administrativo defectuoso, en tanto no sea anulado. De aquí que haya podido enunciarse el principio de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, que determina que, como regla, los actos administrativos se tengan por válidos y productores de su natural eficacia jurídica, en tanto un interesado no demuestre su invalidez ante la jurisdicción u Organismo competente. Se trata de una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario: pero la prueba corre a cargo del particular que ha de utilizar en tiempo y forma los recursos procedentes.” GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimocuarta edición, editorial Tecnos, 2005, página 647. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

⁸³⁰ “Ahora bien, la eficacia del acto administrativo también puede darse por la vía de la coacción o eficacia forzada del mismo, ante la oposición del sujeto pasivo para su aceptación y cumplimiento. El artículo 65 del CCA recoge esta hipótesis, habilitando a la administración para la imposición de multas o ejecución directa de lo dispuesto en el acto administrativo a costa del interesado”. SANTOFIMIO GAMBOA. *Op. cit.*, p. 323.

administración podrá adelantar el procedimiento de ejecución coactiva ya sea por vía administrativa o por vía judicial, el cual podría culminar con un remate de bienes embargados del administrado deudor.

Es pertinente anotar que un acto administrativo puede ser ejecutivo y haber perdido su naturaleza de ejecutorio, en el evento que su fuerza ejecutoria desaparezca y, por ende, la administración pública se vea impedida para materializar sus efectos jurídicos por sí misma, sin embargo, en este caso, podrá acudir ante la jurisdicción para hacer efectiva la obligación, siempre y cuando no hubiere prescrito la misma convirtiéndose en natural, ni haya caducado la acción ejecutiva civil o contenciosa ante la administración de justicia.⁸³¹

Ejecución forzosa de la operación administrativa: El artículo 65 del CCA y los artículos 89 y 90 del CPA, consagran herramientas para la administración, en caso de que el particular u otra entidad pública no cumpla con lo dispuesto en el acto administrativo en relación con obligaciones no dinerarias. En este caso, la administración queda habilitada para la imposición de multas⁸³² o ejecución directa, o por medio de contrato, de lo dispuesto en el acto administrativo a costa del interesado⁸³³, siempre y cuando no se trate de obligaciones *intuitu personae*⁸³⁴, o para requerir el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional si es del caso.

⁸³¹ En relación con la diferencia entre el carácter ejecutivo y ejecutorio del acto administrativo, la doctrina explica lo siguiente: “*Si con anterioridad nos hemos referido al carácter ejecutivo de los actos administrativos, ahora debemos encarnarnos con la posibilidad de su ejecución forzosa a cargo de la propia Administración que dictó el acto. Es aquí donde una parte de la doctrina habla de la ejecutoriedad del acto administrativo, como cosa distinta de la ejecutividad. Si ésta es rasgo común de todos los actos administrativos, en cambio la ejecutoriedad solo es propia de aquellos actos que imponen deberes positivos o negativos, cuyo cumplimiento pueda no ser voluntariamente aceptado por el obligado. Naturalmente, la ejecutoriedad presupone que el acto sea ejecutivo, es decir, jurídicamente eficaz*”. GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimocuarta edición, editorial Tecnos, 2005, página 655. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

⁸³² “*La Administración podrá, para conseguir la ejecución de determinados actos a cargo de los particulares obligados, imponer multas coercitivas, reiteradas por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado*”. GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimocuarta edición, editorial Tecnos, 2005, página 660. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

⁸³³ “*por ejemplo, la obligación que se imponga a un administrado de demoler una construcción realizada sin el oportuno permiso, o de revocar la fachada de su casa*”. GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimocuarta edición, editorial Tecnos, 2005, página 660. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

⁸³⁴ “*Un ejemplo tradicional de compulsión sobre las personas para cumplir con una obligación personalísima lo constituía en nuestro Derecho el servicio militar obligatorio*”. GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimocuarta edición, editorial Tecnos, 2005, página 660. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

B. Pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos: (art. 66, CCA y art. 91, CPA).

Son los eventos a través de los cuales el acto administrativo pierde fuerza ejecutoria; es decir, la administración pública se ve imposibilitada de materializar su contenido; se pueden clasificar en dos clases: aquellos que suspenden los efectos jurídicos del acto administrativos y aquellos que implican una pérdida total de la fuerza ejecutoria del mismo.

1. Diferencia entre la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos y la pérdida de existencia de los mismos

- Es importante tener en cuenta que la pérdida de fuerza ejecutoria de las decisiones administrativas no puede ser confundida con la pérdida de existencia de los actos administrativos por la revocación (o derogación si son de carácter general) de los mismos en sede gubernativa ya sea por los recursos ordinarios o por el recurso extraordinario de revocatoria directa o de oficio, ya que la pérdida de fuerza ejecutoria se aviene por situaciones posteriores a la expedición del acto administrativo y no tiene que ver con la voluntad del emisor, salvo cuando no se ejecuta, así: por suspensión provisional, cuando desaparecen los fundamentos de hecho o de derecho, por inejecución por más de 5 años, cuando se cumple una condición resolutoria o cuando pierden su vigencia, al paso que la revocación ocurre por vicios invalidantes en la formación del acto o por la inconveniencia o materialización de un agravio justificado, situaciones que son anteriores o concomitantes o que resultan un efecto directo de lo dispuesto por la decisión administrativa.

El profesor Gustavo Penagos nos explica la naturaleza jurídica de la pérdida de la fuerza ejecutoria de la siguiente manera: “El decaimiento del acto administrativo -en este evento se refiere a la pérdida de fuerza ejecutoria pero impropiaamente lo llama decaimiento-, es una figura jurídica intermedia entre la revocación y la anulación, consistente en que la decisión pierde su eficacia por ocurrir las causales señaladas en la ley (art. 66 CCA) y ocurre por circunstancias o causas ajenas a la voluntad del emisor del acto. Opera en ese caso, una ilegitimidad superviniente, que no es consecuencia de un vicio originario, estructural del acto, sino de una circunstancia posterior que lo hace contrario a derecho”⁸³⁵.

Por ende, aunque la revocación del acto administrativo implica pérdida de fuerza ejecutoria del mismo porque conlleva su inexistencia por ser ilegal, inconveniente o inequitativo, no significa que los demás eventos de pérdida de fuerza ejecutoria

⁸³⁵ El Acto Administrativo, Tomo I, Parte General, Ediciones el Profesional, Página 630.

impliquen inexistencia del acto administrativo, lo que ocurre en estos eventos es la imposibilidad de que la administración pueda operativizarlos unilateralmente, pero seguirán existiendo mientras no sean revocados o derogados en sede administrativa o anulados en sede jurisdiccional.

- Tampoco debe confundirse la pérdida de la fuerza ejecutoria con la pérdida de existencia del acto administrativo por declaratoria de nulidad de la decisión por la jurisdicción contencioso administrativa, ya que la primera hace que el acto administrativo sea inaplicable por causas sobrevinientes que lo hacen contrario a derecho, al paso que la segunda lo extirpa del mundo jurídico por invalidez de conformidad a las causales contempladas en el artículo 84 del CCA o 137 del CPA, es decir, lo desaparece del tráfico jurídico. Es necesario además tener en cuenta que la pérdida de fuerza ejecutoria no se declara en sede jurisdiccional.

2. Eventos que implican la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos.

a. Eventos que implican la suspensión temporal de los efectos jurídicos del acto administrativo

- **La suspensión provisional: (art. 66, núm. 1° y 152 a 159 del CCA, art. 238 de la CP y núm. 1° del art. 91 del CPA).** Esta es una medida cautelar que se presenta exclusivamente por el demandante durante el trámite del proceso contencioso administrativo, cuando el acto administrativo acusado es contrario al Bloque de Legalidad. Esta contradicción se evidencia con la simple comparación entre el texto de la norma y el contenido del acto administrativo. La suspensión provisional, es decir, la imposibilidad de materializar los efectos jurídicos de la decisión objeto de la mencionada medida, se mantiene vigente mientras se tramita el proceso contencioso administrativo, esto es, el que se adelanta en sede jurisdiccional. Por otro lado, es pertinente agregar que si un acto administrativo ya perdió fuerza ejecutoria de antemano, la solicitud posterior de suspensión provisional frente al mismo debe negarse porque resultaría inocua.

- **La inercia, inejecución u omisión del cumplimiento de la operación administrativa para materializar los efectos jurídicos del acto, por parte de la Administración: (art. 66, Numeral 3ro, del CCA y art. 91, numeral 3° del CPA).** En este evento, la administración omite iniciar la operación administrativa correspondiente, es decir, a pesar de que el acto administrativo se encuentra en firme y, por lo tanto es ejecutivo y ejecutorio, la administración no realiza las actividades administrativas necesarias, contenidas en la operación administrativa. Por ejemplo, un acto administrativo que impone una sanción y la administración

no hace los trámites necesarios para que se concretice en el mundo jurídico, como sería el caso de una amonestación escrita con anotación en la hoja de vida, evento en el cual no se le comunica al director de talento humano correspondiente, para que haga la mencionada anotación. Por lo tanto, mientras la administración no inicie la operación administrativa correspondiente, los efectos jurídicos del acto administrativo se encuentran en suspenso, existe entonces una pérdida de fuerza ejecutoria temporal. Esta inercia o inejecución no debe sobrepasar los 5 años porque se tornaría en definitiva.

Nota: El Acto administrativo revocado o derogado no recupera vigencia en el evento de una revocación, derogación, declaratoria de suspensión provisional, o nulidad en sede jurisdiccional del acto que lo revoca o deroga, habida cuenta que a pesar de que desaparece la razón jurídica que le hizo perder vigencia y, por ende, fuerza ejecutoria a la decisión administrativa respectiva, es necesaria su reproducción en un nuevo acto administrativo para que recupere su vigencia. Es importante observar lo que ha dicho sobre el particular el Consejo de Estado en torno a la ley y su diferencia en este punto con la declaratoria de inexecutable, lo cual, desde nuestro punto de vista, es aplicable en materia de actos administrativos, así:

Además, la declaratoria de inexecutable de una norma implica la reincorporación del ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas, siempre que ello se requiera para asegurar la superioridad del texto fundamental. En cambio, una ley derogada no se puede revivir, ni por las referencias que de ella se haga en otras disposiciones ni por el hecho de haber sido abolida la ley que la derogó, porque recobra su fuerza normativa cuando aparezca reproducida en una ley nueva, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887.⁸³⁶

b. Eventos que implican la pérdida definitiva de la fuerza ejecutoria del acto administrativo

-La inercia, inejecución u omisión del cumplimiento de la operación administrativa por más de cinco años:(art. 66, Núm. 3ro, CCA y art. 91, Núm. 3ro, CPA). Es a la administración a la que le corresponde hacer cumplir lo dispuesto en el acto administrativo a través de la operación administrativa. Esta prerrogativa administrativa emanada de la potestad unilateral que le asiste al Estado para crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas (derechos u obligaciones), implica que la Administración tiene la facultad de hacer cumplir

⁸³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de junio 14 de 2007. Radicación 15118. Consejero Ponente: Dra. María Inés Ortiz Barbosa. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2007, páginas 1383 a 1387.

directamente lo dispuesto en el acto administrativo, utilizando la fuerza pública, si es del caso, contra el particular que se resiste (art. 89, CPA). Como corolario de lo anterior, se puede afirmar que es una obligación de la administración operativizar sus decisiones:

- Al quedar el acto administrativo en firme, obliga a la administración (El acto es ejecutivo).
- Aunque el obligado demande la nulidad del acto administrativo respectivo, este solo hecho no impide que el acto administrativo sea susceptible de ejecutarse, ya que, el solo evento de impetrar la acción jurisdiccional no destruye la presunción de legalidad y mientras la jurisdicción contenciosa no falle, el particular debe cumplir lo dispuesto en la decisión (art. 88, CPA).
- La Administración cuenta con los instrumentos jurídicos necesarios para forzar el cumplimiento de lo dispuesto por el acto administrativo, así: decisiones que imponen multas, las cuales son incontrovertibles jurisdiccionalmente porque son actos ejecutorios, y si el administrado aún permanece en rebeldía a pesar de la imposición de las multas, la misma administración, a través de uno de sus agentes, podrá cumplir con lo dispuesto en el acto administrativo a su costa. En este último caso, se debe tratar de obligaciones diferentes a las personalísimas— art. 65 CCA y art. 90 CPA.

Si transcurridos cinco años, contados a partir del momento en que quede en firme el acto administrativo, la administración no lo operativiza, el acto administrativo pierde su fuerza ejecutoria y la administración ya no es competente para ejecutar a motu proprio el acto administrativo. Es en este caso donde se dilucida claramente la diferencia entre el acto administrativo ejecutivo y el acto administrativo ejecutorio, ya que transcurridos los cinco años el acto administrativo ya no es ejecutorio, empero, es ejecutivo mientras no prescriba el derecho que contenga el acto administrativo (Ver: artículos 2535 y siguientes del código civil)⁸³⁷, por ejemplo, si se trata de una obligación clara expresa y exigible, la administración podrá iniciar un proceso ejecutivo en sede jurisdiccional con el objeto de que se haga efectiva la obligación.

El Consejo de Estado expone un ejemplo que ilustra cuando los actos administrativos tienen el carácter de ejecutivos más no el de ejecutorios, veamos: “Actos Administrativos como la resolución 1574 de 12 de noviembre de 1992

⁸³⁷ Obviamente, esta posibilidad que tiene la administración para hacer efectivos derechos a su favor contenidos en actos administrativos, ante la jurisdicción, no cobija la facultad de imponer sanciones, toda vez que se trata de una potestad sancionatoria y no de una obligación clara, expresa y exigible.

tienen, indudablemente, carácter ejecutivo, pero no son ejecutorios, porque la administración no puede ejecutarlos por sí misma o, mejor, no puede ejecutarlos en sede administrativa, sino que debe recurrir a un procedimiento judicial, el del proceso ejecutivo, según lo establecido en los artículos 68 y 252 del Código Contencioso Administrativo y 561 a 568 del Código de Procedimiento Civil.⁸³⁸

Este evento fáctico traído a colación por el extracto jurisprudencial transcrito, se aplica a todas aquellas entidades públicas que carecen de jurisdicción coactiva y deben acudir al proceso ejecutivo contencioso para obtener la solución de obligaciones claras, expresas y exigibles a su favor, contenidas en actos administrativos que ellas mismas han dictado, aunque al parecer el artículo 5° de la Ley 1066 de 2006 le otorgó esta potestad a todas las entidades públicas y el nuevo Código de Procedimiento Administrativo ratifica esta premisa en el artículo 98, en concordancia con el parágrafo del artículo 104 de la misma codificación, aunque deja sin esta potestad a las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación inferior al 50% de su capital y a los entes con aporte o participación estatal inferior al 50%. Como consecuencia, en estos últimos casos se puede aplicar el evento traído a colación por el Consejo de Estado en la providencia referida en este párrafo.

Ahora bien, aunque en principio este término es ininterrumpible, es decir, no puede ser suspendido, el Consejo de Estado ha establecido un caso en particular donde dicha posibilidad sería viable. En efecto, si se profiere un acto administrativo donde se declara la caducidad de un contrato estatal, el término de cinco años se interrumpe cuando la entidad pública interpone la demanda ejecutiva contractual, aunque en realidad, en este caso, no estamos en presencia de la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, sino en la pérdida de ejecutividad del mismo, pues se acude ante un Juez para tramitar el cobro.⁸³⁹ Otro caso que nos permite visualizar la interrupción del término anotado se infiere en materia de jurisdicción coactiva, cuando se libra el mandamiento de pago y este es notificado en debida forma al interesado o curador ad-litem en su defecto, es decir, en este evento también se interrumpe el término de cinco años referido. Así lo consagra el legislador en lo atinente al cobro de multas por infracciones de tránsito, específicamente en el inciso segundo del artículo 159 de la Ley 769 de 2012, modificado por el artículo 26 de la Ley 1383 de 2010 y por el artículo 206 del Decreto Ley 0019 de 2012 (Ley antitrámites): “Las sanciones impuestas por infracciones a las normas de tránsito prescribirán en tres (3) años contados a partir de la ocurrencia del hecho; la prescripción deberá ser declarada de oficio

⁸³⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, Salvamento de voto, Sentencia de febrero 4 de 1999, radicación 1149, Consejero Ponente, Mario Alario Méndez.

⁸³⁹ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 24609 de febrero 19 de 2009, Consejero ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

y se interrumpirá con la notificación del mandamiento de pago. La autoridad de tránsito no podrá iniciar el cobro coactivo de sanciones respecto de las cuales se encuentren configurados los supuestos necesarios para declarar su prescripción”.

Nótese que la norma transcrita confunde prescripción del derecho a cobrar con pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo que impuso la multa, sin embargo, en la práctica los efectos jurídicos resultan idénticos. Por otro lado, se observa un término de pérdida de fuerza ejecutoria por inercia inferior a la regla general contemplada en el Código de Procedimiento Administrativo.

- **La nulidad de los actos administrativos: (art. 66, inciso 1ro del CCA e inciso 1ro del art. 91 del CPA).** Un acto administrativo solo puede ser anulado en sede jurisdiccional, a través de la acción de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho, contractual, electoral, de nulidad de cartas de naturaleza o de nulidad por inconstitucionalidad. Para el estudio de esta causal de pérdida de ejecutoria de los actos administrativos, nos concentraremos en la acción de simple nulidad, es decir aquella que se impetra contra actos generales, por regla general, ya que resulta pertinente en esta oportunidad estudiar las consecuencias de la sentencia que la declara y, de qué manera, se involucra en los efectos jurídicos del acto administrativo general declarado nulo y de los actos administrativos de carácter particular y concreto que se profieran con base en el mismo. Empero, estos efectos de la nulidad se deben extrapolar cuando se declara la nulidad de un acto administrativo de carácter particular, ya que tienen la misma connotación y, por otro lado, es pertinente advertir que la nulidad de los actos administrativos hace que ellos pierdan fuerza ejecutoria, al dejar de existir, es decir desaparecen, veamos:

- La nulidad de un acto administrativo se declara mediante sentencia, en sede jurisdiccional, cuando la decisión se encuentre incurra en alguno de los vicios contemplados en el artículo 84 del CCA o en el artículo 137 del CPA

- La nulidad que se declare de un acto administrativo de carácter general siempre es una, es decir no es relativa (subsancable) o absoluta (insubsancable), siempre será simplemente nula por ser el acto administrativo ilegal, aunque puede versar sobre la totalidad del acto administrativo o sobre un aparte del mismo⁸⁴⁰. Sin embargo, legalmente pueden existir excepciones a esta afirmación, tal como ocurre con la acción especial de nulidad absoluta y relativa de la Decisión 486

⁸⁴⁰ “A diferencia del derecho privado que distingue nulidad absoluta y relativa, la causal de anulación de lo contencioso administrativo, de configurarse según lo previsto en el artículo 84 del CCA, hará anulable el acto administrativo.” LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio, Anulación de los Actos de la Administración Pública, Segunda Edición, Corregida y Aumentada, 2004, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C. – Colombia, página 100.

de 2000 del Acuerdo de Cartagena sobre patentes. Precisamente el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa explica sobre el particular lo siguiente:

Por otra parte, a diferencia de las acciones clásicas del Código Contencioso Colombiano se observa que la Decisión 486 de 2000, incluye la posibilidad de que la autoridad nacional competente, para el caso el Consejo de Estado, se pronuncie respecto de la legalidad de estos actos por la vía de las nulidades absolutas o de las relativas, entendiendo por estas últimas, las que no lograron sanearse al momento del pronunciamiento judicial o por el transcurso del términos (sic) de caducidad señalado en la misma norma.⁸⁴¹

- Los vicios invalidantes se materializan durante la etapa de la formación del acto administrativo, es decir, durante la primera etapa del proceso administrativo (la actuación administrativa), por lo tanto la ineficacia o la falta de firmeza de un acto administrativo no tienen nada que ver con la ilegalidad de la decisión.

-El tratadista Santofimio Gamboa, define la Nulidad como “[...] una sanción nacida de la omisión o incumplimiento de los requisitos o elementos indispensables para la realización del acto y una consecuencia indubitable de estricto origen legal.”⁸⁴²

- Los efectos de la nulidad de los actos administrativos son ex-nunc, es decir operan hacia el futuro, con el objeto de proteger las situaciones jurídicas consolidadas, y de esta manera preservar el orden y seguridad jurídica, necesarios en cualquier estado de derecho.

El consejo de Estado justifica la posición esgrimida anteriormente, en los siguientes términos: “[...] el mundo de las relaciones exige garantía de estabilidad para las mismas, cuando no fueren concretadas bajo la forma que se presumía válida. Esa certidumbre comunica seriedad y seguridad a los actos jurídicos, y también genera armonía social, porque evita distorsión en el tratamiento de los derechos ya individualizados en razón de la ley jurídicamente existente [...]”⁸⁴³ Esta posición también la comparte un sector de la doctrina, la cual explica sobre el particular lo siguiente: “Declarada la nulidad del acto, la nulidad, en materia civil, tiene efecto retroactivo, a diferencia de lo que sucede en derecho administrativo. De lo anterior se infiere que todo acto debidamente expedido debe ser respetado y obedecido (Const., art. 4º, inc. 2º), tanto por la autoridad como por los particulares. Habrá que obrar, frente al acto administrativo, como si fuera legal aunque en realidad no lo sea”⁸⁴⁴

⁸⁴¹ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, página 168.

⁸⁴² Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Página 303, Universidad Externado de Colombia.

⁸⁴³ Sentencia de abril 26 de 1973, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera.

⁸⁴⁴ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio, Anulación de los Actos de la Administración Pública, Segunda

La doctrina italiana es meridianamente clara al explicar que la nulidad civil no se puede equiparar a la nulidad de los actos administrativos, pues en el derecho civil reina la autonomía de la voluntad y la restitución de las cosas a su estado anterior solo afecta patrimonios privados, al paso que en el derecho administrativo opera el principio de autotutela administrativa y las decisiones de la administración deben mantenerse incólumes en cuanto a los efectos producidos por confianza legítima y seguridad jurídica, principios que atañen a todo el conglomerado social y no solo a determinados individuos: “Un sistema de invalidez constituido en un Derecho que encuentra su centro en el problema de la autonomía de los sujetos privados mal se presta a ser aplicado a un derecho que encuentra su centro en el problema de la dialéctica autoridad-libertad”⁸⁴⁵.

-Los actos administrativos que se profieran en razón del acto administrativo general que se declare nulo, durante su vigencia, conservarán su presunción de validez jurídica, la única manera de extirparlos del mundo jurídico es demandándolos ante la jurisdicción contencioso administrativa, dentro del término de caducidad correspondiente, o revocándolos a petición de parte en sede administrativa dentro del mismo término, a la luz de lo dispuesto en el nuevo CPA Sin embargo, tales actos administrativos pierden su fuerza ejecutoria por decaimiento de su fundamento de derecho, es decir, la administración no puede seguir haciéndolos efectivos, empero, los efectos que se hubieren materializado durante el interregno previo a la declaratoria de nulidad del acto general fundante, permanecerán incólumes.

Por ejemplo, un acto administrativo proferido por el Consejo Nacional Electoral, que reconoce unas bonificaciones dinerarias a todos los ciudadanos que voten antes de las tres de la tarde el día de las elecciones. Si este acto administrativo es declarado nulo por violación al derecho de igualdad que le atañe a los ciudadanos que votaron después de las tres de la tarde, quienes hayan recibido bonificaciones a través de actos administrativos de carácter particular y concreto, durante la vigencia del decreto respectivo, mantendrán su validez mientras no sean declarados nulos por la jurisdicción contencioso administrativa sin dejar de advertir que el reembolso es inviable ante beneficiarios de buena fe.

- La nulidad de los actos administrativos de carácter general, que declara la jurisdicción contenciosa administrativa, se equipara a la declaratoria

Edición, Corregida y Aumentada, 2004, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C. – Colombia, páginas 111 y 112.

⁸⁴⁵ GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, vol I, 1950, p.384. Citado por GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General*, Decimocuarta edición, Tecnos, 14ª edición, 2005, con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González. Página 581.

de inexecutable de la jurisdicción constitucional, cuando una ley sea inconstitucional por no ser conforme a lo establecido por la Constitución Política, en cuanto a sus efectos, es decir, tanto la ley como el acto administrativo desaparecen de la vida jurídica y la declaratoria de nulidad como de inexecutable rigen hacia el futuro⁸⁴⁶, como ya se explicó.

- La declaratoria de nulidad de un acto administrativo no opera de oficio, por ende, es necesario pedirla a través de una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa. En este sentido se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos:

Las cuestiones inherentes a la anulación del acto administrativo se emparentan con la legalidad. El funcionario competente está llamado a expedir actos para la ejecución de los deberes a cargo. Salvo casos excepcionales, la iniciativa de anulación del acto proviene de un particular que, bien por consideración de interés general, bien particulares suyas, ejerce la acción de nulidad. En el derecho colombiano no se conoce el régimen de la anulación oficiosa, de tanto desarrollo doctrinal en el derecho argentino.⁸⁴⁷

- Decaimiento del acto administrativo (Numeral 2do, artículo 66 del CCA y numeral 2do, artículo 91 del CPA): Es cuando desaparecen los fundamentos de hecho o de derecho de un acto administrativo, lo que trae como consecuencia su inejecutabilidad por parte de la administración⁸⁴⁸.

Este evento se presenta por circunstancias posteriores a la expedición del acto administrativo, como ejemplos podríamos citar los siguientes:

-En el caso de la desaparición de los fundamentos de derecho, tenemos: un acto administrativo dictado en virtud de una ley, la cual, posteriormente, es declarada

⁸⁴⁶ Es importante anotar que la inexecutable puede ser condicionada, es decir, por decisión de la Corte Constitucional, una providencia de esta naturaleza puede regir hacia el pasado o no entrar a producir efectos jurídicos inmediatamente. Sin embargo, es necesario afirmar que la regla general es que la inexecutable rija hacia el futuro.

⁸⁴⁷ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio, Anulación de los Actos de la Administración Pública, Segunda Edición, Corregida y Aumentada, 2004, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C. – Colombia, páginas 103.

⁸⁴⁸ Algunos autores equiparan pérdida de fuerza ejecutoria con decaimiento del acto administrativo, lo cual es un error, habida cuenta que la primera es el genero y la segunda una de sus especies. En este error incurren doctrinantes como el Dr. Pedro Antonio Lamprea en su obra "Anulación de los Actos de la Administración Pública", Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Segunda Edición, página 504, así: "En relación con sus efectos finales, el decaimiento se condiciona a la ocurrencia de un hecho que implique pérdida de fuerza ejecutoria; configurado tal supuesto, quedará en el mismo estado de la declaración de nulidad, e impedirá que el servidor público pretenda ejecutarlo válidamente, una vez adquiere la connotación de acto decaído".

inexequible por la Corte Constitucional⁸⁴⁹. En este evento el acto administrativo no podrá seguir surtiendo efectos jurídicos, empero, los que hubiere producido, antes de la declaratoria de inexequibilidad, permanecerán incólumes. Es el caso de un acto administrativo de supresión de cargos, el cual trae como consecuencia el retiro del servicio de los funcionarios, si se llegare a declarar inexequible la ley que facultó a la administración para suprimir cargos, los funcionarios que aún no hubieren sido retirados, no podrán serlo, y si se expidiera acto administrativo de retiro, se podrá oponer el afectado al retiro, a través de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria.

Otro ejemplo de esta causal de pérdida de fuerza ejecutoria, está consagrado en el código contencioso administrativo, exactamente en el último inciso del artículo 175 del CCA, disposición reiterada en el inciso segundo del artículo 189 del CPA, respecto de decretos reglamentarios de ordenanzas o acuerdos, así: “Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo [...] municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios”.

- En el evento de la desaparición de los fundamentos de hecho: Es el caso de un acto administrativo que reconoce a los estudiantes de derecho becas para estudiar en la Universidad de París, empero, la Universidad de París desaparece porque entra en quiebra y se vuelve inviable económicamente.

Así mismo encontramos otro caso que genera pérdida de fuerza ejecutoria por desaparición del fundamento de hecho y se da cuando el fundamento de derecho pierde su vigencia por agotamiento de su objeto. Tal sería el caso de un decreto municipal que ordena el cierre de unas vías urbanas con ocasión de una competición ciclística, una vez dicha competición termine, los cierres ordenados pierden fuerza ejecutoria por decaimiento del fundamento de hecho.

Esta causal de pérdida de fuerza ejecutoria está íntimamente ligada con la motivación del acto administrativo, ya que es precisamente su contenido el que contempla los fundamentos de hecho o de derecho que llevaron a la Administración a adoptar una decisión en uno u otro sentido.

⁸⁴⁹ “Un caso muy frecuente de decaimiento es el que se presenta cuando, con posterioridad a la presentación de la demanda, se declara la inconstitucionalidad de la norma que sirvió de fundamento para expedir el acto acusado. En tal caso, ocurre el fenómeno jurídico del decaimiento, por retiro del fundamento de derecho; este caso que sirve de ejemplo, corresponde al supuesto del ordinal 2º, del artículo 66 del CCA, que enuncia la norma como de “desaparición de los fundamentos de hecho o de derecho del acto”. Pedro Antonio Lamprea, *Anulación de los Actos de la Administración Pública*, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Segunda Edición, 2004, página 505.

El Consejo de Estado ha traído a colación los casos que considera, son los eventos que hacen desaparecer los fundamentos de hecho o de derecho de los actos administrativos, a los cuales sumaremos otros que consideramos también generan dicho efecto, veamos:

- a. Derogación o sustitución (subrogación⁸⁵⁰) de la norma legal o el acto administrativo de carácter general en que se fundó el acto administrativo, cuando dicha regla era condición indispensable para su vigencia.
- b. Declaratoria de inexequibilidad de la norma legal hecha por el juez que ejerce el control constitucional.
- c. Declaratoria de nulidad del acto administrativo, de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular.
- d. Desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o de una situación jurídica particular o concreta.⁸⁵¹
- e. Cuando el fundamento del acto administrativo sea constitucional y, a través de un acto legislativo expedido por el congreso, se extinga o modifique.
- f. Cuando el acto administrativo de carácter general se inaplica a través de la utilización de la excepción de inconstitucionalidad o ilegalidad, en cuyo caso el acto administrativo de carácter particular pierde fuerza ejecutoria, en el caso específico donde surte efectos jurídicos la inaplicación.
- g. Cuando el acto administrativo de carácter general, respecto del cual se fundan los particulares, es suspendido en sede jurisdiccional.
- h. Cuando el acto administrativo de carácter general, del cual dependen los actos administrativos de carácter particular y concreto, agote su objeto.
- i. Cuando el acto administrativo de carácter general del cual dependen los actos administrativos de carácter particular y concreto, es suspendido por suspensión

⁸⁵⁰ “La figura de la revocación en el Código Contencioso Administrativo parece estar prevista para los actos generales como para los individuales. Sin embargo, la mayoría de las normas dedicadas a esta institución son fundamentalmente aplicables a los actos individuales, por lo cual puede afirmarse que falta en nuestro estatuto administrativo una regulación para el retiro de los actos generales, fenómeno que se conoce en la práctica y la doctrina jurídicas más propiamente con la denominación de derogación, cuando se quiere indicar simplemente la desaparición del acto de la vida jurídica, o subrogación, cuando se quiere hacer notar que el acto es sustituido por otro”. RODRÍGUEZ R., Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimosexta edición, Temis, 2008, páginas 317 y 318.

⁸⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de agosto 1ro de 1991, C.P. Miguel González Rodríguez.

provisional, revocado, inaplicado por tutela o en ejercicio de la acción popular o en virtud de una decisión de un fiscal o un juez penal para impedir la ejecución del delito.

La Corte Constitucional en una Sentencia de revisión de tutela estableció que la administración pública incurre en una vía de hecho si aplica un acto administrativo decaído, es decir, si continua otorgándole efectos jurídicos, lo que evidencia una vulneración al derecho fundamental del debido proceso administrativo susceptible de amparo por la vía de tutela⁸⁵². Consideramos que esta vía de hecho se extendería a todos los eventos en que la administración pública busque darle efectos jurídicos a un acto administrativo que haya perdido fuerza ejecutoria.

Por otro lado, cuando la administración pública deroga el fundamento que viola el acto acusado durante el proceso judicial, el Juez debe inhibirse para fallar, siempre y cuando el nuevo fundamento compagine con la decisión demandada.

-Cumplimiento de la condición resolutoria (Numeral 4to, Artículo 66, CCA y el numeral 4to, Artículo 91, CPA): Esto se da en el evento de que el acto administrativo se encuentre sometido a un hecho futuro e incierto que de configurarse, produce automáticamente la pérdida de la fuerza ejecutoria de la decisión. Este sometimiento a un hecho futuro e incierto ha sido considerado por la doctrina como una cláusula accesorias del acto administrativo⁸⁵³.

Para poder entender el alcance de esta causal, necesariamente nos tenemos que remitir a los artículos 1530 y ss. del Código Civil, los cuales regulan todo lo concerniente a las condiciones resolutorias. Las condiciones resolutorias pueden ser:

- Positivas: Esto se da en el caso de que la condición depende de que suceda un acontecimiento. Por ejemplo: de que se cumpla la mayoría de edad (art. 1531, C.C.).
- Negativas: Es en el evento de que la condición depende de que no suceda un acontecimiento. Por ejemplo: No ser condenado por hecho punible alguno (art. 1531, C.C.).

La condición que contenga el acto administrativo deberá ser física y moralmente posible, es decir, conforme a las leyes de la naturaleza y a las buenas costumbres aceptadas por el conglomerado y acordes con el bloque de legalidad⁸⁵⁴. Atendiendo

⁸⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-702 de julio 5 de 2005, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas H.

⁸⁵³ VELASCO CABALLERO, Francisco. Las Cláusulas Accesorias del Acto Administrativo. Editorial Tecnos, Madrid, 1996, páginas 78-79.

⁸⁵⁴ “Como pieza conceptual que alimenta la movilidad del ordenamiento jurídico, al conectar la realidad y la

lo anterior, condiciones como ir a Marte o apropiarse de bienes ajenos estarán proscritas y generarían nulidad del acto administrativo por falsa motivación o vulneración de las normas en que debería fundarse (art. 1532, C.C.).

- Pérdida de vigencia (Numeral 5to, art. 66 del C.C.A y numeral 5to, art. 91 del CPA): Un acto administrativo puede perder vigencia por múltiples circunstancias, por lo tanto esta causal es genérica y contempla eventos diferentes a los vistos anteriormente⁸⁵⁵, es decir, estarían inmersas situaciones como las siguientes:

1. Cumplimiento del plazo,
2. revocación en sede administrativa,
3. derogatoria del acto administrativo,
4. Aplicación de la excepción de ilegalidad o inconstitucionalidad donde el acto administrativo pierde vigencia en el caso concreto,
5. cumplimiento de su objeto o agotamiento de su contenido⁸⁵⁶,
6. suspensión de los efectos jurídicos del acto administrativo mediante la acción de tutela⁸⁵⁷,
7. cuando un Juez Penal dispone que no se sigan produciendo los efectos jurídicos de un acto administrativo, con el objeto de que cesen los efectos del delito⁸⁵⁸,

convicciones de las gentes con las normas que los rigen, las buenas costumbres podrán servir para llenar vacíos, para poner en evidencia el carácter desueto de ciertas reglas, pero está del todo claro desde el sistema de fuentes, que no puede suplir las disposiciones del orden positivado y de los principios constitucionales que rigen su interpretación". Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión, Magistrado Ponente: Dr. Juan Carlos Henao Pérez. Sentencia T-629 de 2010. Expediente T-2384611. Acción de tutela instaurada por Lais contra el Bar Discoteca Pandemo, de propiedad del señor Zoto. Bogotá D.C., trece de agosto de dos mil diez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis* de noviembre de 2010, páginas 1969 a 2057.

⁸⁵⁵ No compartimos la tesis del profesor Pedro Antonio Lamprea, cuando circunscribe la causal de pérdida de vigencia solo a tres casos: revocatoria directa, nulidad y cumplimiento del efecto del acto, toda vez que limita de manera injustificada toda una gama de posibilidades que podrían generar pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos (Anulación de los Actos de La Administración Pública, Ediciones Doctrina y ley Ltda., segunda edición, 2004, página 507.).

⁸⁵⁶ Ver: Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Tomo II, Ediciones Librería Del profesional, Séptima Edición, Página 809, quién nos describe un ejemplo de cumplimiento de objeto o agotamiento de su contenido, así: "[...] la expiración del plazo previsto por el acto mismo, es muy frecuente cuando la administración concede vacaciones a un empleado, al finalizar el periodo vacacional, se agota la decisión".

⁸⁵⁷ La Corte Constitucional, en sentencia SU-039, 3 de febrero de 1997, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell, expuso que la tutela procede como mecanismo definitivo para inaplicar actos administrativos incontrovertibles en vía jurisdiccional cómo los de trámite, preparatorios o de ejecución, o como mecanismo transitorio contra las decisiones administrativas controlables judicialmente.

⁸⁵⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de Casación, 11 de diciembre de 2003, radicación 19.775, Magistrado Ponente: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, publicada en revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis*, marzo de 2004, páginas 349 y 350: "Lo que han hecho los falladores, sin desbordar sus facultades penales, es comunicarle a los funcionarios competentes que el acto administrativo objeto de discusión, por tener como base un acto ilícito consistente en haberle reconocido al señor Solano su pensión de jubilación sin haber laborado al servicio del Estado el tiempo que la ley tiene establecido, no puede continuar produciendo

8. inaplicación de acto administrativo como consecuencia del ejercicio de la acción popular, ya como medida cautelar, ya como decisión definitiva.⁸⁵⁹

9. Los fiscales también están facultados para inaplicar actos administrativos, si constatan que es necesario para restablecer los derechos de la víctima de un delito.⁸⁶⁰

3. Pérdida de fuerza ejecutoria por inconstitucionalidad.

Es importante abordar este tema, porque con el advenimiento de la Constitución del 91, la misma adquirió fuerza material y no simplemente formal, como ocurría bajo la égida de la de 1886. Es decir, en este momento se pueden tocar los efectos jurídicos de los actos administrativos sin tener que aplicar más normas que las superiores⁸⁶¹. Por tanto, ahondaremos un poco en el tema del control constitucional y observaremos con detenimiento dos tópicos que resultan importantes para nuestro estudio: la excepción de inconstitucionalidad y el control concentrado de constitucionalidad.

Empero antes de adentrarnos en el estudio de los anteriores conceptos, es pertinente tener claros dos puntos adicionales para evitar confusiones conceptuales, así: el control constitucional y el control difuso constitucional, veamos:

El Control Constitucional: Es aquel que se realiza, cuando se hace una confrontación directa entre la Constitución y una norma de inferior jerarquía. En Colombia el control Constitucional es mixto, es decir, puede ser difuso o concentrado, veamos:

El Control Difuso constitucional: Este control es el ejercido por los Servidores Públicos en general y es realizado a través de mecanismos como la excepción de inconstitucionalidad, las acciones de tutela o de nulidad por inconstitucionalidad de actos administrativos⁸⁶².

efectos en beneficio del sentenciado”.

⁸⁵⁹ Sobre este aspecto remitimos al lector al principio de auto tutela administrativa estudiado páginas atrás.

⁸⁶⁰ Ver: Corte Constitucional, Sentencia T-489, mayo 15/08, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda. En este caso un Fiscal dispuso la suspensión de una resolución que revocó el nombramiento de un Secretario sin que mediara un proceso disciplinario o una calificación de servicios insatisfactoria.

⁸⁶¹ “El nuevo constitucionalismo colombiano, iniciado con el texto promulgado por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, ha venido efectuando un cambio fundamental en el derecho colombiano: los textos constitucionales, y muy en particular aquellos en los que se consagran derechos fundamentales de las personas, se han convertido en principios y reglas directamente aplicables a todo tipo de conflictos jurídicos a resolver por los jueces y funcionarios administrativos en Colombia”. LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, Interpretación Constitucional, 2ª edición, Consejo Superior de la Judicatura (Sala Administrativa – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”-), página 1.

⁸⁶² “[...] dentro del denominado control de constitucionalidad difuso, al que se ha hecho referencia, la Carta Política facultó al Consejo de Estado –realmente a la Sala de lo Contencioso Administrativo– de conocer las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional (art. 237.2 C.N.).” Corte Constitucional. Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

También son mecanismos de control constitucional difuso que solo reposan en manos de la jurisdicción contencioso administrativa las acciones de simple nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, electorales o de cartas de naturaleza, en cuanto a la violación indirecta a la Constitución, cuyo sustento hace parte de la motivación de las demandas que buscan anular actos administrativos.

Ahora bien, para el tema que nos ocupa, esto es, la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, resulta importantísimo abordar el tema de la excepción de inconstitucionalidad habida cuenta que, surge como un mecanismo productor de la pérdida de fuerza ejecutoria de una decisión de la administración pública para un caso concreto.

a. La excepción de inconstitucionalidad

Encuentra su fundamento en el artículo 4to de la Constitución Política, el cual consagra: “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

De conformidad a lo anterior todo Servidor público; ya sea de la rama legislativa, ejecutiva o judicial, perteneciente a órgano autónomo o particular que ejerce funciones públicas; si encuentra que una norma que debe hacer valer es manifiestamente contraria a la constitución, deberá abstenerse de aplicarla para el caso concreto⁸⁶³. Un ejemplo de una norma manifiestamente contraria a la Constitución, sería el caso de que el Gobernador de Antioquia expidiera un decreto departamental, donde autorizara la pena de muerte. Ningún Servidor público del Departamento estaría obligado a aplicar el mencionado decreto y así lo manifestaría a través del acto administrativo pertinente, obviamente amparado en el artículo cuarto de la Constitución Política.

Es necesario advertir que la excepción de inconstitucionalidad opera dentro de seis parámetros muy precisos:

1. No se puede utilizar de manera caprichosa, es decir, debe ser ostensible la contradicción entre la norma jurídica y la constitución, o lo que es lo mismo, debe ser palmaria la pugna entre las dos normas a simple vista, en caso contrario, existen otros medios jurídicos para controlar la inconstitucionalidad.

⁸⁶³ El tratadista José Gregorio Hernández Galindo, explica sobre los titulares de la excepción de inconstitucionalidad, lo siguiente: “Frente al texto vigente, es ineludible la conclusión de que la obligación de todo operador jurídico –tanto en el campo judicial como en el administrativo– es ante todo la de aplicar y hacer efectiva la Constitución. Por lo cual no puede entenderse que solamente los jueces estén llamados a inaplicar las normas que riñen con el ordenamiento fundamental. Quien esté facultado por el sistema para aplicar el derecho lo está para abstenerse de hacerlo si las reglas que normalmente le correspondería hacer valer resultan incompatibles con principios o preceptos constitucionales”. Poder y Constitución, Editorial *Legis*, página 65.

La Corte Constitucional ha dicho al respecto: “[...] Así pues debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango y si no la hay la Constitución Política de 1991, ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa la incompatibilidad entre las mismas por parte de las autoridades con plena competencia para ello [...]”⁸⁶⁴

2. En cuanto a los actos administrativos de carácter particular y concreto que crean derechos a favor de particulares, no es viable utilizar la excepción de inconstitucionalidad para controlarlos, en procura de proteger el principio de la seguridad jurídica, empero, si opera respecto a actos administrativos de carácter particular y concreto que imponen cargas o sanciones. Así mismo, es importante agregar otro caso donde la excepción de inconstitucionalidad operaría, cuando la administración pública decide revocar un acto administrativo que ella misma expidió, a pesar de que se le notificó el auto admisorio de la demanda en contra del acto administrativo que revocó. En este evento no tenía competencia para revocar y, sin embargo, lo hizo. El Juez, en esta específica situación, debe inaplicar el acto administrativo que revoca y pasar a resolver el fondo del asunto en la sentencia respectiva. En este caso es evidente que se transgrede el numeral 6º de la Carta Magna dado que la administración pública se extralimitó en sus funciones.

Sobre este numeral, la Corte Constitucional, en la sentencia reseñada en el numeral anterior, manifestó: “[...] Lo anterior no se predica de la norma jurídica de contenido particular, individual y concreto, que crea derechos en favor de un particular, la cual no puede dejar de aplicarse a través de la excepción de inconstitucionalidad, en presencia de la garantía de que gozan los derechos adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, hasta tanto no sean anulados o suspendidos por la jurisdicción competente, o revocados por la misma administración con el consentimiento expreso y escrito de su titular”.

3. Es posible utilizar el derecho de petición para solicitarle al operador administrativo que utilice la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar determinada norma. En sede judicial dicha solicitud se debe realizar a través de un memorial. En el primer caso tal derecho de petición operaría en la práctica como el ejercicio de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria.

4. Opera a través de un acto administrativo o una sentencia, en este último caso no solo al interior de procesos ordinarios sino también en lo que respecta a acciones constitucionales. Ahora bien, la acción de cumplimiento ofrece comentario aparte, pues a través de ella se puede enjuiciar la legalidad de una excepción

⁸⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-069, febrero 23 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

de inconstitucionalidad tomada en sede administrativa para el caso concreto, tal como lo ha aceptado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

La necesidad de acudir a la excepción de inconstitucionalidad justifica la abstención de la autoridad en la aplicación de la norma incompatible con la Carta. Y, por tanto, no es algo extraño a los mandatos superiores que, habiéndose confiado a los jueces la competencia para resolver acerca de si hay o no cumplimiento, el juez que deba fallar sobre el mismo goce también de autoridad para establecer si se da o no la causa que justifica la inejecución de la norma o acto. Ello, por el contrario, es perfectamente natural y resultaría incoherente el sistema si, ante el alegato de autoridad que aduce haber inaplicado y no incumplido un precepto, el juez careciera de competencia para establecer si se configura o no el motivo de justificación al que la autoridad acude. El juez de cumplimiento no resuelve si la norma o el acto en cuestión son constitucionales o inconstitucionales, y su dictado no afecta la obligatoriedad ni el vigor jurídico general de aquellos. Solamente establece, para el caso específico, si en el ámbito circunscrito a él se ofrece prima facie una abierta e incontrovertible oposición entre normas, que justifique la inaplicación al que procedió el funcionario acusado. Es claro que, si no ha habido una definición erga omnes por el tribunal competente (la Corte Constitucional o el Consejo de Estado) y el juez no encuentra fundada la inaplicación como consecuencia de la excepción de inconstitucionalidad, habrá de declarar que el incumplimiento se configuró y deberá impartir la orden que haga efectivo el mandato inobservado, con efectos exclusivos en ese caso y sin que su sentencia sustituya las providencias que hayan de proferir aquellos tribunales en ejercicio de sus respectivas competencias. A tal punto que si, habiendo hallado fundada la inaplicación en el caso examinado, se produce después una sentencia erga omnes en sentido contrario, ésta prevalece y, respaldada por el tribunal competente la ejecutabilidad de la disposición por ser constitucional, bien podría hacia el futuro intentarse de nuevo la acción de cumplimiento sin que el funcionario encargado de aplicar la norma pudiese ya escudarse en la excepción de inconstitucionalidad para justificar su abstención.⁸⁶⁵

5. La posibilidad de aplicar la vía de excepción está limitada, en la práctica, por el pronunciamiento que llegare a hacer el Juez constitucional sobre la exequibilidad de la ley. Así lo explica el profesor Libardo Rodríguez aunque en relación con la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en los siguientes términos:

⁸⁶⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-600 de 1998.

[...] debe tenerse en cuenta que esa posibilidad aparentemente indefinida de aplicar la vía de excepción está limitada en la práctica por el pronunciamiento que llegare a hacer el juez de lo contencioso administrativo sobre la legalidad o ilegalidad del acto. En efecto, una vez declarada la legalidad del acto en forma definitiva, ninguna otra autoridad podrá dejar de aplicarlo argumentando su posible ilegalidad con base en las mismas razones ya analizadas por el juez.⁸⁶⁶

6. La excepción de inconstitucionalidad es procedente frente a todo tipo de normas de carácter general que contravengan la Constitución Política (leyes o actos administrativos), incluidas las disposiciones societarias o contractuales en general, pues el negocio jurídico es fuente de derecho objetivo, en tanto los particulares o las entidades públicas tienen el poder de crear normas jurídicas de manera convencional. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Si el artículo 4º superior perentoriamente pregona la supremacía de la Constitución en tanto fuente del ordenamiento jurídico y si la Constitución como norma de normas define nuestro sistema de fuentes – y como tal es la primera de las normas de producción- (Kelsen), es claro que dicho mandato no solo se predica de leyes o normas jurídicas proferidas por autoridades regulatorias, sino también de disposiciones societarias (los contratos son leyes para las partes) incluso si su ámbito es *prima facie* restringido.⁸⁶⁷

La excepción de inconstitucionalidad en las sentencias judiciales posee los siguientes efectos jurídicos

1. Inaplica la norma inconstitucional para el caso concreto, pero bajo ningún motivo la desaparece del mundo jurídico. La única manera en que desaparecería la disposición atentatoria de la Carta Magna, sería mediante la declaración de inexecutable de la Corte Constitucional si se trata de una ley, o la declaratoria de nulidad por la jurisdicción contencioso-administrativa si se trata de un acto administrativo, en cuyo caso también operaría con los mismos efectos la revocación o la derogación en sede administrativa, según el caso.

2. Solo produce efectos inter-partes, es decir, se inaplica para el caso concreto que suscitó la controversia pero continua vigente para todos los demás. Sin

⁸⁶⁶ Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimotercera edición, Editorial Temis, 2008, página 316.

⁸⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 27 de abril de 2011. Radicación 11001-03-26-000-1999-00045-01. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2011, páginas 1151 a 1153.

embargo, si se trata de una inaplicación directamente ejercida por la Corte Constitucional a través de sus providencias, podrá tener efectos “inter-pares”.⁸⁶⁸ En la práctica estos efectos inter-pares resultan útiles

“cuando se trata de actos que deben ser sometidos al control de legalidad por parte del Consejo De Estado de normas que aparecen evidentemente contrarias a la Constitución”, en cuyo caso “procede la inaplicación de la norma hasta tanto tal Corporación competente emita el fallo definitivo”.⁸⁶⁹

3. Tal inaplicación la declara el juez en la sentencia como consecuencia de las pretensiones incoadas por la parte demandante, las excepciones propuestas por la parte demandada o aún de oficio.

4. La excepción de inconstitucionalidad tiene como efecto práctico en un proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho, de evitar la indebida acumulación de pretensiones, cuando en dicho proceso se demandan simultáneamente actos administrativos de carácter general y actos administrativos de carácter particular y concreto, solicitándose la inaplicación de los actos generales y la nulidad de los particulares, esto en el caso de que el juez de la causa no sea competente para conocer de la nulidad de los generales.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio, o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley. Agrega que la decisión consistente en inaplicar un acto administrativo solo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte (Artículo 148 del CPA).

⁸⁶⁸ El tratadista Hernández Galindo expresa sobre el particular lo siguiente: “La Corte Constitucional goza, asimismo, de autonomía para determinar los efectos de sus providencias, y en desarrollo de esa prerrogativa, [...] juzgó necesario indicar que cuando en la parte resolutive de una de aquellas sentencias decide inaplicar una norma y aplicar de manera prevalente un precepto constitucional, la resolución adoptada tiene efectos respecto de todos los casos semejantes, es decir produce una consecuencia jurídica Inter Pares, siempre que la excepción de inconstitucionalidad surja palmaria, inmediata y directamente de un cotejo entre el precepto inferior y la Constitución; haya una regla clara de la Constitución que indique la norma aplicable; que la disposición inaplicada regule materias respecto de las cuales la Corte ha sido investida por la Constitución de una responsabilidad especial; y que la decisión de inaplicar haya sido adoptada por la Sala Plena de la Corte en cumplimiento de su función de unificar la jurisprudencia o haya sido reiterada por ella”. Poder y Constitución, Editorial Legis, Páginas 76 y 77.

⁸⁶⁹ BOTERO MARINO, Catalina, La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006, página 165.

b. El control concentrado

Reposa en cabeza de la Corte Constitucional de conformidad a lo consagrado en el inciso primero del artículo 241 de la Carta Magna, el cual reza: “A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”.

Algunos autores abogan para que el control constitucional solo sea concentrado, por seguridad jurídica, así: “Mucho mejor estructurado, coherente y armónico sería un sistema de control concentrado que remitiera toda controversia en asuntos de constitucionalidad a la Corte Constitucional, con independencia de la jerarquía y naturaleza del acto de cuya confrontación se trata”⁸⁷⁰.

Este control se materializa a través de dos maneras: el llamado control previo y el denominado control posterior. Solo para que se tengan presente los eventos en que se materializan estos dos tipos de control, haremos una enumeración de los casos que contemplan⁸⁷¹, así:

Control previo:

- Objeciones presidenciales a proyectos de ley, formuladas por razones de inconstitucionalidad (art. 165 CP).
- El de la decisión, antes del pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una asamblea constituyente para reformar la Constitución, solo por vicios de procedimiento en su formación.
- El de la revisión previa de los proyectos de leyes estatutarias (CP arts. 241, núm. 8 y 153).
- El de la revisión previa de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueban (CP, art. 241, numeral 10).

Control posterior:

- **Por vía de acción pública.**
- **Por vía automática⁸⁷²:**

⁸⁷⁰ José Gregorio Hernández Galindo, Poder y Constitución, Editorial Legis, Página 309.

⁸⁷¹ Sobre este tema se puede consultar la obra Poder y constitución, Autor: José Gregorio Hernández Galindo, Editorial Legis, Páginas 309 y ss.

⁸⁷² El profesor Libardo Rodríguez Rodríguez define este control de la siguiente manera: “En algunos casos excepcionales el control de los actos de las autoridades administrativas, a pesar de ejercerse por las autoridades jurisdiccionales, no es producto de la iniciativa de un ciudadano, mediante el ejercicio de una acción, sino que la Constitución o la ley han previsto que dicho control se lleva a cabo directamente por

- Los referendos sobre leyes, y las consultas populares y plebiscitos del orden nacional. (CP, art. 241, núm. 3o).
- Los decretos dictados por el Presidente de la República en uso de las atribuciones propias de los estados de excepción (CP, arts. 212, 213 y 215).

Para el asunto que nos ocupa, se itera, la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, solo nos ocuparemos de la acción pública de constitucionalidad, en lo que tiene que ver con las sentencias que se dictan en virtud de la misma, toda vez que, tales providencias, en innumerables ocasiones, generan un decaimiento de los fundamentos de derecho de las decisiones que emite la administración pública.

Las Sentencias de Constitucionalidad

a. Producen efectos erga omnes.

b. El contenido del fallo obedece a un control integral ya que versa, no solo sobre una norma determinada, sino, sobre todo un ordenamiento jurídico e, incluso, normas conexas a dicho ordenamiento, confrontado a través de un análisis pormenorizado con toda la normativa constitucional (artículo 46 de la Ley 270 de 1996).

Es pertinente advertir, de conformidad a lo dicho anteriormente, una diferencia sustancial entre la acción de nulidad y la acción de inexequibilidad ya que, en cuanto a la primera, cuando se deniega la nulidad, el acto administrativo podrá ser demandado nuevamente por causales distintas a las esbozadas en la demanda, debido a que la presunción de legalidad que poseen los actos administrativos, implica que la carga de desvirtuarla recaiga en el demandante, al paso que cuando se declara exequible una ley o un artículo de la misma, no se puede volver a demandar porque ha sido confrontada con toda la Constitución, a tal punto que si existieren normas conexas a la declarada inexecutable, también ellas sufrirán la misma suerte.⁸⁷³ Ahora, es importante señalar que en ocasiones la Corte Constitucional restringe sus decisiones a lo alegado en la demanda, en cuyo caso cabrá la posibilidad de demandar nuevamente, tal como ocurre con la acción de nulidad⁸⁷⁴.

la autoridad jurisdiccional correspondiente, de manera automática". Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimosexta edición, Temis, 2008, página 311.

⁸⁷³La jurisprudencia de la Corte ha sido reiterada en el sentido de que, cuando entre dos o más preceptos existe unidad normativa, aunque se encuentren incluidos en leyes o estatutos diferentes, la inconstitucionalidad de uno de ellos, implica la de los demás, motivo suficiente para que esta Corporación, en ejercicio de su función de control, en defensa de la integridad y supremacía de la carta, tenga la facultad de declarar la inexecutable del conjunto de normas aunque algunas de ellas no hayan sido demandadas[...]. Corte Constitucional, Sentencia C-344 de 1995, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

⁸⁷⁴ El Consejo de Estado explica sobre el particular: "Este alcance relativo de la cosa juzgada se presenta también, bajo ciertas condiciones, en las acciones públicas de inconstitucionalidad, frente a las cuales se ha indicado

c. La cosa juzgada constitucional solo opera frente a los pronunciamientos de constitucionalidad relacionados con la carta de 1991 y no toca la llamada cosa juzgada relativa, es decir, la proferida bajo la vigencia de la constitución de 1886 por la Corte Suprema de Justicia, con el objeto de preservar derechos adquiridos.

d. Por regla general sus efectos son ex-nunc (hacia el futuro), empero, la corte constitucional podrá disponer que sus sentencias de constitucionalidad produzcan efectos jurídicos bajo otros parámetros, es decir, que sean moduladas, por ejemplo, con efectos retroactivos, o suspensivos, a través de condicionamientos, interpretaciones, sentencias integradoras, revivir normas derogadas cuya derogación se torna en inconstitucional, etc. Es el caso de la sentencia de constitucionalidad que declaró inexecutable el sistema UPAC, la Corte Constitucional estableció que su decisión solo produciría efectos jurídicos en un plazo perentorio, mientras el Gobierno establecía un sistema paralelo acorde con la Constitución (UVR)⁸⁷⁵. La Corte no tiene límites para fijar los efectos de sus sentencias.

e)- Solo opera frente a leyes emanadas del Congreso o actos con fuerza de ley.

4. Mecanismos a través de los cuales se controla la pérdida de fuerza ejecutoria

a. Excepción de pérdida de fuerza ejecutoria

Se encuentra regulada por el artículo 67 del CCA y el artículo 92 del CPA, consiste en la posibilidad que tiene el administrado de oponerse por escrito a la ejecución de un acto administrativo de carácter particular y concreto, alegando la pérdida de fuerza ejecutoria del mismo, por estar incurrido en alguna de las causales contempladas en el artículo 66 del C.C.A o el artículo 91 del CPA. En este evento la autoridad que haya iniciado la operación administrativa, la suspenderá, mientras decide si se dio o no la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo. El término para resolver será de quince (15) días, contados a partir del día siguiente a la recepción del documento respectivo, y frente al acto administrativo que decida la pérdida de fuerza ejecutoria no procederá ningún recurso.

que en principio debe entenderse que toda sentencia de constitucionalidad hace tránsito a cosa juzgada absoluta, salvo que la propia corporación, bien de manera explícita en la parte resolutive, o bien de manera implícita en la parte motiva, restrinja el alcance de su decisión a los cargos analizados en la sentencia (Sentencia C-584/2002), en cuyo caso se admite que la norma sea demandada nuevamente por otros cargos distintos (sent- C-914/2004 y C-422/2006, entre otras).” Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 29 de abril de 2008. Radicación 1878. Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina. Extracto doctrinal publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2008, páginas 1134 a 1141.

⁸⁷⁵ Sentencia C-383 de 1999.

Es pertinente anotar que el escrito contentivo de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria comparte la naturaleza del derecho de petición, por tanto, es viable que se proteja a través de la acción de tutela o que produzca el silencio negativo, aunque el acto presunto que resultare del mismo sería incontrovertible en vía gubernativa, tal como se advirtió en el párrafo anterior, como corolario se pone en duda la utilidad de dicha decisión presunta, a más de ser una prueba fehaciente de la vulneración del derecho de petición⁸⁷⁶. Por otro lado, si a pesar de estar pendiente la resolución de la excepción, se operativiza el acto, la operación es irregular y procede la acción de reparación directa.

Cabe anotar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativa permite controvertir judicialmente el acto administrativo que resuelve el derecho de petición tendiente a ejercer la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria, lo cual se nos antoja poco técnico. En efecto, cuando estamos en presencia de la pérdida de la fuerza ejecutoria, el asunto debate la procedencia o no de una operación administrativa, por ende, todas las decisiones que se profieran al interior de la misma son actos administrativos ejecutorios incontrovertibles judicialmente. Por tanto, consideramos que lo procedente es la acción de reparación directa por la irregularidad de la operación administrativa que se realiza a pesar de que el acto que la fundamenta perdió fuerza ejecutoria, en caso contrario, y conforme a los lineamientos del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, la acción de nulidad y restablecimiento correspondiente buscaría declarar la ilegalidad del acto administrativo que se negó a interrumpir la mencionada operación administrativa y a título de reparación del daño la indemnización de perjuicios correspondiente, sin embargo, al demandante se le acorta el término de caducidad de 2 años a 4 meses.

b. Acción de nulidad y restablecimiento del derecho

Es menester advertir, que la pérdida de fuerza ejecutoria solo se puede declarar en sede administrativa, aunque, en cuanto a este fenómeno, la jurisdicción contencioso administrativa podrá declarar la nulidad, no del acto administrativo que perdió la fuerza ejecutoria, sino de los actos administrativos que se profieran, sustentados en un acto administrativo que perdió su fuerza ejecutoria. Normalmente este fenómeno se da cuando pierde fuerza ejecutoria el acto administrativo de carácter general, sustento jurídico de actos administrativos de carácter particular y concreto que se profieren con posterioridad a tal pérdida.

⁸⁷⁶ El profesor Pedro Antonio Lamprea anota lo siguiente: “El funcionario se abstiene de resolver. En este caso, la disposición legal permite entender que el escrito de objeción no constituye un recurso, sino que se trata de una petición. De aquí habría que concluir entonces que el silencio administrativo negativo consiguiente, se configurará tres meses después de presentado el escrito.” Anulación de los Actos de la Administración Pública, Ediciones Doctrina y Ley Ltda [...], segunda edición, 2004, página 508.

El Consejo de Estado, sobre lo mencionado en el párrafo anterior, ha dicho:

La pérdida de fuerza ejecutoria solo puede ser objeto de declaratoria general, en sede administrativa, ya de manera oficiosa por la autoridad que profirió el acto, o en virtud de la excepción consagrada en el artículo 67 del CCA, que el interesado puede interponer ante la ejecución del acto administrativo que se estime ha perdido dicha fuerza.

En sede jurisdiccional puede si ser invocada, pero no para que se haga tal declaratoria, sino como circunstancia que pueda afectar la validez, ya no del acto que se estima ha sufrido tal fenómeno, sino la de los actos administrativos que se llegaren a producir con fundamento en éste, caso en el cual, tratándose de la acción de nulidad, esta situación podría resultar encuadrada en algunas de las causales previstas en el artículo 84 del CCA, como la falsa motivación o la expedición irregular, etc. [...] según las circunstancias concretas en que se produzcan los actos derivados de la aplicación del que se considera ha perdido su fuerza ejecutoria [...] ⁸⁷⁷.

c. Acción de tutela por vulneración del debido proceso

Como ya se anotó, la Corte Constitucional en una Sentencia de revisión de tutela estableció que la administración pública incurre en una vía de hecho si aplica un acto administrativo decaído, es decir, si continua otorgándole efectos jurídicos, lo que evidencia una vulneración al derecho fundamental del debido proceso administrativo susceptible de amparo por la vía de tutela ⁸⁷⁸. Consideramos que esta vía de hecho se extendería a todos los eventos en que la administración pública busque darle efectos jurídicos a un acto administrativo que haya perdido fuerza ejecutoria. Es importante anotar que el interesado debe utilizar primero la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria y, ante la renuencia administrativa, acudir al mecanismo de amparo por vulneración del debido proceso.

d. Acción de reparación directa

A través de esta el interesado puede atacar la operación administrativa que materializa los efectos jurídicos de una decisión que perdió fuerza ejecutoria, pues de suyo se torna en irregular y, por ende, es susceptible de producir daños antijurídicos. Resulta pertinente acotar que la tutela opera como un mecanismo preventivo, al paso que

⁸⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 4490, febrero 19 de 1998, Consejero Ponente Juan Alberto Polo Figueroa.

⁸⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-702 de julio 5 de 2005, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas H.

la acción que se comenta en este literal oficia cuando el daño ya se produjo. Sin embargo, si se produce un acto administrativo con efectos negativos para el interesado, como consecuencia del ejercicio de la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria y la administración pública ocasiona el daño consecuente, la acción procedente será la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, tal como se explicó líneas atrás.

e. Excepciones contra el mandamiento de pago

Cuando estamos en presencia de operaciones administrativas de cobro coactivo o cuando se libra mandamiento de pago al interior de un proceso ejecutivo judicial, es posible oponerse al mismo a través de una excepción a través de la cual se aduzca que el acto administrativo constitutivo del título ejecutivo perdió su fuerza ejecutoria.

II. Otras situaciones jurídicas en torno a los estados jurídicos que adquiere el acto administrativo

A. La inexistencia del acto administrativo

Un acto administrativo es inexistente cuando le falta alguno de sus elementos esenciales para su configuración⁸⁷⁹. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Así mismo, el acto administrativo puede ser inexistente, y se distingue del acto viciado de nulidad, que aunque tiene plena existencia jurídica, solamente desaparece mediante la declaración de nulidad por parte de la jurisdicción contencioso administrativa. Cuando falta un requisito sustancial o un elemento que forma parte de la esencia del acto, necesariamente éste no puede existir. Pero si solo se trata de una violación o prohibición de la ley, el acto nace pero está viciado de nulidad. Por ejemplo, se ha dicho que no puede nacer a la vida jurídica el acto de quien no es funcionario, o no está autorizado por la ley para ejercer función administrativa.⁸⁸⁰

Ahora bien, tal como lo explica la Corte Constitucional en el aparte jurisprudencial transcrito, la inexistencia no se puede confundir con la nulidad, es decir, si se analizan las causales de invalidez de los actos administrativos, consagradas en el artículo 84 del CCA o en el artículo 137 del CPA, allí se encuentran contempladas todas las hipótesis por las cuales se puede solicitar la nulidad de un acto

⁸⁷⁹ Es pertinente recordar que los elementos esenciales que se deben presentar para que estemos ante un acto administrativo son: que sea expresión de la administración pública, que sea unilateral, que sea por regla general voluntario, que provenga de la administración pública, que sea una decisión y que sea susceptible de producir efectos jurídicos.

⁸⁸⁰ Corte Constitucional, Sala Plena C-069, febrero 23 de 1995.

administrativo. Por lo tanto, por más irregular que sea un acto administrativo, después de que se adopte es un acto administrativo y se debe tomar como tal, es decir, se presume legal y tiene fuerza vinculante. Como corolario de lo anterior, por más incompetente que sea el funcionario público que expidió el acto o por más imperfecto que sea el acto administrativo, debido a irregularidades en el proceso administrativo, este existe y solo desaparecerá si es anulado por la jurisdicción contencioso administrativa o revocado en sede administrativa. Tampoco se puede confundir con la ineficacia o la inoponibilidad⁸⁸¹, fenómenos jurídicos que se presentan cuando el acto administrativo no es publicitado, no está en firme o perdió fuerza ejecutoria.

En atención a lo anterior, los eventos que hacen que un acto administrativo sea inexistente son los siguientes:

1. Sencillamente, la administración o un particular que ejerce funciones públicas, no lo adopta, es decir, emite un simple concepto, un acto privado, un acto con fuerza de ley, o una sentencia⁸⁸², o no toma una decisión sobre determinado asunto, como sería el caso de que no se terminase el procedimiento administrativo con la decisión final o, aunque esta se redacte, no se firma, siendo en estas condiciones un simple proyecto. Sobre el particular, el Consejo de Estado anota: “La interrupción del procedimiento previsto para la emisión del acto. En este caso, el acto no existe todavía y la administración, que cambia de opinión respecto a su oportunidad o su legalidad decreta el procedimiento de interrupción de su emisión en el momento en que el acto no es aún más que una actuación interior del servicio público [...] Esta interrupción, posible en principio, no constituye un retiro, ni siquiera un retracto en el sentido amplio de la palabra, como lo han pretendido ciertos autores”.⁸⁸³

Otro evento que se presenta frente a la interrupción del procedimiento administrativo y no adopción de la decisión final, se configura respecto a los actos administrativos complejos, donde todos los actos preparatorios que deben

⁸⁸¹ “En la práctica, la inoponibilidad no niega la existencia del acto, simplemente nos indica la imposibilidad jurídica de llevarlo al mundo de la eficacia.” SANTOFIMIO. GAMBOA. *Op. cit.*, p. 350.

⁸⁸² “La segunda cuestión que, también con el carácter de previa debemos resolver es la relativa a la tripartición o bipartición de los casos de invalidez del acto administrativo. No hay, desde luego, acuerdo doctrinal en esta materia, pero en principio nada se opone a que puedan ser aquí repetidas las razones que antes se han alegado contra el acto inexistente. Por tanto, antes que admitir tal categoría resulta más correcto hablar de inexistencia del acto. Por ejemplo, no hay acto administrativo cuando nos enfrentamos con un acto de un particular, con una sentencia de un Tribunal o con una ley votada por las Cortes.” GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, Décimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos, página 582. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

⁸⁸³ Consejo de Estado, Sentencia 788 de 29 de junio de 1989. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.

confluir en la decisión, no se adoptan en su totalidad, generando la inexistencia de dichas decisiones administrativas y en particular del acto complejo. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Enseña el Profesor Enrique Sayagués Laso: que en el acto administrativo complejo, la declaración de voluntad administrativa se forma con la intervención conjunta o sucesiva de dos o más órganos, cuyas respectivas manifestaciones de voluntad pasan a integrar aquélla. Igualmente que, no habiéndose emitido el segundo -o los demás que fueren necesarios, según el caso-, el primero, al no poder producir efectos jurídicos, se torna inimperativo, ausentándose así de uno de los caracteres consustanciales suyos, como se ha explicado arriba; o, en otras palabras se vuelve inexistente.

Siendo ello así, como sucedió con el acto acusado en el evento sub-lite, es claro que ese acto inexistente y, por lo tanto, desprovisto de la calidad de verdadero Acto Administrativo, nunca llegó a ser parte del orden jurídico y de allí que no haya debido ser acusado ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.⁸⁸⁴

A pesar de lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, el Consejo de Estado considera que los actos de gobierno, típicos actos complejos porque requieren de la suscripción del presidente de la República (acto preparatorio) y de la refrendación con su firma del ministro o director de departamento administrativo correspondiente (acto preparatorio), están viciados de nulidad por incompetencia en caso de que faltare la refrendación referida⁸⁸⁵. Esta posición es criticable dado que en realidad lo que ocurre es una inexistencia del acto complejo en caso de que se presente la irregularidad anotada, pues aún no se ha materializado la declaración de voluntad administrativa con la intervención de todas las autoridades que por constitución deben hacerlo (art. 115 de la CP).

2. Es expedido por personas que no pertenecen a la administración pública (no están vinculadas a ninguna entidad pública, ni ejercen funciones públicas en calidad de particulares). Sería el caso del celador de un edificio que decide expedir

⁸⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia 1584 de 16 de noviembre de 1989. Expediente 2371. Consejero Ponente: Dr. Álvaro Lecompte.

⁸⁸⁵ “Ahora, encuentra la Sala que como los actos reglamentarios acusados no están suscritos por el director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, como lo ordena el artículo 115 superior, es preciso decretar su expulsión del orden jurídico en atención a la abierta violación de la Constitución”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de octubre de 2011. Radicación 11001-03-26-000-2007-000-40-00. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2012, páginas 325 a 337.

un documento donde declara insubsistente un empleado de libre nombramiento y remoción del Departamento del Quindío⁸⁸⁶. Sobre estos casos, el Profesor Fiorini, citado por Santofimio, afirma: “Todas las disquisiciones que se han hecho en nuestra opinión, se encuentran fuera de la realidad jurídica, pues a poco que se ahonde se termina por ubicar a estos actos en los de broma; a los actos imposibles por absurdos, para caer al final en los actos de los usurpadores⁸⁸⁷ y no se comprende entonces para que se hacen tantas consideraciones sobre el particular”⁸⁸⁸.

Este razonamiento resulta lógico por dos razones: en primer lugar, la incompetencia solo se puede predicar de las autoridades administrativas, tal como se colige de lo consagrado en el artículo 33 del CCA y el artículo 21 del CPA Ab initio, para poder considerar a una autoridad como incompetente, debe estar investida como tal, a contrario sensu, a una persona que no ejerce funciones públicas, nunca se le podrá cuestionar su competencia o no para ejercerlas. En segundo lugar, para poder considerar un acto administrativo como tal, necesariamente debe provenir de una autoridad que ejerza funciones administrativas, en caso contrario, la naturaleza del acto podrá ser de cualquier clase menos administrativa.⁸⁸⁹

Este tema resulta de suma importancia para identificar los actos administrativos que profieren los particulares que ejercen funciones administrativas o que por ley ejercen prerrogativas públicas o cuando el Estado tiene la capacidad de producir actos privados, como ocurre con las Empresas Industriales y comerciales del Estado en lo atinente a los Trabajadores Oficiales. En el primer caso, las decisiones deben estar relacionadas con la función administrativa para que se consideren actos administrativos. En el segundo caso las manifestaciones de voluntad con talante administrativo deben estar autorizadas en la ley. Y en el tercer caso, el Estado, a título de excepción, profiere decisiones privadas, empero, solo en aquellos casos que la ley lo autorice expresamente. Por tanto, si el particular no ejerce función administrativa o no está investido de prerrogativa pública o el Estado, a través de la autoridad correspondiente, profiere una decisión privada, estamos ante actos administrativos inexistentes.

⁸⁸⁶ “Por definición, el acto administrativo no puede ser realizado sino por un sujeto de administración pública: Estado, Comunidad autónoma, provincia, municipio u otra entidad de Derecho Público. Cuando no se da esta circunstancia (por ejemplo, porque el acto haya sido realizado por un particular) no hay que plantearse problema de validez, ya que ni siquiera existe el acto administrativo del cual predicarla.” GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, Décimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos, páginas 588 y 589. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

⁸⁸⁷ Aunque usurpador de poder que no de función, en realidad significa detentador de poder sin respaldo constitucional o legal, tal como se explicará más adelante.

⁸⁸⁸ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, página 327, Universidad Externado de Colombia.

⁸⁸⁹ En comentario a pie de página de MERKL, en su obra: Tratado de Derecho Administrativo, el Dr. Santofimio Gamboa concluye lo siguiente: “Resulta pertinente esta observación, pues para considerar ab initio como administrativa una manifestación de voluntad por lo menos debe emanar de un órgano o autoridad con funciones administrativas, así carezca por completo de los demás presupuestos legales”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 355.

3. Cuando pierde su existencia por ser revocado en sede administrativa o anulado en sede jurisdiccional. Es necesario precisar lo siguiente: si la administración pierde competencia para revocar y, no obstante, saca del mundo jurídico un acto administrativo a través del ejercicio de esta facultad, dicho acto puede revivir en virtud de una orden judicial, en el evento de que se inaplique en sede judicial el acto que revoca como consecuencia de la incompetencia y el Juez declare la legalidad del acto que se revocó en la sentencia correspondiente.

Control jurisdiccional: En cuanto al control jurisdiccional de los actos administrativos inexistentes, es pertinente señalar tres eventos:

a. Si se diera el caso de que se demande un acto administrativo inexistente ante la vía jurisdiccional, tal demanda sería rechazada por falta de jurisdicción, ya que en vía jurisdiccional solo se pueden atacar actos administrativos existentes (art. 83, CCA y art. 104, CPA).

b. En caso de que la administración pública decida operativizar un acto administrativo inexistente, se podrá demandar la operación administrativa irregular a través de la acción de reparación directa, toda vez que lo que no existe, lo que no es, lo que no tiene entidad en el tráfico jurídico, no puede producir efectos jurídicos. Esta operación administrativa se constituye en una vía de hecho, tal como lo ha aceptado la doctrina española y lo ha reprochado la legislación de dicha latitud, veamos:

Ahora bien, para que el acto administrativo produzca los efectos ejecutivos y ejecutorios (por emplear la terminología tradicional) es necesario que se den las tres circunstancias siguientes: a saber: 1) que el acto administrativo exista, es decir, que, cuando menos, haya una apariencia de acto administrativo; 2) que haya sido dictado por el órgano competente, y 3) que se haya dictado de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido. Si no se dan estos requisitos estaremos en presencia de lo que la doctrina y la jurisprudencia, importando una terminología francesa, han denominado vía de hecho (*voie de fait*).

Por lo que se refiere al primero de los requisitos señalados, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que “las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico” (art. 93.1). Añadiendo

a continuación: “El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa”. (Art. 93.2).⁸⁹⁰

En caso de que la administración pública pretenda operativizar un acto administrativo inexistente, empero, aún no haya realizado la operación administrativa correspondiente, el interesado podrá acudir a la acción de tutela con el objeto de que no se le vulnere el debido proceso administrativo y se ordene la no aplicación de tal decisión.

c. En caso de que la administración pública decida reproducir un acto administrativo anulado, así le cambie la nomenclatura, en el proceso contencioso administrativo que se adelante contra el acto “revivido”, procederá una suspensión provisional de plano o automática, es decir, el Juez solo tendrá que comprobar que en esencia se trata de la misma disposición anulada para suspenderlo sin ninguna disquisición adicional. La administración pública solo podrá reproducir actos administrativos anulados, cuando con posterioridad a la sentencia, hayan desaparecido los fundamentos legales de la anulación o suspensión (art. 158, CCA y art. 237, CPA). Si la reproducción se produce durante el trámite del proceso judicial, a través de un memorial acompañado de copia auténtica del acto reproducido, se puede solicitar la suspensión provisional inmediata en cualquier etapa del proceso, y en la sentencia se decidirá sobre la legalidad del inicialmente acusado como del reproducido (art. 238, CPA).

Conclusión: De todo lo dicho anteriormente, se puede afirmar lo siguiente: los actos administrativo inexistentes, son aquellos que han sido revocados en sede administrativa o anulados en sede jurisdiccional o no se han adoptado por la administración, o rayan con la burla, o son absurdos porque los expiden particulares sin ninguna atribución legal que los habilite o les asigne competencia, empero, en los demás casos son nulos (Incompetencia, ilegalidad, falsa motivación, etc. [...]). Esto quiere decir, que por más absurdo que sea el acto administrativo, si es expedido por la administración o por un particular que ejerce funciones administrativas, el acto administrativo es anulable más no inexistente. Por ejemplo, que el Gobernador del Valle decida expedir un acto administrativo donde argumente que Colombia se anexa a Estados Unidos, aunque esto suene a broma, este acto administrativo existe, es anulable y frente a él opera la excepción de inconstitucionalidad.

⁸⁹⁰ GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, Décimo Cuarta Edición, Editorial Tecnos, página 648. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González.

No compartimos el argumento del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en el sentido de que la teoría de la inexistencia del acto administrativo no se puede incorporar en nuestro ordenamiento positivo, debido a que, manifiesta el eminente doctrinante, todos los eventos de irregularidad de las decisiones administrativas se encuentran subsumidos en el artículo 84 del CCA o en el artículo 137 del CPA⁸⁹¹ Y no la compartimos porque es evidente que en la praxis, estos eventos de inexistencia se presentan, tal como se expuso, y su necesario entendimiento evita confusiones y soluciona problemas jurídicos.

B. Convalidación de los Actos Administrativos

Esta figura jurídica opera para los actos administrativos, en procura de subsanar algunas irregularidades que en un momento dado puedan hacer del acto inválido. Por ejemplo: un acto administrativo que expida una autoridad incompetente pero perteneciente a la entidad competente para adoptar la decisión, si luego lo expide quien es el competente, el acto administrativo se convalida porque se trata de una incompetencia interna⁸⁹². La convalidación siempre opera a través de un acto administrativo posterior que corrige.

Ahora bien, somos de la opinión que frente a los actos administrativos de carácter particular y concreto, esta figura si puede operar, ya que la convalidación no tiene la entidad suficiente de alterar la decisión, por tanto, se preservan los derechos

⁸⁹¹ “De acuerdo con lo expuesto, consideramos que en nuestro medio no es factible ni procedente hablar de la inexistencia de los actos administrativos. Lo viable jurídicamente es la nulidad del acto viciado en su estructuración”. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Cuarta Edición, Página 350. También un sector de la doctrina extranjera comparte esta opinión, así: “Para muchos, la teoría de las nulidades puede, en cambio, reducirse a la contemplación de las dos únicas categorías de nulidad absoluta y anulabilidad. Existe una fuerte corriente doctrinal que tiende a oponerse a la admisión del concepto autónomo de actos inexistentes, ya que, aparte entrañar terminológicamente una contradicción in terminis (en todo caso debiera hablarse de inexistencia del acto), no da lugar a un tratamiento jurídico distinto de la nulidad absoluta (PÉREZ Y ALGUER).” GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 580. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁸⁹² “Aunque, en principio los actos administrativos viciados en uno de sus elementos estructurales no son susceptibles de convalidación, es necesario, en cada caso concreto establecer cuál es el vicio de que se trata para precisar si puede subsanarse o no. Así, por ejemplo, si el acto administrativo fue expedido con desviación de poder, presenta un vicio en su elemento teleológico que es imposible de sanear, pero si se trata de un acto expedido por un funcionario que aunque pertenece a la entidad competente para expedirlo, dentro de ella no le estaba atribuida tal facultad de manera específica, si es posible que el funcionario competente lo sanee, pues se trata de una incompetencia interna o relativa”. Consuelo Sarria Olcos, salvamento de voto a sentencia, febrero 11, 1994, sala contencioso-administrativa, sección 4ª; exp. No 4990; Consejero Ponente, Jaime Abella Zárate, en Jurisprudencia y Doctrina, T.XXIII, No 268, abril, 1994, p. 427 y ss. La doctrina extranjera se refiere a este tipo de irregularidad subsanable como incompetencia relativa, veamos: “La violación del grado jerárquico por parte del órgano administrativo que actúa solo produce, en cambio, como regla, supuestos de incompetencia relativa, consiguientemente de anulabilidad del acto administrativo viciado”. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Páginas 593 y 594. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

adquiridos y la seguridad jurídica. En el evento en que la administración pública desee alterar el contenido o el sentido de una decisión que reconoció un derecho a un particular, no le queda más remedio que acudir a la revocatoria directa del acto o a la acción de lesividad, según el caso⁸⁹³. Por otro lado, frente a decisiones administrativas que impongan sanciones o cargas, la administración también las puede convalidar, empero, se reitera, el contenido del acto y la sanción o carga impuesta, no podrán ser tocados, salvo que se acuda a la revocación como ya se anotó.

La convalidación exige que el acto administrativo se repita en su integridad en su parte sustancial, pero con el aspecto adicional de que se agregue o corrija el requisito que hacía falta para considerarlo válido, ya sea por la autoridad que expidió el acto o por una de superior jerarquía, ya que si se cambia su contenido, estaríamos ante la derogación o la revocación, más no ante la convalidación. En este sentido se advierte pronunciamiento del honorable Tribunal Administrativo del Quindío, en los siguientes términos:

La convalidación se presenta como en el caso sub judice, cuando de manera expresa o tácita se reconocen y sanean las fallas de una decisión administrativa, para que produzca los efectos buscados con su expedición, pero no para modificarla o extinguirla. El saneamiento de los actos administrativos, reconoce el Tribunal, es un tema bien discutible, pues así se ha establecido a nivel de la doctrina y la jurisprudencia, y ante todo por no estar reglamentado específicamente en el Derecho Colombiano, pero por ello no deja de ser un mecanismo para subsanar los vicios intrascendentes que en un momento dado puedan afectar la determinación administrativa, y aplicable para sanear lo que se ha denominado y es bien conocido como “nulidades relativas”, y cuya procedencia resulta viable en casos como el aquí discutido, cuando queda plenamente comprobado que las decisiones fueron adoptadas en aplicación del principio de coordinación entre los diferentes niveles administrativos.⁸⁹⁴

Resulta necesario advertir que un acto administrativo de carácter particular y concreto inválido, que quede en firme por la no interposición de recursos

⁸⁹³ “Las anteriores precisiones que corresponden a la interpretación de las normas positivas que regulan la modificación, la revocatoria y la nulidad de los actos administrativos en el derecho colombiano, a mi juicio, no son aplicables al tema de la convalidación de dichos actos, toda vez que esta figura, aceptada por la doctrina del derecho administrativo y también en algunos casos por la jurisprudencia, corresponde a un fenómeno diferente, ya que por el contrario a la modificación, revocatoria o nulidad del acto administrativo, la convalidación se da cuando se reconocen y sanean las fallas de una decisión administrativa, para que produzca los efectos jurídicos buscados con su expedición, pero no para modificarla o extinguirla”. Consuelo Sarria Olcos, salvamento de voto a sentencia, febrero 11, 1994, sala contencioso-administrativa, sección 4ª; exp. No 4990; Consejero Ponente, Jaime Abella Zárate, en Jurisprudencia y Doctrina, T.XXIII, No 268, abril, 1994, p. 427 y ss.

⁸⁹⁴ Sentencia del 15 de noviembre de 2001, M.P. Dr. Humberto Quintero Herrera, Rad. 0837 de 2000, acción de nulidad, demandante: Luis Carlos Alzate Ríos, Decreto 016 de 1999.

ordinarios o mantenga incólume su presunción de legalidad por no demandarlo en vía jurisdiccional, no se convalida, ya que seguirá siendo inválido y con la posibilidad de perder su existencia jurídica por una revocación directa o la declaratoria de nulidad mediante el ejercicio de la acción de simple nulidad. Aunque con el advenimiento del nuevo CPA se puede perpetuar la ilegalidad, dado que si la revocatoria a petición de parte no se produce dentro del término de caducidad de la acción susceptible de controlar el acto revocable, dicho mecanismo no operaría, aunado a que dicho recurso extraordinario no opera por ilegalidad, a lo que se suma que la acción de simple nulidad contra un acto particular y concreto sería improcedente sino encuadra dentro de las causales contempladas en la nueva codificación. Por tanto, se nos antoja la inexequibilidad del nuevo Código de Procedimiento Administrativo en estos aspectos, dado que la ilegalidad no puede tener protección en un Estado de Derecho.

Por otro lado, cabe anotar que la decisión administrativa que convalida deberá ser publicitada en debida forma para que produzca efectos jurídicos, esto es, publicada, notificada, comunicada o ejecutada según el caso, en caso contrario, la convalidación no se materializará en el mundo jurídico, de tal manera que retrotraiga sus efectos jurídicos al acto administrativo convalidado⁸⁹⁵. Aún más, se debe aseverar que la decisión convalidante deberá estar precedida de un procedimiento administrativo, en caso de que la naturaleza del acto administrativo que se convalida exija dicho trámite para poder salir a la luz pública.

Finalmente, se anotan dos aspectos adicionales: en primer lugar, tanto el acto administrativo que se convalida como el acto administrativo convalidante constituyen una unidad inescindible, por ende, ambas decisiones deben ser demandadas ante la jurisdicción contenciosa y; por otra parte, la administración pública pierde competencia para convalidar cuando se demanda el acto administrativo afectado con la irregularidad susceptible de convalidación y se le notifica el auto admisorio de la demanda, pues por analogía se siguen los mismos lineamientos de la revocatoria directa.

C. Responsabilidad de los funcionarios públicos frente al procedimiento administrativo y la fuerza ejecutoria del acto administrativo

⁸⁹⁵ “Por ello, si bien es cierto que el acto de convalidación sana el vicio del convalidado y se retrotrae en sus efectos, esto no significa que el acto convalidante no deba cumplir con los requisitos exigidos para que todos los actos administrativos produzcan sus efectos.” Consuelo Sarria Olcos, salvamento de voto a sentencia, febrero 11, 1994, sala contencioso-administrativa, sección 4ª; exp. No 4990; Consejero Ponente, Jaime Abella Zárate, en Jurisprudencia y Doctrina, T.XXIII, No 268, abril, 1994, p. 427 y ss.

Sobre este aspecto es menester manifestar varias cosas:

1. Al ministerio público le corresponde la defensa del derecho de petición y como tal, está facultado para intervenir en los procedimientos administrativos con el objeto de preservar el mencionado derecho fundamental. El personero municipal, a este nivel territorial, es el Servidor público designado para acometer la mencionada empresa (artículo 75 del CCA y artículo 23 del CPA). En la praxis uno de los eventos que materializan la defensa del derecho de petición por parte de estas autoridades es la recepción de dicho derecho, en aquellos casos en que los Servidores Públicos competentes se muestren renuentes para plasmar los recibidos correspondientes. El recibido ante el Personero u otro agente del Ministerio Público, tiene la virtualidad de interrumpir el término de prescripción del derecho sustancial que se busca obtener a través del ejercicio del derecho de petición.

2. Los Servidores Públicos que no cumplan con los parámetros y requisitos para darle trámite al Derecho de Petición se podrán ver inmersos en sanciones disciplinarias de dos tipos: multas hasta de \$1'000.000 (Hoy: \$43'810.000, de conformidad a lo dispuesto por el decreto 2269 de 1987) o destitución (artículo 76, del CCA). En estos casos deberá cumplirse lo dispuesto en la Ley 734 de 2002. Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo no contempla de manera específica el tipo de sanciones a que se puede ver acreedor el Servidor público que no atienda las peticiones y los términos para resolverlas, contravenga las prohibiciones o desconozca los derechos de las personas interesadas en las actuaciones administrativas, sin embargo, señala que tales comportamientos configuran faltas gravísimas que pueden dar lugar a las sanciones correspondientes a la luz de la Ley disciplinaria (artículo 31 del CPA).

3. Los Agentes Estatales (Servidores Públicos, Contratistas, Particulares ejerciendo funciones públicas o actuando en nombre del Estado) que sean responsables de los daños que cometieren en ejercicio de sus funciones, en particular respecto al procedimiento administrativo y la operación administrativa consecuente, podrán ser demandados directamente o junto con el Estado (art. 78 y 79, CCA). En caso de que el Estado fuere declarado responsable, este podrá repetir contra el funcionario que por culpa grave o dolo, causó el daño (art. 90, CP). En estos casos deberán tenerse en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales de las acciones contenciosas, especialmente el llamamiento en garantía al interior de procesos de reparación directa y la acción de repetición.

Sobre este punto, es pertinente hacer algunas precisiones contempladas en la sentencia C-430 de abril 12 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell, así:

- La responsabilidad del agente se ve comprometida si condenan a la entidad.
- La obligación de indemnizar es exclusiva de la entidad, pero puede repetirse contra el agente que por su culpa grave o dolo la responsabilizó. Para dilucidar los aspectos de la culpa grave y el dolo, resulta útil tener en cuenta las presunciones que traen a colación los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001.
- Cuando se demandan conjuntamente a la entidad y al agente, la situación procesal es exactamente igual al llamamiento en garantía, esto es, se crean dos relaciones jurídico procesales: demandante-demandado, demandado-llamado, y solo en virtud de que se condene al demandado se podrá entrar a dilucidar la situación del llamado.
- Cuando se demande solo al agente del Estado, el Juez Contencioso deberá vincular de oficio a la entidad pública a la cual pertenece, con el objeto de conformar las dos relaciones jurídico procesales anotadas en el punto anterior, utilizando como sustento jurídico el numeral 3° del artículo 207 del CCA o numeral 3° del artículo 171 del CPA

4. Si se trata de un particular al cual le presentan un derecho de petición y este no cumple con la normativa relacionada con tal derecho, el Personero Municipal está facultado para imponer multas a título de sanción, porque dicho particular oficia como autoridad.

5. De los créditos que se generen en favor del Estado, en virtud de lo contemplado en los artículos comentados anteriormente, este podrá hacer uso de la jurisdicción coactiva para hacerlos efectivos, siempre y cuando la entidad pública respectiva posea esta atribución legal (art. 79, CCA y art. 98, CPA), en caso contrario, tendrá que iniciar proceso ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa, según el caso.

6. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado: El artículo 10° del nuevo Código de procedimiento Administrativo le exige a las autoridades públicas que apliquen la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado en los casos concretos. Por tanto y para hacer efectivo lo contemplado en dicho artículo, si la autoridad pública no lo estuviere haciendo de oficio, el inciso primero del artículo 102 del CPA dispone: “Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.” Esta disposición obedece a que en la práctica la administración pública ha venido desconociendo de manera reiterada y sistemática los derechos de los administrados, a pesar de la existencia de precedentes decantados que han reconocido tales derechos en sede judicial.

Como corolario, el artículo 102 anotado dispone lo siguiente: el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para conocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Esto implica considerar en apariencia que antes de que se incoe la petición señalada, debe existir un acto administrativo que negó la solicitud del peticionario, notificado en debida forma y susceptible de acusarse en sede judicial. Ahora bien, advertimos que es en apariencia porque de la lectura del inciso sexto del artículo 269 del CPA, se evidencia que el trámite de extensión de la jurisprudencia puede operar incoando un solo derecho de petición.

La petición de que trata el artículo anotado debe reunir los requisitos generales de toda petición y, además, los requisitos que contempla en su tenor literal. Ahora bien, con relación a dichos requisitos y al trámite correspondiente a tal petición, las reglas establecidas en el artículo 102 del CPA son las siguientes:

Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada. Es importante anotar que la situación del solicitante debe encajar en la ratio decidendi de la providencia y no en la obiter dictum, pues en este último caso la providencia se constituye en mero criterio auxiliar que no obliga, en los términos del inciso segundo del artículo 230 de la Constitución Política. Se observa, por otro lado, que la sentencia que se pretende hacer valer en sede administrativa no necesariamente se debe circunscribir a la legalidad de actos administrativos, por tanto, puede operar cuando el instrumento objeto de discusión sea una operación, hecho o contrato.

- Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso. Llama la atención que este punto no se circunscribe a las pruebas documentales, por tanto, testimonios, inspecciones judiciales, dictámenes periciales y demás se deben hacer valer en sede administrativa.
- Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.
- Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin que el peticionario hubiere solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud. Se destaca de este punto una excepción a la improcedencia de peticiones reiteradas sobre un mismo aspecto, dado que la invocación de la extensión habilita al peticionario para obtener respuesta, a pesar de haber impetrado una

petición anterior sobre el mismo asunto. Por otro lado, este punto nos permite sostener que lo ideal sería que existiera un derecho de petición inicial que provoque un acto administrativo, pues no a otra conclusión se puede llegar cuando se advierte por la normativa que el derecho de petición especialísimo tendiente a hacer efectiva la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, debe impetrarse dentro del término de caducidad del control judicial, pues dicho control opera frente al primer acto administrativo expedido. Así las cosas, en este evento puede suceder que desde la primera petición se pretenda la aplicación de la jurisprudencia de unificación, empero, no con la intención de hacer efectivo el mecanismo de extensión, sino con el propósito de ejercer el derecho de petición tradicional. Es por esto que se trae a colación este caso por el artículo que ahora analizamos. Aunado a lo anterior, el primer derecho de petición es un filtro que evitaría una congestión monumental que desde ya se prevé en cabeza del Consejo de Estado cuando tenga que resolver estas peticiones, máxime que las mismas pueden ser presentadas por cualquier persona y sin mayor técnica jurídica.

- La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como de los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.
- La decisión que resuelva el derecho de petición especialísimo tendiente a que se haga efectiva la jurisprudencia del Consejo de Estado, se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a la recepción del anotado derecho.

Las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

- Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligado a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.
- Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
- Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso

de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269 del CPA. Ahora bien, La administración pública no podrá negarse a darle aplicación a la jurisprudencia de unificación, en caso de que existiere acto administrativo que negare el derecho con fecha anterior a dicha providencia, siempre y cuando no existan elementos de juicio diferentes que logren modificar la posición jurisprudencial y que se trate de una interpretación judicial de normas que precisamente regulan el caso concreto. Así lo considera el Consejo de Estado en los siguientes términos:

La Sala reitera en esta oportunidad que no es válido afirmar que la jurisprudencia citada por el tribunal no es aplicable porque se profirió después de los actos demandados, pues no debe olvidarse que la jurisprudencia del Consejo de Estado como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, es una pauta auxiliar de interpretación de las normas legales, tanto para los jueces administrativos como para las autoridades del Estado, cuando se trata de decidir un asunto sobre el cual el Consejo de Estado ha sentado su criterio en asunto similar. La alusión a una doctrina judicial en un caso particular depende, no de la fecha de la sentencia, sino de la normatividad que interpretó y que reguló el caso que se debe resolver.⁸⁹⁶

Sin embargo, esta posición no es unánime y en otras providencias el Consejo de Estado ha precisado que si la máxima corporación de lo contencioso administrativo cambia su jurisprudencia mientras transcurre el proceso, la corporación no puede, al ejercer su papel de última instancia, negar las pretensiones del demandante, con el argumento de que hubo una variación jurisprudencial. Por tanto, sobre este tópico se requiere de manera urgente una unificación jurisprudencial.⁸⁹⁷

Ahora bien, cabría preguntarse si la potestad que el legislador le otorga a la administración pública de apartarse de la sentencia de unificación por interpretación diferente, no adquiere tintes de inconstitucionalidad, pues es bien sabido que el principio de autonomía o independencia judicial no le es oponible a las autoridades administrativas, tal como lo ha reconocido la Corte Constitucional⁸⁹⁸. Sin embargo la máxima Corporación Constitucional explicó

⁸⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 27 de enero de 2011. Radicación 25000-23-27-000-2006-01323-01-16890. Consejero Ponente: Dr. William Giraldo Giraldo. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de *Legis* de julio de 2011, página 1178.

⁸⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 1957 de mayo 4 de 2011, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa.

⁸⁹⁸ “si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es válido el

que el legislador, en virtud de su potestad normativa, estimó admisible que la administración pudiera controvertir los fundamentos de la jurisprudencia cuya extensión se invoca, aunque de manera excepcional y restringida, lo cual lo encontró ajustado a derecho⁸⁹⁹.

- Consideramos que, si la administración pública detecta que la acción ya caducó, es posible negar la extensión de la jurisprudencia; obviamente en la decisión correspondiente se deberá esgrimir las razones que dan lugar a la ocurrencia de la caducidad.

- Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 del CPA Evidentemente el derecho de petición especialísimo mediante el cual se busca hacer efectiva la extensión de la jurisprudencia, hace las veces de un recurso en vía gubernativa con trámite especial, por ende, el mismo se ve sometido a la prohibición de la cadena interminable de recursos. A lo anterior se suma que dicho derecho de petición especialísimo no genera silencio administrativo negativo, como corolario, el interesado debe acudir directamente ante el Consejo de Estado a través del trámite contemplado en el artículo 269 del CPA
- La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Recordemos que se trata por regla general de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto inicial y no contra el acto que resuelve el derecho de petición especialísimo que busca hacer extensiva la jurisprudencia en sede administrativa, salvo que solo existiere este último. Por otro lado, si contra el acto inicial cabe el recurso de apelación, es menester impetrarlo antes de hacer uso del recurso de extensión de la jurisprudencia, pues el primero se torna en obligatorio para poder acudir en sede judicial.
- Finalmente, el artículo que se estudia establece que los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecido

principio de autonomía o independencia, válido para los jueces.” Corte Constitucional, Sentencia C-539 de 2011, Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2011, páginas 2081 a 2110.

⁸⁹⁹ Sentencia C-588 de julio 25 de 2012, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiera no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 del CPA. Se reitera que se trata de los términos para demandar el acto administrativo inicial o demás actos administrativos, si aquel hubiere sido impugnado a través de los recursos ordinarios y no del acto administrativo que resuelve el derecho de petición especialísimo tendiente a que se aplique la jurisprudencia de unificación del Consejo de Estado, salvo que solo existiere este último.

Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, los artículos 269, 270 y 271 del CPA contemplan el procedimiento que se debe adelantar en sede judicial, así:

- El interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente (Inciso primero del artículo 269 del CPA).
- Del escrito se dará traslado a la administración demandada por el plazo de treinta (30) días para que aporte las pruebas que considere. La Administración podrá oponerse por las mismas razones a que se refiere el artículo 102 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Vencido el término de traslado referido anteriormente, se convocará a una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación a las partes; en dicha audiencia se escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar.
- Si la solicitud se estima procedente, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta decisión tendrá los mismos efectos del fallo aplicado, es decir, hace tránsito a cosa juzgada y presta mérito ejecutivo.
- Si la extensión del fallo implica el reconocimiento de un derecho patrimonial al peticionario, que deba ser liquidado, la liquidación se hará mediante el trámite incidental previsto para la condena in genere y el escrito que lo promueva deberá ser presentado por el peticionario, ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de la jurisprudencia, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión del Consejo de Estado.
- Si el mecanismo para la reclamación del derecho sustancial fuera el de nulidad y restablecimiento del derecho, negada la solicitud se enviará el expediente a la autoridad administrativa para que resuelva el asunto de

fondo, según las reglas generales, si no lo hubiere decidido con anterioridad. Si ya existiere decisión administrativa de fondo, o si el mecanismo judicial para la reclamación fuere diferente al de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado se reanuda el término para demandar, conforme a las reglas establecidas para la presentación de la demanda.

Las sentencias de unificación jurisprudencial son las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36^a de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 (Artículo 270 de del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público (Inciso primero del artículo 271 del CPA).

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso (Inciso segundo del artículo 271 del CPA).

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o la necesidad de unificar o sentar jurisprudencia. (Inciso tercero del artículo 271 del CPA).

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión. (Inciso cuarto del artículo 271 del CPA).

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos. (Último inciso del artículo 271 del CPA).

Es importante resaltar que la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del artículo 102 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (L. 1437/11), pero condicionó su exequibilidad al sostener que sus precedentes deben aplicarse preferentemente.⁹⁰⁰

⁹⁰⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-816 de noviembre 1º de 2011, Magistrado Ponente: Mauricio González.

CAPÍTULO VI. LOS VICIOS INVALIDANTES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Introducción

Esta teoría se funda en todos aquellos acontecimientos, acciones u omisiones que se constituyen en irregularidades en la actuación administrativa, en los demás trámites y en los requisitos establecidos en la ley para la formación y expedición de un Acto Administrativo.⁹⁰¹ Por tanto, tales anomalías en la legalidad del acto administrativo tienen como límite la expedición del acto administrativo, momento en que culmina la actuación administrativa y, como consecuencia, las demás alteraciones transgresoras del bloque de legalidad que surjan con posterioridad a dicho momento no tienen la entidad de viciar de nulidad la decisión administrativa.⁹⁰²

Lo anterior se podría resumir como el desconocimiento o la transgresión que la decisión de la Administración produce al bloque de legalidad o, lo que es lo mismo, un choque directo entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico superior.⁹⁰³

El ordenamiento jurídico se presenta como un gran sistema jerarquizado, normativo y de principios (reglas generales si están positivizados) y valores, el cual implica que ninguna decisión que forme parte del mismo resulte contraria a sus postulados, viéndose la necesidad, en estos casos, de expulsarla por ser fuente generadora de caos e inseguridad jurídica, lo cual se logra a través de la tipificación de vicios invalidantes por medio de mecanismos jurídicos idóneos para acusar actos administrativos ilegales⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ “[...] la violación a la estricta observancia de los presupuestos de los actos administrativos.” SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 337.

⁹⁰² “[...] la jurisprudencia es reiterativa en señalar que la legalidad de los actos administrativos debe examinarse atendiendo las circunstancias que se dan en el momento de su expedición, lo cual significa que de los tres elementos descritos, los dos últimos aún no existían cuando se expidió el acto acusado, puesto que lo fue el 31 de enero, y aquellos se dieron con posterioridad a esa fecha, luego obviamente la administración no podía tenerlos en cuenta para adoptar la medida en cuestión. De modo que por la falta de su apreciación, formalmente no se le puede atribuir vicio alguno a la misma”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Doctor Manuel S. Urueta Ayola, Bogotá, D.C., once (11) de abril del dos mil dos (2002). Radicación número: 050590000001999058501. Actor: Jesús Emilio Grajales Toro. Referencia: Expediente Número 7030.

⁹⁰³ “[...] la idea de irregularidades o vicios afectantes de los actos administrativos se desprende de manera directa de la causal genérica de violación al bloque de la legalidad”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op.cit., p. 339.

⁹⁰⁴ “Para la doctrina, todo acto jurídico de la administración que se incrimina como irregular afecta la integridad del orden jurídico. Ello justifica la pretensión de hacer anular, a la manera de un organismo vivo que rechaza un cuerpo extraño.” Pedro Antonio Lamprea, Anulación de los Actos de la Administración Pública, Editorial Doctrina y Ley Ltda. página 202.

I. La teoría de los vicios invalidantes del acto administrativo

A. Mecanismos a través de los cuales se hace efectiva la teoría de los vicios invalidantes

Esta Teoría busca establecer las causales que dan lugar a desvirtuar la presunción de legalidad que rodea a todo acto administrativo, las cuales se tipifican y hacen efectivas a través de los siguientes mecanismos:

1. Pronunciamientos expresos de naturaleza jurisdiccional. (Providencias: Autos y Sentencias), esto se da cuando se decreta la suspensión provisional de un acto administrativo⁹⁰⁵ o cuando se declara su nulidad.
2. Manifestaciones de voluntad de la Administración. (Como producto de la impugnación del acto administrativo en vía gubernativa a través de los recursos ordinarios o extraordinario de revocatoria directa o esta última como mecanismo de la propia administración pública).
3. La excepción de inconstitucionalidad. (Inaplicación en un caso concreto del acto administrativo por parte de los operadores jurídicos, por ser contrario a la constitución).
4. La excepción de ilegalidad. (Inaplicación del acto administrativo por ser contrario a la ley en sentido formal. Por regla general, solo la puede declarar la jurisdicción contencioso-administrativa y a título de excepción otras autoridades, cuando lo establezca la ley).

B. Fundamento de la teoría de los vicios invalidantes

Ahora bien, la Teoría de los vicios invalidantes de los actos administrativos encuentra su sustento legal en el artículo 84 del CCA, y su fundamento en el desconocimiento de los requerimientos previos para la debida configuración de los requisitos internos y externos de validez del Acto Administrativo⁹⁰⁶, veamos:

⁹⁰⁵ “[...] la propia Constitución establece remedios y procedimientos singulares contra las violaciones excepcionalmente graves del derecho, y autoriza al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos para sustituir, a través de la suspensión provisional y sin que medie sentencia definitiva alguna, la presunción de legalidad que acompaña a los actos administrativos, por una presunción de ilegalidad”. Profesor Carlos Gustavo Arrieta Alandete, ponencia I Congreso de Derecho Administrativo Colombiano, 1980, citado por Pedro Antonio Lamprea, en su obra Anulación de los Actos de la Administración Pública, Ediciones Doctrina y Ley, página 33.

⁹⁰⁶ “Estas causales están basadas en el quebrantamiento de uno de los elementos del acto administrativo, los cuales son: el sujeto, es decir, el órgano competente, el objeto que es el contenido del acto administrativo, los motivos, es decir, los supuestos fácticos o jurídicos que sirven de fundamento al sujeto para la expresión de voluntad, la

1. Requisitos Externos

a. Sujeto Activo: vicios referentes a la expedición del acto por funcionarios u organismos incompetentes.

b. Procedimiento (Formalidades del acto administrativo):

Vicios referentes a la expedición irregular o con violación de los procedimientos a que debía estar sujeta la formación del acto administrativo.

Vicios por el desconocimiento del debido proceso o del derecho de audiencias y defensa.

2. Requisitos Internos

a. Objeto⁹⁰⁷:

Vicios referentes a la inobservancia de normas superiores a las que debía estar sujeto el acto.

b. Causa o Motivo: vicios referentes a los falsos motivos invocados en el acto administrativo.

c. Finalidad: desviación de poder.

forma la constituyen las ritualidades externas del acto que se exigen en cada caso para su validez y el fin, que es el resultado final que se busca al expedir un acto por parte de la Entidad". PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, *Derecho Procesal Administrativo*, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 235. Esta misma posición la sostiene un sector de la doctrina española, así: "El principio general, tantas veces aludido, de la legalidad de la actuación administrativa se resuelve, a la vista de cada concreto acto administrativo, en una cuestión de pura técnica jurídica, cuyo empleo se hace entonces indispensable para determinar en rigor que actos administrativos son legalmente válidos y cuáles no. Para ello es necesario conocer cuáles son, desde el punto de vista jurídico, los requisitos de validez del acto administrativo –lo que coincide sustancialmente con la corrección de sus elementos– y, así, de forma negativa, quedan también simultáneamente determinados los vicios posibles. Tratándose, pues, de cuestiones conexas entre sí, es aconsejable tratarlas conjuntamente, ya que la corrección de los elementos del acto administrativo es cabalmente la ausencia de vicios y, a su vez, éstos implican obviamente la falta o incorrección de aquéllos. Por otra parte, la misma interconexión conceptual se da entre las que no son sino consecuencias jurídicas de aquellas situaciones: la validez del acto administrativo, como consecuencia de la corrección de sus elementos y la invalidez (en sus dos modalidades de nulidad y anulabilidad) como consecuencia de la existencia de vicios." GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Páginas 578 y 579. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹⁰⁷ "Se puede entender, asimismo, como el mundo jurídico por modificarse o alterarse en la ejecución del acto administrativo." SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.* P 367.

II. Tipificación de los vicios invalidantes de los actos administrativos

A. Las causales de nulidad de los actos administrativos (art. 84, CCA).

Las causales de nulidad de los actos administrativos operan para las acciones que buscan enervar la presunción de legalidad de los actos administrativos⁹⁰⁸, como por ejemplo la acción de simple nulidad o la de nulidad y restablecimiento del derecho, y son las siguientes:

1. Cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse

Esta causal debe ser entendida en forma genérica, es decir, se refiere al objeto normativo al interior del cual se desenvolverá la decisión a proferirse, es decir, cuando el acto administrativo tenga por objeto operativizarse dentro de los linderos de la inconstitucionalidad, ilegalidad formal (transgresión de las normas expedidas por el Congreso), sin atender los principios (reglas generales si están positivizados) y valores que deben reinar en un Estado de Derecho y, en fin, sin observar el orden jerárquico establecido en el inciso segundo del artículo 123 de la Constitución Política,⁹⁰⁹ pero todo circunscrito al segmento normativo del ordenamiento positivo que se vulnera (laboral administrativo, contratación estatal, derecho tributario, etc.).

Como corolario de lo anterior, esta causal se da en el evento de la confrontación entre los efectos jurídicos que busca producir el acto administrativo y el bloque de legalidad. Tal confrontación se presenta en los siguientes niveles normativos:

a. Nulidad por contrariar la Constitución

Un acto administrativo puede violar la Constitución Política, no solo cuando violenta su contexto normativo, sino también cuando transgrede sus principios y valores, que se constituyen en el paradigma a seguir por el conglomerado social que adopta el contrato social. Por esto, aún el preámbulo constitucional tiene fuerza vinculante y debe ser atendido y respetado⁹¹⁰.

⁹⁰⁸ Aunque también se pueden hacer valer a través de los recursos en vía gubernativa o mediante el ejercicio de las excepciones de inconstitucionalidad o ilegalidad como ya se advirtió líneas atrás.

⁹⁰⁹ “Los Servidores Públicos están al servicio del Estado y de la Comunidad, ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento”.

⁹¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-479, agosto 13 de 1992, Magistrados Ponentes José Gregorio Hernández y Alejandro Martínez Caballero. En esta providencia la alta Corporación manifestó lo siguiente: “Juzga la Corte Constitucional que el Preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento de el orden que la Carta instaura

Es por lo anterior que la Administración Pública, al momento de proferir una decisión, lo primero que deberá hacer es un juicio directo de constitucionalidad (sin anteponer la ley,) sobre la decisión que va a adoptar, con el objeto de evitar que la misma pueda ser declarada nula por inconstitucionalidad⁹¹¹. Es que las normas Constitucionales, en su integridad- tanto las reguladoras de principios y garantías como las que asignen competencias- deben ser obedecidas y respetadas en todo momento por las autoridades administrativas, empero, es lógico advertir que la eventual transgresión de las mismas como causante de nulidad directa de una decisión administrativa, implica un mayor peso argumentativo para el operador judicial, por su generalidad⁹¹².

En este caso no debemos confundirnos con la excepción de inconstitucionalidad que vimos en el capítulo pasado, ya que aquí nos encontramos ante la perspectiva de la inconstitucionalidad del acto administrativo como una causal de nulidad del mismo, y no como una forma de inaplicarlo, es decir, aquí se busca sacar del tránsito jurídico el acto administrativo, al paso que con la excepción solo se busca inaplicarlo para el caso concreto, empero, continuará existiendo y eventualmente produciendo efectos jurídicos mientras no sea declarado nulo por la jurisdicción contencioso-administrativa o derogado o revocado en sede administrativa.

Por otro lado, la excepción de inconstitucionalidad solo se predica para actos administrativos de carácter general, a diferencia de la nulidad por contrariar la Constitución, la cual se puede argüir frente a actos administrativos de carácter general como de carácter particular.

En lo que sí encuentran similitud la excepción de inconstitucionalidad y la nulidad por inconstitucionalidad, es que emanan del mismo precepto superior, esto es, el artículo 4to de la Constitución Política, el cual consagra que en todo

y, por tanto, toda norma –sea de índole *Legislativa* o de otro nivel– que desconozca o quebrante cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”.

⁹¹¹ “La primacía de la Constitución, en cuanto a la actividad estatal, se manifiesta en la posibilidad de hallar contradicción o violación entre el acto inferior (como en el acto administrativo objeto de impugnación) y el mandato constitucional. En terreno administrativo, esta noción hace parte de la anulación de los actos de la administración pública. El juez contencioso administrativo, probada la contradicción Constitución Política – acto administrativo restablece la integridad del orden jurídico solo cuando elimina el acto inferior por violación del precepto a que debió subordinarse; [...]”. Lamprea Pedro Antonio, *Anulación de los Actos de la Administración Pública*, Segunda Edición, Corregida y Aumentada, 2004, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C. Colombia, página 6.

⁹¹² “Parece razonable, entonces, que al señalar las normas constitucionales como fundamento de los fallos, a falta de ley, se agregue una cualificación adicional, consistente en que el sentido de dichas normas, su alcance y pertinencia, hayan sido fijados por quien haga las veces de interprete autorizado de la Constitución. Que, de ese modo, la aplicación de las normas superiores esté tamizada por la elaboración doctrinaria que de ellas haya hecho su intérprete supremo (art. 241 C.P.)” Corte constitucional, Sentencia T–409 de 1998; expediente T–160623, magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicaran las disposiciones constitucionales.

Finalmente, es pertinente anotar que la Constitución Política no se agota en su tenor literal sino que hace parte de ella el denominado bloque de constitucionalidad, lo que quiere decir que las infracciones que se produzcan en tal bloque también son generadoras de anulabilidad de actos administrativos. Sobre el alcance del bloque de constitucionalidad, el Dr. Pedro Antonio Lamprea señala lo siguiente:

Parejamente, la Corte Constitucional nacional afirma que prevalecen los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario (CP, arts. 93 y 214, numeral 2º), pues forman parte, con el texto constitucional un bloque de constitucionalidad, cuyo respeto somete a la ley. Así, se armoniza el principio de supremacía constitucional como norma de normas (CP, art. 4º), con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción.⁹¹³

Ahora bien, según la Corte Constitucional solo hará parte del bloque de constitucionalidad los convenios que ella misma determine después de un estudio específico⁹¹⁴. Por otro lado, a título de ejemplo en lo que tiene que ver con este tópico, se podría solicitar la nulidad de un acto administrativo que niegue el reconocimiento de la pensión de supervivientes a un homosexual como consecuencia de la muerte de su compañero permanente, con base en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos, que prohíbe la discriminación por razones de sexo y que empezó a regir en el país el 23 de marzo de 1976.⁹¹⁵

De conformidad a todo lo anterior se pueden presentar dos tipos de vicios de inconstitucionalidad que constituirían la causal de nulidad en cuanto a las normas en que debería fundarse el acto administrativo, haciendo hincapié, eso sí, de que se debe tratar de una contradicción directa entre la Constitución y el acto administrativo, veamos:

⁹¹³ Anulación de los Actos de la Administración Pública, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., segunda edición, 2004, página 208.

⁹¹⁴ Sentencia C-401 del 14 de abril de 2005, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹¹⁵ Así lo dispuso el Comité Internacional de Derechos Humanos, comunicado 1361, mayo 14 de 2007. Comentario publicado en ámbito jurídico del 2 al 25 de julio de 2007, página 7.

Vicios Constitucionales Sustanciales: Se dan en tres eventos, los cuales, generalmente, son concurrentes, así:

- Cuando el acto administrativo transgrede la normativa constitucional sobre derechos fundamentales.
- Cuando el acto administrativo no atiende los principios y valores consagrados principalmente en el preámbulo y la primera parte de la Constitución Política.
- Cuando el acto administrativo no se dirige a materializar los fines del Estado, preceptuados en el artículo segundo (2do) de la Constitución Política.

Vicios Constitucionales Adjetivos: La Constitución Política establece de manera clara y precisa la estructura del Estado, a través de la tridivisión clásica del poder público (rama legislativa, rama ejecutiva, rama judicial) y mediante la definición clara y expresa de unos órganos autónomos y de control (el Ministerio Público, La Contraloría General de la República, El Banco de la República y La Organización Electoral –Consejo Nacional Electoral y Registraduría General del Estado Civil-). De esta manera establece unas competencias y atribuciones muy específicas para las autoridades que conforman la mencionada estructura, cuya transgresión puede configurar vicios constitucionales para el acto administrativo. Este tipo de vicios se pueden configurar en dos situaciones, veamos:

- **Usurpación de Funciones:** Se da en los casos en que funcionarios de la rama legislativa o judicial expiden actos administrativos sin atribución constitucional alguna y desatendiendo los designios que demandan su propia naturaleza institucional. Este sería el caso, por ejemplo, que a través de una facultad extraordinaria se profiriera un código por parte del ejecutivo, a través de un decreto ley (Inciso tercero, numeral 10 del artículo 150 de la CP).

De igual manera, se presenta este vicio, cuando, dentro de la rama ejecutiva, funcionarios usurpan las competencias de otros funcionarios. En este caso tenemos, por ejemplo, cuando el Presidente de la República ejerza funciones de los Gobernadores o de los Alcaldes.

- **Usurpación de Autoridad o de Poder:** Se presenta cuando se evidencian fenómenos políticos como las dictaduras o los golpes de estado. En estos eventos, se detenta un poder sin ningún respaldo legítimo y democrático (elección popular por ejemplo), en cuyo lapso de autoritarismo, los actos administrativos que se expidan existirán y se presumirán legales, empero, al momento de retomarse el poder por parte de un gobierno legítimo,

todas las anteriores decisiones estarán viciadas por inconstitucionalidad y podrán, por consiguiente, ser demandadas ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Es pertinente anotar que la detentación del poder debe ser temporal para que se genere el vicio, toda vez que si fuera definitiva estaríamos ante un nuevo orden constitucional.⁹¹⁶ Por otro lado, es necesario recordar que la inexistencia de los actos administrativos cuando provienen de particulares, se genera porque de manera grosera y absurda no existe ningún tipo de autoridad o poder y, sin embargo, se profieren decisiones “administrativas”. A contrario sensu, en lo que atañe al asunto de los usurpadores, el poder o autoridad se presenta y, por tanto, la existencia de los actos administrativos es inobjetable.

Sin embargo, el Consejo ha considerado que en ocasiones las decisiones adoptadas por el gobierno de facto, continúan siendo válidas a pesar de que el mismo detente el poder por un lapso específico y luego se retomen los cauces democráticos. Este evento lo ha establecido cuando hay aceptación del pueblo en el mandato de hecho, así: “[...] lo que legitima los gobiernos de facto, lo que los hace posibles, jurídicamente, es el consentimiento nacional, la aceptación que el pueblo gobernado les brinda, y se traduce en la posibilidad para el gobierno de facto, de ejercer su misión pacíficamente. Es decir, la doctrina de facto tiene su validez cuando su aplicación desemboca en una solución jurídica, en una confirmación de los poderes de hecho que ejerce el gobierno”⁹¹⁷.

b. Nulidad por violación de los principios generales del derecho

Los principios generales del derecho se coligen de un análisis sistemático y generalizado del ordenamiento jurídico que rige a un Estado de Derecho⁹¹⁸. Son

⁹¹⁶ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, 367. “La característica fundamental de este tipo de usurpación es la de su temporalidad, elemento que le da trascendencia en el ámbito del derecho administrativo. Es decir, la no consolidación definitiva de la situación *de facto*, por el consecuente restablecimiento del orden institucional vigente en el momento del asalto, constituye el factor primordial para que enfrentemos, desde la óptica administrativa, el problema de la usurpación de autoridad; en caso contrario y desde la perspectiva administrativa estaríamos enfrentados a la consolidación de un nuevo régimen constitucional”.

⁹¹⁷ Sentencia del 17 de julio de 1959. A propósito de este pronunciamiento el profesor Lamprea explica lo siguiente: “A veces accede al poder quien no se aviene enteramente a los postulados constitucionales, merced a fuerte presión popular. Su legitimidad no se discute por el respaldo popular, como ocurrió en el país con la junta militar de gobierno, el 10 de mayo de 1957. La integración de un ejecutivo plural es ajena a la Constitución, pero hubo que reconocer validez a los actos de la junta, por razones de conveniencia para la vida nacional; además, había un decidido apoyo de la opinión”: Anulación de los actos de la Administración Pública, Segunda Edición, 2004, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. páginas 242 y 243.

⁹¹⁸ “La violación de la norma superior se presenta no solo frente a la ley en sentido material, sino frente a

abstracciones que se constituyen en pilares del sistema jurídico vigente y se tornan en fuente de interpretación del mismo e incluso suplen sus vacíos, tenemos, por ejemplo: la buena fe se presume en todas las personas (art. 83 de la CP), la equidad como instrumento para administrar justicia (art. 230 de la CP), la igualdad ante la ley (art. 13 de la CP), la *actio in rem verso*, el abuso del derecho (numeral 1º del artículo 95 de la CP), etc. En sentencia C-083 de 1995, la Corte Constitucional expresó en relación con ellos que ab-initio no se encuentran en el ordenamiento jurídico, pero luego son normatizados por el legislador o, en calidad de subreglas, por el juez, a cuyo estado positivizado es al que nos referimos en el presente aparte, veamos:

Pero ¿a que alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? A estas alturas, es preciso retomar algunas afirmaciones hechas atrás. Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿Qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión?

No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente v.gr.: el derecho natural, la equidad, los principios generales del derecho, expresiones todas que claman por una concreción material que solo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfagan las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Según expresión afortunada de Carrió pueden ser llamados principios jurídicos en cuanto se refieren a aquel (el derecho) pero no en cuanto partes de él Y añade: "el uso judicial de ellos puede conferirles, en el mejor de los supuestos, el rango de candidatos a integrar el sistema, una vez que ese uso adquiera consistencia, regularidad y carácter normativo suficientes como para considerar que las pautas aplicadas son normas jurisprudenciales en vigor", o se incorporen al ordenamiento – agrega la Corte- por disposición del legislador.

toda disposición que con carácter obligatorio debe acatar el destinatario, como los principios generales que inspiran toda regulación, como el Principio del Debido Proceso, el de la Transparencia en la contratación, el del Equilibrio Económico del Contrato, el de la Irretroactividad de los Actos Administrativos, el de la igualdad ante la ley, etc. (Artículo 8º de la Ley 153 de 1887)." PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, *Derecho Procesal Administrativo*, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Página 243.

Este vicio también configura nulidad en el acto administrativo, pero casi siempre es complementario de otros vicios más precisos, como los de inconstitucionalidad o ilegalidad formal, constitutivos de la causal de nulidad que venimos analizando: violación de las normas en que debería fundarse el acto administrativo.

c. Nulidad por violación al sistema jerárquico del Ordenamiento Jurídico⁹¹⁹

En este evento no debemos encasillarnos solamente en la legalidad formal (aquella que emana directamente del Congreso), también se contemplan los actos con fuerza de ley, esto es: los Decretos Legislativos, Decretos Leyes y los Tratados internacionales ratificados e incorporados a través de la ley por Colombia que no pertenezcan al bloque de constitucionalidad; todos los actos administrativos, siempre y cuando el acto administrativo viciado sea de menor jerarquía frente al acto administrativo que le falta al respeto o no le obedece a sus designios, e incluso el Contrato Estatal⁹²⁰.

Sobre los tratados internacionales ratificados por Colombia e incorporados a nuestro ordenamiento jurídico a través de la ley que no pertenezcan al bloque de constitucionalidad, consideramos que como tales son fuente de legalidad de los actos administrativos y, por ende, su vulneración generaría nulidad de tales decisiones administrativas. Por otro lado, no es necesario adjuntar a una posible demanda de nulidad, a propósito de lo expuesto, la prueba de la vigencia del tratado internacional, habida cuenta que él mismo se convierte en ley nacional cuando es acogido por Colombia. Sobre estos puntos, el profesor Alejandro Ramelli Arteaga hace unos comentarios acertados al respecto, así:

A decir verdad, no solo el juez interno debe estimar que se está en presencia de una norma internacional self executing, sino que además se le exige al particular que aporta la prueba de un hecho notorio como lo es la vigencia tanto interna como internacional de estos tratados referentes a derechos humanos. Parecen olvidar nuestros jueces que las normas convencionales son incorporadas al orden interno colombiano mediante una ley de la República, y que ningún ciudadano está obligado a demostrar la vigencia de la misma en el curso de un proceso judicial. [...]

⁹¹⁹ Si se quiere recordar los criterios para dilucidar los problemas de orden jerárquico entre los actos administrativos, invitamos al lector a leer el capítulo sobre el principio de legalidad explicado al inicio de esta obra.

⁹²⁰ “Ahora la norma superior para efectos de su confrontación con el acto, es toda disposición que determine la competencia del funcionario que lo expida, el contenido, la forma, el fin, etc. En este sentido el acto administrativo que desconoce los condicionamientos que se hayan establecido, por ejemplo en un contrato, para su expedición, esta viciado de nulidad; sería el caso, por ejemplo, de un acto administrativo mediante el cual se sanciona al contratista por no utilizar un tipo específico de material en la obra, cuando dentro del texto del contrato se tenía otra especificación”. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Página 243.

[...] en sede de los contenciosos de nulidad y de nulidad y restablecimiento, el Consejo de Estado ha sido renuente a anular actos administrativos por ser éstos contrarios a la legalidad internacional, recurriendo para ello a argumentos particularmente débiles y por lo demás contrarios al contemporáneo derecho internacional de los derechos humanos, amén de diversas disposiciones constitucionales.⁹²¹

En este caso, para que se configure este vicio, es menester tener en cuenta que el acto administrativo debe atentar contra una ley, un acto con fuerza de ley, un acto administrativo superior o un contrato estatal. Los casos que se podrían considerar son los siguientes:

- **Violación directa de la ley:** Esta situación hace referencia a la violación directa a la legalidad formal, es decir, la ley expedida por el Congreso o por el Presidente de la República, en este último caso, siempre y cuando los actos que expida tengan fuerza de ley (Decretos legislativos y Decretos leyes), de los actos administrativos superiores a la decisión que se torna en irregular o del Contrato Estatal. En este evento la violación debe surgir de un estudio comparativo entre el acto administrativo y la ley, el reglamento que regule la materia o el contrato específico. El profesor Pedro Antonio Lamprea advierte que la violación directa se presenta por falta de aplicación (en este caso, se daría la situación de un Gobernador que expide actos administrativos con base en una ley derogada y no en la vigente) o por aplicación indebida, así: “Cuando el acto debe expedirse sobre cierta disposición, hay violación por no tenerla en cuenta [...] El vicio de ilegalidad por aplicación indebida ocurre cuando el acto se funda en disposición que no regula la situación, como si a un servidor público, inscrito en la carrera administrativa, se le retira del servicio con el estatuto del libre nombramiento y remoción”⁹²².

- **Violación de las competencias:** Aquí se hace referencia a las normas reguladoras de las competencias de la Función Pública, donde estaríamos ante normas expedidas por el Congreso o directamente de orden constitucional. El acto administrativo viciado de nulidad debe asignar competencias a un funcionario, desconociendo norma superior que regule el caso determinado.

- **Violación por error de hecho o de derecho:** El Servidor público que expide el acto administrativo, hace una interpretación errada de los hechos

⁹²¹ Memorias de las Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, páginas 676, 677 y 693.

⁹²² Anulación de los Actos de la Administración Pública, Editorial Doctrina y Ley, segunda Edición, 2004, página 220.

que fundamentan la decisión administrativa e incluso, se basa en hechos que no se encuentran probados. De esto surge la siguiente conclusión: se utiliza un marco normativo para dilucidar una situación jurídica errada, lo que hace violar tal marco normativo. Por ejemplo: Concederle a alguien una pensión de jubilación sin tener derecho a ello, viola las normas pertinentes sobre seguridad social. Este evento también se presenta, cuando se hace una interpretación errada de normas, con respecto a su alcance o aplicabilidad y se materializa, tal interpretación, en los hipotéticos efectos jurídicos que busca producir la decisión administrativa. Sobre el particular, el profesor Lamprea explica: “En este caso, el vicio consiste, no en dejar de aplicar una norma obligatoria, ni en aplicar a un caso que no regula, sino en dar, a la norma aplicable, un sentido que no tiene, conducta que equivale a realizar una falsa declaración legal.”⁹²³

2. Nulidad del acto administrativo cuando haya sido expedido por funcionario u organismo incompetente

Dentro de esta causal debemos ubicarnos en uno de los elementos externos del acto administrativo como lo es el sujeto activo, a quién, de conformidad con su cargo, deberá tener un empleo y unas funciones determinadas y, por ende, de ellas no se podrá apartar, tal como lo contemplan los artículos 6to, 121, 122 y 123 inciso segundo (2do) de la Constitución Política. Cuando la irregularidad se detecta en el servidor público o un órgano que carece de personalidad jurídica, se vislumbra la incompetencia en sentido estricto, al paso que cuando se detecta en una persona jurídica, la incompetencia pasa a ser sinónimo de incapacidad jurídica y se considera en sentido amplio. Para efectos del estudio de esta causal, nos referiremos a la incompetencia en general, sin entrar a distinguir si estamos en presencia del sentido estricto o el amplio, lo cual no es óbice para que en el devenir de la actividad jurídica se haga la distinción para cada caso concreto. Esta diferencia entre incompetencia en sentido estricto e incompetencia en sentido amplio la explica la doctrina Española en los siguientes términos:

A partir de la noción del órgano, que es el elemento subjetivo, resulta fácil determinar el elemento objetivo o competencia. Este elemento objetivo viene dado por la esfera de actividades y cometidos que el órgano está llamado a realizar. La competencia es, como dice DÁLESSIO, “la medida de la potestad que pertenece a cada órgano”. A los efectos del estudio de los vicios del acto administrativo, algunos autores examinan separadamente el requisito de la competencia del requisito de la capacidad jurídica. Esta distinción es exacta en teoría, puesto que la capacidad debe predicarse de

⁹²³ Anulación de los Actos de la Administración Pública, Editorial Doctrina y Ley, segunda Edición, 2004, página 221.

las personas jurídicas de Derecho público, mientras que la competencia debe predicarse de sus órganos. Pero no existe ningún inconveniente en utilizar esta última expresión en un sentido amplio, de forma que cualquier acto administrativo dictado por una persona jurídico-pública en materia para la que carece de capacidad, así como todo acto producido por órgano incompetente, se diga que es un acto viciado de incompetencia. En este sentido amplio hablamos aquí de la competencia.⁹²⁴

El vicio de la incompetencia, también conocido como de abuso o exceso de poder o de extralimitación de funciones⁹²⁵, puede tener diferentes matices jurídicos⁹²⁶, así:

a. Incompetencia por razón de la materia (*ratione materiae*)

Esta situación se presenta cuando, de conformidad con los cometidos que debe ejercer el Servidor público o la Entidad Pública, esta se aparta de los mismos, y entra a pronunciar o decidir sobre otros aspectos que no son de su resorte funcional⁹²⁷. Este tipo de incompetencia, se puede materializar en tres aspectos fundamentalmente:

- El ejercicio por parte de los sujetos administrativos de funciones que no están contempladas en el manual determinado o en el reglamento o la ley respectiva, para el tipo de cargo en que se desempeñen.

⁹²⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 592. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹²⁵ “Pero puede ocurrir que un órgano con competencia en determinada materia, actúa excediéndola, circunstancia que hace que el acto quede viciado. En estos eventos se habla del vicio de abuso o exceso de poder. Recuérdese que los funcionarios públicos no pueden hacer sino aquello que les estas expresamente permitido”. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 235.

⁹²⁶ “La doctrina distingue tres tipos de competencia: territorial, funcional (o por razón de la materia) y jerárquica (o por razón del grado). Caben, pues, otros tantos supuestos de violación de la competencia. Al mismo tiempo, y en relación con la sanción jurídica que estos vicios determinan (nulidad o anulabilidad del acto administrativo viciado), se distinguen los supuestos de incompetencia absoluta y relativa”. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 592. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González. Es pertinente recordar que la distinción que trae a colación el autor en el aparte doctrinal que se cita en este pie de página, resulta importante para la figura de la convalidación, pues la incompetencia interna o relativa se puede subsanar a través de esta figura.

⁹²⁷ “La violación de la competencia funcional da lugar normalmente a supuestos de incompetencia absoluta. Casos de incompetencia absoluta son, de una parte, aquellos que pudieran explicarse también como defecto de capacidad del ente que actúa, como, por ejemplo, cuando las entidades locales invaden la competencia estatal o cuando, en régimen de autonomía municipal, el Estado resuelve cuestiones reservadas a los Municipios; de otra, cuando autoridades de una rama de la Administración invaden competencias que de manera notoria están atribuidas a otra rama distinta, como por ejemplo, si el Rector de una Universidad ordenase la vacunación obligatoria de los vecinos de una localidad, o si un Delegado de Hacienda decretase la expulsión de un alumno de la Universidad por un impago de impuestos”. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 592. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

- El ejercicio por parte de los sujetos administrativos de funciones que no existen, es decir, que no hacen parte del objeto social de la Entidad Pública a la cual pertenecen. El objeto social de las entidades públicas se encuentra por regla general en el ordenamiento jurídico.

- El exceso en las competencias delegadas. En este caso, el delegante le asignó unas funciones al delegatario, precisas o detalladas y, sin embargo, el funcionario público realiza actuaciones que trascienden dichas funciones sin autorización debidamente expedida. Los linderos de la delegación se encuentran en el acto administrativo que delega. Lo anterior porque la delegación constituye una transferencia del ejercicio de la competencia, tal como lo ha precisado el Consejo Estado en los siguientes términos:

[...] “la delegación no implica la pérdida de la titularidad sino la transferencia del ejercicio de la competencia”. Dos aspectos interesan destacar de esta afirmación: el primero, que en la medida en que la delegación es esencialmente revocable y en cualquier momento el delegante puede reasumir la competencia delegada, se transfiere tan solo el ejercicio, mas no la titularidad de la misma, la cual se mantiene siempre en el catálogo de funciones asignadas por la ley al empleo público correspondiente. Y, el segundo, que si bien tanto la ley y la jurisprudencia –recién citada- como la doctrina han señalado, en no pocas ocasiones que “el objeto de la delegación es la competencia o autoridad que ostenta el delegante para ejercer las funciones de su cargo”, es lo cierto que el propio Constituyente colombiano zanjó la cuestión al establecer que lo delegable son las funciones propias del cargo del cual se trate –arts. 196, inc. 4º, 209 y 211 constitucionales-.⁹²⁸

b. Incompetencia por razón del territorio (ratione loci)

Para poder dilucidar con precisión este acápite, debemos tener claros los conceptos de la descentralización, la delegación y la desconcentración, así:

La Descentralización: En ella está inmersa la personalidad jurídica, la autonomía administrativa y patrimonial. Es decir, cada Entidad Pública descentralizada cuenta con sus propios recursos, puede adquirir derechos y obligaciones y tiene su propia estructura orgánica y funcional. La descentralización puede ser territorial, por servicios y por colaboración.

⁹²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2007. Expediente 13503. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2008, páginas 590 a 599.

La Delegación: Se da en el evento en que un Servidor público con determinadas competencias, se las transfiere a otro de menor jerarquía u a otro organismo o autoridad (art. 211 de la CP), quién asumirá la responsabilidad en el cumplimiento de las mismas, sin embargo, quién delega tendrá la obligación de vigilar y supervisar las actuaciones del delegatario. La jurisprudencia ha definido la delegación de la siguiente manera:

La delegación de funciones administrativas constituye, entonces, un importante mecanismo para desarrollar la gestión pública con eficacia, economía y celeridad, comoquiera que mal podría desconocerse que los servidores públicos que tienen a su cargo la representación de las entidades públicas las más de las veces carecen de la posibilidad de atender directamente todas las funciones que estatutaria, legal y constitucionalmente les han sido asignadas. De allí que con base en los mencionados y otros preceptos constitucionales que se ocupan de la comentada noción, la figura de la delegación administrativa pueda conceptualizarse como un instrumento jurídico de la actividad pública mediante el cual un funcionario u organismo competente transfiere, en las condiciones señaladas en el acto de delegación y en la ley, a uno de sus subalternos o a otro organismo, una determinada atribución o facultad, siempre y cuando se encuentre legalmente autorizado para ello [...].⁹²⁹

En la jurisprudencia, cuyo aparte jurisprudencial se acaba de transcribir, se discriminaron las características de la delegación, las cuales nos permitimos resumir en los siguientes puntos, así:

- Su finalidad es distribuir competencias para facilitar el cumplimiento de tareas con mayor eficacia, eficiencia y celeridad.
- Es una excepción al principio de la improrrogabilidad de la competencia.
- La delegación no implica la pérdida de la titularidad sino la transferencia del ejercicio de la competencia.
- Contra las decisiones del delegatario proceden los mismos recursos que sería viable ejercer en contra de los actos administrativos directamente expedidos por el delegante.
- La facultad para delegar debe estar prevista en la ley y, a contrario sensu, no puede ser prohibida. Por ejemplo: el Vicepresidente de la República no puede asumir funciones de ministro delegatario (CP, art. 202).

⁹²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 31 de octubre de 2007. Expediente 13503. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2008, páginas 590 a 599.

- Se requiere que las funciones delegadas estén asignadas al delegante.
- El delegante no podrá tomar decisiones en asuntos cuyo ejercicio haya sido delegado, salvo que se utilice la avocación (reasunción de las funciones a través de acto administrativo).
- La delegación requiere de un acto formal de delegación, en el cual se exprese la decisión del delegante, el objeto de la delegación, el delegatario y las condiciones de tiempo, modo y lugar para el ejercicio de la delegación.
- El delegatario puede ser o no un funcionario subordinado al delegante.
- El delegante tiene la responsabilidad de vigilar y controlar la manera como el delegatario ejerce las correspondientes competencias.
- El delegante posee poder de instrucción en cuanto al alcance, el sentido, los criterios y los parámetros a los cuales habrá de atender el mencionado delegatario.

La Desconcentración, Se trata de simples actuaciones de trámite o procedimentales, donde, el funcionario responsable de dichas actuaciones o procedimientos, las deposita en terceros para que estos las lleven a cabo, empero, la responsabilidad seguirá en cabeza de quién desconcentra.

Sin perder de vista lo anterior, se presentan los siguientes fenómenos de incompetencia por razón del territorio:

- Se profieren actos administrativos para que surtan efectos jurídicos en otro ámbito territorial. Es el caso en el que el Gobernador de Antioquia expida un acto administrativo para que surta efectos en el Valle del Cauca.
- Se profieren actos administrativos por fuera de las demarcaciones Geográficas de la entidad a la cual pertenece. Es el caso en que el Gobernador de Antioquia expida un acto administrativo en el Municipio Armenia, lo está haciendo por fuera de su jurisdicción territorial, es por esto que siempre se debe dejar un Gobernador encargado que atienda los asuntos del Departamento.
- En cuanto a la Nación como persona jurídica que tiene ámbito en todo el territorio Nacional, para poder determinar la incompetencia de las entidades del ámbito nacional, se deberá tener en cuenta las figuras de la Delegación y Desconcentración ya antes explicadas.

De las anteriores situaciones se colige lo siguiente: la descentralización territorial se constituye en un aspecto muy importante para determinar la competencia por territorio y, por ende, los eventos de incompetencia por la misma razón. Sobre este punto la doctrina española expresa:

La violación de la competencia territorial supone que una autoridad interviene en el ámbito territorial reservado por el Derecho objetivo a otra. Este vicio no se produce frecuentemente, dado que en pocas ocasiones se presta a dudas la delimitación territorial administrativa actualmente vigente. Para el caso, empero, de que la incompetencia se produzca, la gravedad de la sanción habrá de determinarse teniendo en cuenta que, justamente en atención a la claridad de criterios en que la división territorial se basa, estamos en presencia de un supuesto de incompetencia absoluta (o manifiesta, según la expresión adoptada por el art. 62.1.a) de la LRJ y PAC), por tanto, la nulidad absoluta del acto administrativo.⁹³⁰

c. Incompetencia por razón del tiempo (Ratione temporis)

Se da en el evento en que la Autoridad Pública actúe por fuera de los términos determinados en la ley en sentido material (bloque de legalidad), ya sea, antes del tiempo en que le correspondía actuar al funcionario o con posterioridad al vencimiento del marco normativo.

El artículo 349 de la Constitución Política trae un ejemplo sobre este particular, en lo que tiene que ver con la ley anual de presupuesto, en este caso no hablaríamos de nulidad, sino de inconstitucionalidad, porque se trata de una ley, sin embargo, es un ejemplo que nos sirve para ilustrar el tema. En lo que tiene que ver con actos administrativos, en materia Departamental y Municipal, se encuentra el caso de que la Asamblea o el Concejo respectivo, le otorgue precisas atribuciones al Gobernador o al Alcalde, según el caso, para que las ejerza en un tiempo previamente establecido.

Es menester manifestar que la incompetencia por razón del tiempo, también se materializa cuando el Servidor público expide actos administrativos sin encontrarse posesionado en el cargo o luego de haber sido retirado del servicio, sin perjuicio de la teoría de los funcionarios de facto que tocaremos más adelante⁹³¹. Obviamente debe mediar entrega del cargo, en caso contrario el Servidor público a retirar aún es competente para prestar el servicio. Así lo explica la doctrina en los siguientes términos:

[...] en virtud del principio de la continuidad del servicio público, el momento hasta el cual se prolonga la competencia temporal puede ir un poco más allá de aquel en que se produce teóricamente el retiro del servicio. En efecto, el artículo 281 del Código de Régimen Político y

⁹³⁰ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 593. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹³¹ Ver: Libardo Rodríguez, Derecho Administrativo General y Colombiano, Página 248, Editorial Temis.

Municipal establece que ningún empleado dejará de actuar, aunque su período haya terminado, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto, o el suplente respectivo. Por su parte, el numeral 4 del artículo 126 del decreto 1950 de 1973, consagra también este principio al establecer que es causal de abandono del cargo el abstenerse de prestar el servicio antes que asuma el cargo quien ha de reemplazarlo, mientras que el artículo 34, numeral 17, de la ley 734 de 2002, lo consagra como deber de los servidores públicos. A su vez, debe tenerse en cuenta que el Código Penal anterior (decr. 100 de 1980) consagraba, en su artículo 156, el delito de abandono del cargo, pero el nuevo Código Penal (ley 599 de 2000), no tipificó como delito esta conducta.⁹³²

d. Incompetencia en razón del grado de horizontalidad

Esta situación se caracteriza porque no existe ningún vínculo jerárquico entre los funcionarios que se ven involucrados en los fenómenos de incompetencia. Es el caso de la usurpación de funciones a propósito de la inconstitucionalidad adjetiva, analizada anteriormente respecto a las diferentes ramas del poder público, empero, en este caso se amplía el espectro al nivel legal.⁹³³ Se da en dos situaciones.

- Cuando existe usurpación de funcionarios de la rama ejecutiva en las otras ramas del poder público. Ejemplos de esta modalidad de incompetencia, tenemos: El ejecutivo resuelve destituir al Secretario General de la Cámara de Representantes o del Senado de la República; cuando el ejecutivo, mediante decreto, le da al Contralor o Procurador General de la Nación funciones que son claramente asignadas a las respectivas cámaras del Congreso Nacional; también cuando el ejecutivo, sin las facultades de que trata el numeral 10 del Artículo 150 de la Constitución Política, resuelve legislar en los asuntos que de manera general corresponden al Congreso Nacional; igualmente cuando le da a los actos administrativos efectos hacia el pasado por disposición administrativa⁹³⁴; El ejecutivo no puede nombrar jueces o magistrados, el ejecutivo no puede designar dignatarios de la Corte

⁹³² RODRÍGUEZ R., Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimosexta edición, 2008, Editorial Temis, página 323.

⁹³³ Es necesario advertir que en materia de competencia solo la Constitución y la Ley en sentido formal pueden establecer los marcos generales, por ser un aspecto de orden público. En este sentido se dirige la explicación del Tratadista Santofimio Gamboa en los siguientes términos: “Al introducimos en el presente acápite de la incompetencia fuimos claros en señalar el carácter de normas de derecho público –en consecuencia inmutables por parte de la administración– que tienen aquéllas que determinan las competencias administrativas”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. Op. cit., p. 375.

⁹³⁴ La ley es la única que puede determinar efectos retroactivos en los actos administrativos.

- Suprema de Justicia o del Consejo de Estado; o el ejecutivo no puede administrar justicia, por regla general.
- Al interior de la Administración Pública, también se puede presentar la incompetencia por horizontalidad, en el evento en que algún órgano o ente público se involucre en las funciones de otra entidad pública. Ejemplos de esta situación son los siguientes: Cuando el Ministro de Hacienda profiere un acto administrativo de los que corresponde dictar al Ministro de la Defensa Nacional, o cuando el Superintendente de Sociedades ejercita funciones de la Superintendencia de Notariado y Registro.

e. Incompetencia en razón del grado de verticalidad

En esta instancia, existe un grado de verticalidad de los funcionarios de la Administración Pública. Esta distribución vertical se encuentra regulada por normas superiores que establecen una estructura orgánica y funcional precisa, lo cual las convierte en normas de orden público, es decir, que se tienen que cumplir y son inmutables. Es así, que un superior jerárquico no puede cumplir funciones de su inferior o viceversa, salvo la utilización de las figuras jurídicas de la delegación, siempre que fuere procedente⁹³⁵, y la desconcentración, ya antes explicadas, o excepciones que la misma normativa contemple. Ejemplos de este tipo de incompetencia son los siguientes: cuando un Jefe de Sección o un Director Administrativo resuelve ejercer las funciones otorgadas por el reglamento o la ley al jefe de personal o director de vigilancia. Otro ejemplo sería el de que el Gobernador, quien tiene la potestad para adjudicar contratos, se encontrara con el evento de que quien adjudicó un determinado contrato fue el Secretario de Hacienda, sin que mediara delegación para ello.

La doctrina española ha denominado este tipo de incompetencia como de grado jerárquico, la cual explica y ejemplifica a través de los siguientes términos:

La violación del grado jerárquico por parte del órgano administrativo que actúa solo produce, en cambio, como regla, supuestos de incompetencia relativa, consiguientemente de anulabilidad del acto administrativo viciado. Este tipo de vicio puede producirse en las siguientes hipótesis:

1ª Cuando un superior jerárquico conoce cuestiones que son de la competencia exclusiva de un órgano inferior. Esta es la regla que se desprende del artículo 12.1 de la LRJ y PAC, según el cual “la competencia

⁹³⁵ “Por lo demás, existen competencias indelegables, como ocurre, por ejemplo con la competencia secundaria que tienen las asambleas y concejos para imponer ciertos gravámenes; en estos casos, no pueden las asambleas delegar en el gobernador la facultad de establecer dichos gravámenes en asuntos que son de ellas, como el impuesto a ciertas rifas y juegos de azar.” PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 235.

es irrenunciable [...], salvo los casos de delegación o avocación. Previstos en las leyes.

2ª Cuando un organismo inferior conoce y resuelve cuestiones de la competencia reservada al superior jerárquico. El apoyo legal está en el propio precepto antes citado.

3ª Cuando un órgano administrativo actúa en virtud de una delegación de competencia que estaba prohibida o para la que no estaba autorizado el órgano delegante. Aquí hay una doble incompetencia: la del órgano que delegó lo que no podía delegar y la del que actuó en virtud de delegación ilegal. No obstante, hay que entender que el vicio es de simple anulabilidad, por la apariencia jurídica que la delegación produjo.⁹³⁶

Es de resaltar sobre este tipo de incompetencia su carácter relativo, pues en cualquier momento el acto viciado por esta irregularidad puede ser subsanado a través de la convalidación. Por ejemplo, en el caso expuesto sobre la adjudicación de un contrato por parte del Secretario de Hacienda sin tener facultades para ello, el Gobernador, si está de acuerdo con dicha adjudicación, podrá repetir dicho acto administrativo y suscribirlo directamente, superando la dificultad invalidante expuesta rápidamente y sin ningún obstáculo de tipo jurídico, tal como se explicó cuando abordamos el tema de la convalidación.

f. Competencia de los funcionarios de hecho

Precisa de comentario aparte la doctrina de los funcionarios de hecho, acogida en nuestro derecho con el objeto de preservar la seguridad jurídica de las decisiones que profieran durante el ejercicio del cargo respectivo⁹³⁷. La doctrina española ha justificado la teoría de los funcionarios de hecho en los términos expuestos en este párrafo, así:

Con criterio radicalmente antagónico, otro sector de la doctrina ha defendido la tesis de la validez de los actos producidos por los funcionarios de hecho, siempre que se den determinadas circunstancias. Es, desde luego, la consideración de los intereses en juego la que en este caso se utiliza para justificar esta solución. Consideraciones en

⁹³⁶ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Páginas 593 y 594. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹³⁷ El tratadista Gustavo Penagos afirma: "La jurisprudencia y la doctrina en Colombia sostiene la validez de los actos de los funcionarios de hecho, no solo por motivos de interés general, sino particular, pues a nadie se le puede causar un agravio injustificado, ni desconocer su derecho adquirido de acuerdo con la Constitución y Leyes. Además, no se podría gobernar un Estado, sin reconocer la validez de los actos de los funcionarios irregulares o de hecho, iría en contra por ejemplo de la necesidad, y continuidad de los servicios públicos". (El acto administrativo, Página 384, Ediciones Librería del Profesional, Séptima Edición).

orden a la seguridad jurídica y a la apariencia de legalidad (pues si, como antes se ha dicho, no hay apariencia, ni siquiera podría plantearse el problema), hacen que la doctrina moderna no sienta repugnancia en admitir excepcionalmente la validez de los actos realizados por los que estamos denominando “funcionarios de hecho”.⁹³⁸

Se presenta en dos eventos: en primer lugar, cuando una persona es nombrada en un cargo público, con serias deficiencias en los requisitos que se debían cumplir para ser designada en el mismo⁹³⁹ y, en segundo lugar, cuando un particular permanece en el cargo a pesar de haber perdido su status de servidor público o lo ejerce sin haber sido nombrado o sin haberse posesionado en debida forma, empero, conserva cierto grado de veracidad o de apariencia, que hace entender al conglomerado social que está ante un funcionario legítimo y por ende sus decisiones terminan arropándose con la presunción de la legalidad⁹⁴⁰.

El Dr. Gustavo Penagos al Citar al ilustre tratadista Manuel María Díez, nos ilustra sobre las características que deben reunir los funcionarios de facto, así:

“a. El desempeño anormal del cargo público ya sea por su ingreso irregular a un cargo legalmente creado, ya por permanencia en un cargo creado en forma legal más allá del término normal de su desempeño⁹⁴¹.

b. El desempeño plausible del cargo, es decir la quieta y pacífica posesión del mismo por su aparente legalidad para el público y sus superiores, o por el beneplácito que la colectividad ve que el funcionario lo desempeña.”⁹⁴². Se podría agregar el beneplácito que los superiores podrían ostentar frente a la irregularidad,

⁹³⁸ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 591. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹³⁹ “Por vicio en el nombramiento del funcionario suficiente a determinar su anulabilidad. Al plantearse el problema de la validez de los actos realizados por este funcionario hasta el momento en que se declare la nulidad de su nombramiento se entiende que la solución debe ser afirmativa, ya que mientras efectivamente no se dicte la anulación, el funcionario lo es de derecho; luego sus actos son válidos, porque no puede hablarse de falta de órgano administrativo”. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Páginas 590 y 591. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹⁴⁰ “Porque ejercite la función pública un particular, sin el correspondiente nombramiento, o cuyo nombramiento haya perdido su virtualidad. Para que el problema se plantee efectivamente en este supuesto hace falta, desde luego, que exista una cierta apariencia suficiente a inducir a error a los terceros particulares, pues si ésta no se da, más bien nos encontraríamos ante un caso de falta absoluta de acto administrativo”. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 591. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹⁴¹ Ese desempeño anormal también se puede traducir en un nombramiento con un salario superior al horario laboral efectivamente desempeñado, tal como se explicará más adelante.

⁹⁴² Penagos, Gustavo, El Acto Administrativo, Tomo 1, Parte General, Página 379, Séptima Edición.

es decir, por ejemplo, el caso de una designación errónea de carácter doloso por parte del nominador pero con apariencia de legalidad para la comunidad y tolerancia o en unos casos, ignorancia, de los demás compañeros de trabajo del designado.

El concepto de funcionario de facto no se puede confundir con los conceptos del funcionario de jure y del usurpador de poder. El funcionario de jure es aquel que cumple con los requisitos y prerrogativas que exigen la Constitución y la ley para acceder a la Función Pública, al paso que el Usurpador de poder actúa de mala fe y de forma arbitraria con la connotación de que ante todo el Conglomerado Social nunca podrá considerarse un Servidor público y sus actos no podrán presumirse válidos, salvo que se acepte la detentación de autoridad, a tal punto que tal actuación puede ser objeto de sanciones penales, fiscales y disciplinarias, empero, los actos administrativos que se profieran existirán y se presumirán válidos, tal como lo explicamos a propósito de la inconstitucionalidad adjetiva. Sobre estas tres figuras resulta interesante traer a colación jurisprudencia del Consejo de Estado, la cual se pronunció en relación con los jurados electorales de facto, así:

La posición de esta Sala ha sido la de que la actuación como jurados de votación de personas que no fueron nombradas como tales no implica necesariamente que se haya falseado la verdad electoral contenida en el acto de elección, pues para ello es indispensable que obren en el expediente las pruebas que acrediten el fraude o falsedad. En otras palabras, la intervención en las mesas de votación de jurados sin nombramiento puede dar lugar a la anulación de los registros de los votos depositados en las respectivas mesas en los eventos en que, efectivamente se establezca que dichos jurados actuaron como usurpadores, para lo cual no resulta suficiente demostrar que actuaron sin nombramiento, puesto que, además se requiere la demostración de otros hechos que constituyen los elementos de la usurpación de funciones públicas. En ese sentido, la Sala ha distinguido a los jurados de votación de derecho, los jurados de votación de hecho y los jurados suplantadores o usurpadores; son jurados de votación de derecho aquellos nombrados por las autoridades electorales correspondientes, debidamente posesionados de conformidad con la ley; son jurados de facto o de hecho, aquellas personas que actúan como tales en virtud de autorización o designación de la autoridad competente pero cuyo ejercicio no está precedido del cumplimiento de todas las formalidades legales tales como el nombramiento por escrito y la posesión, pero que, sin embargo, ejercen la función con la apariencia para la comunidad y especialmente para los electores, de obrar como jurados de votación de derecho, derivada de la autorización conferida y

de la convalidación proveniente de que en la respectiva mesa actúan en su mayoría jurados de derecho, y son jurados suplantadores o usurpadores quienes actúan sin ninguna habilitación de las autoridades electorales competentes, aún en mesas de votación donde el número de los jurados de derecho sea mayoritario. Por lo tanto, se configurará vicio de nulidad cuando en una mesa de votación, efectivamente, actúen jurados de votación usurpadores o suplantadores, pues los actos en que estos intervengan y los documentos que expidan no se pueden considerar públicos, esto es expedidos por personas habilitadas para ejercer funciones públicas y por tanto, los registros electorales que contengan dichos documentos carecen de validez y como tales deben ser tenidos por las autoridades administrativas y judiciales. Para la prosperidad del cargo, la intervención de los jurados sin nombramiento debe ser un número mayor que el de jurados de jure y, en todo caso, que el acta de escrutinios, formulario E-14, carezca de la firma de por lo menos dos jurados de votación. Y, precisó, además, que no prospera el cargo si el acta es suscrita por lo menos por dos jurados, uno de los cuales debe ser debidamente nombrado y posesionado y el otro jurado de hecho. Así las cosas, como quiera que no fuera demostrada en este caso la existencia de un fraude en las mesas de votación denunciadas por el demandante con fundamento en la actuación de jurados sin nombramiento, lo cual tampoco fue comprobado, el cargo carece por completo de respaldo probatorio y, por tanto, no tiene vocación de prosperidad.⁹⁴³

Para que una persona pueda acceder a un cargo público, debe reunir los siguientes requisitos:

- a. Calidades genéricas. (Ser mayor de edad, ciudadano en ejercicio, colombiano de nacimiento, etc.).
- b. Calidades específicas para el acceso a la Administración Pública. (Ostentar determinada profesión, tener un mínimo de experiencia laboral, ser especialista, etc.).
- c. No tener inhabilidades, incompatibilidades e inelegibilidades. (No incurrir en los catálogos que contempla expresamente la ley).
- d. Mecanismos constitucionales y legales de provisión de empleos. (Elección, nombramiento, vínculo a través de contrato laboral).

⁹⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla. Bogotá, D.C., seis (6) de mayo de dos mil cinco (2005). Radicación número: 20001-23-31-000-2003-03866-01 (3513). Actor: Arturo Calderón Rivadeneira y otros. Demandado: Alcalde del Municipio de La Paz.

La falta de cualquiera de los anteriores requisitos hace que una persona acceda a un cargo público a través de un título irregular, por lo tanto, su nombramiento podría ser demandado ante la jurisdicción contencioso – administrativa (salvo que carezca de nombramiento), empero, los actos administrativos que expida durante la permanencia del cargo, conservarán su presunción de legalidad, por razones de seguridad jurídica. Por ejemplo: Sería el caso de un manual de funciones que exigiera para determinado cargo, la calidad de profesional especialista, empero, quién accede al mismo es un profesional universitario. Si este durante el ejercicio de su cargo expide actos administrativos, estos conservaran su validez y solo podrá desvirtuarse la presunción de su legalidad, a través de los mecanismos estipulados en la ley.

Sin embargo el anterior no es el único evento en que se puede llegar a ostentar un cargo como funcionario de facto, también es factible que a pesar de haber accedido al cargo de manera legal, por el transcurso del tiempo el Servidor público se torne en un funcionario de facto, como sería el caso de que se llegue a la edad de retiro forzoso y el funcionario continúe cumpliendo con sus funciones con la aceptación de sus superiores y de la sociedad en general. Sobre este particular, el Consejo de Estado ha dicho: “La irregularidad de la investidura, dice Sarria, puede ser por defecto de origen o de causa, como cuando se nombra a un empleado que no llena las calidades que exige la ley; o cuando habiéndosele otorgado inicialmente con regularidad la investidura de empleado, la pierde luego y sigue, sin embargo, en ejercicio de sus funciones, bien sea por ministerio de la ley o bien por circunstancias de hecho no previstas por la ley”.⁹⁴⁴

El Dr. Santofimio dice de manera contundente: “La apariencia de legalidad con que un funcionario de esta clase ejerce un cargo previamente establecido, sumada a la presunción de legalidad que el común de la gente encuentra en las actuaciones de la Administración Pública, hace que los errores de esta no se trasladen como cargas generales que la comunidad debe soportar”.⁹⁴⁵

Del aparte doctrinal transcrito, se colige que el error de la Administración al permitir que un particular sin el lleno de los requisitos, acceda a un cargo, no puede causar daño en el conglomerado que actúa de buena fe, es decir, que no está obligado a auscultar la hoja de vida de los funcionarios y que resulta afectado con las decisiones que profiera dicho particular, arropado con la investidura otorgada irregularmente. También se infiere del doctrinante a que se hace referencia en el párrafo anterior, que es menester que el funcionario de facto acceda a un cargo que previamente exista en la planta de personal de la

⁹⁴⁴ Sentencia del 25 de noviembre de 1991, Expediente No.4639, Con Ponencia del Dr. Joaquín Barreto Ruiz.

⁹⁴⁵ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 363.

respectiva entidad. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Excepcionalmente se ha aceptado la existencia de los llamados empleados de hecho, pero cuyo requisito indispensable es que no solo se desempeñen unas funciones, sino que ellas correspondan efectivamente a un empleo público debidamente creado. Es decir, la figura del funcionario de hecho supone la existencia de un cargo público que se desempeña en virtud de una investidura irregular”.⁹⁴⁶

Ahora bien, se reitera, los actos administrativos que profiera un funcionario de hecho se consideran legales y como tal, dicha presunción de legalidad solo podrá ser desvirtuada de las maneras contempladas en la Constitución o la ley (por revocación o derogación en sede administrativa o nulidad en sede judicial), al paso que los actos administrativos que realiza un usurpador, son nulos por incompetencia porque actúa como un detentador de poder y dentro de esta naturaleza, los actos que se profieren no revisten ningún tipo de legitimidad políticamente hablando, porque provienen de autoridades sin respaldo constitucional, salvo que la detentación de autoridad se legitime por el pueblo.⁹⁴⁷

Es importante manifestar que el funcionario de facto tiene derecho a una indemnización equivalente a todas las prestaciones sociales como si fuera un empleado legalmente vinculado, porque, en caso contrario, se produciría un enriquecimiento sin causa a favor de la administración con el correlativo empobrecimiento sin causa en cabeza del funcionario de facto⁹⁴⁸, sin embargo,

⁹⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección A, Sentencia de 6 de diciembre de 2007. Radicación interna 4595-05. Consejero Ponente: Dr. Jaime Moreno García. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de 2008, páginas 392 a 399.

⁹⁴⁷ “Nos enfrentamos, por consiguiente, desde la óptica política, con un acto inexistente; desde la óptica jurídica, válido y eficaz en su oportunidad para la legalidad propia de los usurpadores; desconocido por el régimen constitucional vigente y frente a él viciado por la incompetencia generada en el desconocimiento de la autoridad constitucionalmente instituida”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 367

⁹⁴⁸ Consejo de Estado, Sentencia del 16 de agosto de 1963, Publicada en anales del Consejo de Estado, segundo semestre de 1963, Tomo 67, Números 403 – 404, Página 57. En reciente providencia se ratificó esta posición en los siguientes términos: “Así las cosas, habiendo el actor prestado sus servicios por el lapso reclamado, en condición de funcionario de hecho, por haber sido designado como conjuer, pese a que se le asignaron las mismas funciones del magistrado titular, resulta incuestionable que goza del derecho a que la administración le pague la respectiva remuneración.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda-Subsección A, Sentencia de 6 de diciembre de 2007. Radicación interna 4595-05. Consejero Ponente: Dr. Jaime Moreno García. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de 2008, páginas 392 a 399. Así mismo en providencia de reciente factoría se ratificó esta postura jurisprudencial en los siguientes términos: “De ahí que cuando un particular ejecuta labores administrativas, con conocimiento, aquiescencia y a favor de la administración este tiene derecho a un reconocimiento económico, en virtud del principio del no enriquecimiento sin causa.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de 9 de junio de 2011. Radicación 85001-23-31-000-2005-00571-01. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2011, páginas 1867 a 1877.

esta situación no le otorga ningún tipo de estabilidad, ya que, dado el caso de que la administración se dé cuenta que vinculó a un funcionario de manera irregular a la función pública o que ostenta el cargo sin ya tener derecho a ejercerlo, podrá expedir un acto administrativo debidamente motivado donde se revoque el nombramiento o la elección irregular del servidor público de facto, sin consentimiento del mismo⁹⁴⁹ y en caso de no existir nombramiento o elección, se proferirá una decisión donde se dé por terminada la situación fáctica ilegal.

Lo anterior lo ha explicado el Consejo de Estado en los siguientes términos en cuanto a un caso concreto: “En tales condiciones, esto es, no existiendo una vinculación laboral legítima de la actora con la Nación-Ministerio de Educación Nacional en cualquier momento podría prescindirse de sus servicios, sin que se le vulnerara derecho alguno relacionado con su permanencia en la administración, por cuanto de una mera vinculación de hecho no puede derivarse prerrogativa alguna de estabilidad en el servicio que impida a la administración sanear una situación a todas luces irregular”⁹⁵⁰.

Aún más, se podría argumentar que existe funcionario de facto por fijación irregular en materia salarial, donde la intensidad horaria no corresponde al sueldo devengado. En este caso el funcionario sencillamente es de facto en cuanto al excedente en dinero y, tal como se advirtió, la reducción del salario es viable sin consentimiento del afectado. En otras palabras, el excedente salarial no tiene respaldo legal y por ende no reviste estabilidad alguna dentro del ordenamiento jurídico considerándose en este caso un funcionario de facto en cuanto al monto irregular percibido. Este aspecto lo explica el Consejo de Estado de la siguiente manera: “Y no se trata de desconocer un derecho adquirido, como alega la parte actora, pues ningún derecho puede derivarse de una situación contraria al ordenamiento legal, como en este caso en que la demandante percibió un monto salarial que no correspondía a la jornada laboral que le fue asignada desde su designación”⁹⁵¹.

Por último, es menester manifestar que los actos administrativos proferidos por los funcionarios de facto, mientras sean proferidos sin incurrir en ninguna de las causales contempladas en el artículo 137 del CPA, son completamente válidos y susceptibles de producir efectos jurídicos, por lo tanto, cuando un funcionario de facto profiere actos administrativos de conformidad a su investidura no se

⁹⁴⁹ No sobra advertir que la revocatoria directa en estos casos solo opera para nombramientos o elecciones no populares, habida cuenta que en tratándose de elecciones populares, el nominador es el pueblo y como tal, no tiene facultad de revocatoria directa.

⁹⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Bogotá D.C., marzo 31 de 1992, Expediente N° 4367, Consejero Ponente Dr. Joaquín Barreto R.

⁹⁵¹ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección A, Sentencia de 5 de marzo de 2004. Expediente 1942–02. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero.

puede esgrimir la causal de nulidad “falta de competencia por ser funcionario de hecho”, porque se considera que el acto administrativo es jurídicamente viable sin importar que el funcionario que lo expidió sea un funcionario de facto, empero, si el funcionario de facto incurre en incompetencia por territorio, por tiempo, por materia, por horizontalidad o por verticalidad, la decisión administrativa por él proferida estará viciada de nulidad por incompetencia.⁹⁵² Por otro lado, nunca el transcurso del tiempo regulará la vinculación de un funcionario de facto, solo un acto administrativo que convalide la situación podrá subsanar la irregularidad. Por ejemplo: si se nombró a una persona para un cargo de especialista sin serlo, dicho nombramiento no se convalidará si el funcionario obtiene el título de postgrado posteriormente, salvo que se expida un nuevo acto administrativo de nombramiento en el referido cargo, luego de obtenido el título anotado.

Responsabilidad de los funcionarios de facto:

Consideramos que los funcionarios de facto son servidores públicos, habida cuenta que mientras el acto de nombramiento o elección no sea revocado o declarado nulo, se presume legal y, por ende, a este tipo de “funcionarios”, les es aplicable el código único disciplinario. Desde nuestro punto de vista los únicos eventos que generarían la imposibilidad de una hipotética responsabilidad disciplinaria es cuando se trata de “funcionarios” no nombrados o no posesionados⁹⁵³ o servidores públicos que han perdido su investidura por haberse desvinculado de la función pública de manera temporal o definitiva (renuncia, finalización del periodo, destitución, insubsistencia, etc..). Obviamente, en este último caso, siempre y cuando la presunta falta se cometa durante el tiempo que dejaron de ser servidores públicos. Por otro lado, estos funcionarios pueden ser objeto de sanción penal, responsabilidad fiscal e incluso, política.

Nota: No es posible declarar el vicio de incompetencia de oficio

⁹⁵² “Conforme a la doctrina que se ha venido exponiendo, el funcionario de facto es el que tiene una investidura irregular, en su origen o sobreviniente pero que ejerce la función de acuerdo con la ley, aunque el título en virtud del cual la ejerce este viciado en su existencia o legitimidad” (Gustavo Penagos, *El Acto Administrativo*, Tomo 1, Página 380, Séptima Edición, Librería el Profesional).

⁹⁵³ El profesor Pedro Antonio Lamprea advierte cuando se adquiere la calidad de servidor público, así: “La calidad de servidor público nace del procedimiento legal de investidura, previo nombramiento, confirmación y posesión. Los actos del funcionario con investidura sub júdice, valdrán mientras la nulidad no sea judicialmente declarada. La competencia se ejerce hasta la cesación del empleo, por retiro del servicio”: *Anulación de los Actos de la Administración Pública*, Segunda Edición, corregida y aumentada, 2004, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C., página 248. Sin embargo esta posición no es unánime, el Consejo de Estado a contrario sensu, señala: “Pero es necesario aclarar que la omisión en el cumplimiento de cualesquiera de los requisitos que se exigen para la posesión, no invalidará los actos del empleado respectivo, ni lo excusa de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones”. Consejo de Estado, Sentencia del 25 de noviembre de 1991, expediente 4639.

Para finalizar el tema de la incompetencia, cabe reprochar la tesis del Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié en el sentido de que el Juzgador podría tipificar el vicio invalidante de la incompetencia aún de oficio. Afirmación que a todas luces riñe con la presunción de legalidad de los actos administrativos, aspecto vital para la funcionalidad de nuestro sistema jurídico, esto es, la presunción de legalidad debe ser desvirtuada por quien alega la ilegalidad y por ningún motivo el juez puede tomar partido en este asunto, en caso contrario, las decisiones administrativas que se profirieran con el vicio de la incompetencia tendrían una inestabilidad jurídica superior a las del resto de las decisiones, con consecuencias nocivas para los particulares de buena fe que obtengan beneficios bajo el amparo de dichos actos administrativos y con el cumplimiento de los requisitos que la ley exija para acceder a tales beneficios. Piénsese en el evento de una pensión de jubilación obtenida con base en el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley, empero, reconocida por el servidor público que no tiene competencia para ello. En este caso, la administración podrá hacer uso de la convalidación, sin embargo, si el juez administrativo decreta la incompetencia de oficio y anula el acto administrativo que reconoció el status pensional, simplemente, le quita un derecho adquirido a un particular por una irregularidad formal, a pesar de que el proceso se hubiere iniciado solo para obtener la reliquidación de la mesada pensional. La posición que se crítica la expone el citado autor de la siguiente manera:

El vicio de incompetencia es considerado tal vez el más grave, atribuyéndole por la doctrina y la jurisprudencia el carácter de insaneable y por lo mismo, el que pueda ser declarado de oficio cuando aparezca acreditado en el proceso. Frente a una actuación que se origine en la ausencia de competencia del órgano que produce la voluntad, el Juez Contencioso no puede acogerse al principio de la justicia rogada de esta jurisdicción y debe proceder a declarar la nulidad del acto, aunque el actor no la haya solicitado.⁹⁵⁴

Desafortunadamente esta tesis doctrinal ha sido acogida por la Jurisprudencia del Consejo de Estado en los siguientes términos:

En efecto, la incompetencia absoluta del órgano administrativo, con ocasión de la usurpación de las atribuciones que por mandato constitucional o legal corresponde a otra autoridad, o como en este caso –tratándose del ejercicio de la potestad reglamentaria- que han de ejercerse conjuntamente con otra, es sin duda una de las formas de ilegalidad más grave que puede ostentar un acto administrativo.

⁹⁵⁴ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 235.

Esta circunstancia –que no puede pasar por alto la Sala así no haya sido alegada por el actor- entraña la infracción manifiesta de uno de los principios medulares de todo Estado de derecho: el de legalidad.⁹⁵⁵

3. La falsa motivación

a. La Motivación es la Regla General

La Administración Pública, al momento de tomar una decisión administrativa, debe poseer fundamentos de hecho o de derecho que la lleven a proferir un acto administrativo en determinado sentido⁹⁵⁶.

Los fundamentos de hecho o de derecho a que se ha hecho referencia, deberán expresarse por escrito en el acápite de los considerandos del acto administrativo. En caso de que la decisión fuere verbal, deberá extenderse un acta donde se plasme la motivación, junto a la diligencia de notificación (Inc. 2do, art. 44, CCA e inciso tercero del artículo 15 del CPA). En el evento de que el acta no se extienda, a petición de parte, la administración, con posterioridad a la decisión, tiene la obligación de suministrar la información sobre los motivos que la llevaron a adoptar el acto administrativo verbal.

En el evento en que la administración pública no esté obligada a plasmar los motivos que la llevaron adoptar la decisión, el interesado podrá pedir que el representante administrativo de la entidad que adoptó la decisión rinda informe escrito bajo juramento, sobre los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar al acto administrativo, en caso de no hacerlo, se podrán generar graves consecuencias en materia probatoria al interior de un proceso jurisdiccional en contra de la administración pública. En este sentido, el Dr., Carlos Betancur Jaramillo, en su obra de Derecho Procesal Administrativo, ha expresado: “Si el acto no expresa los motivos y no requiere ser motivado, podrá el interesado con base en el artículo 199 del CPC, pedir que el representante administrativo de la entidad rinda informe bajo juramento sobre el motivo que lo impulsó a su expedición. La negativa de la administración, aunque no podrá tomarse como una confesión ficta, si será un indicio de su falta de justificación; circunstancia que, como se dijo, puede implicar una desviación de poder”⁹⁵⁷.

⁹⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de octubre de 2011. Radicación 11001-03-26-000-2007-000-40-00. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2012, páginas 325 a 337.

⁹⁵⁶ “Por motivación del acto administrativo debe entenderse la exposición de las razones que han movido a la Administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste”. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 621. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹⁵⁷ Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Páginas 227 y 228, Señal Editora.

Es necesario acotar, respecto al uso del artículo 199 del CPC, que es una disposición utilizable solo para configurar el desvío de poder y no la falsa motivación, habida cuenta que los razonamientos de hecho o de derecho que dieron lugar a la expedición del acto, se presentan luego de proferida la decisión, por tanto, no hacen parte integrante de la misma y no tiene la entidad suficiente de anularlo por la causal que se estudia, toda vez que los vicios de nulidad de un acto administrativo deben ser previos o concomitantes a su expedición. Así mismo, es pertinente señalar que el artículo 199 del CPC fue prácticamente reiterado en el artículo 195 del Código General del Proceso.⁹⁵⁸

En el mismo sentido se entiende el evento de la motivación en la hoja de vida de las causales que dieron lugar al retiro de un funcionario de libre nombramiento y remoción o en general, vinculado con estabilidad precaria. Es decir, la anotación o no en la hoja de vida no genera falsa motivación, porque no es un vicio previo o concomitante al acto administrativo de insubsistencia⁹⁵⁹.

La motivación de los actos administrativos debe ser la regla general y solo a título de excepción legal, como ocurre en los casos de los actos administrativos de libre nombramiento y remoción, se podrá omitir, porque la motivación de las decisiones es desarrollo del principio de publicidad que debe reinar en la función administrativa, tal como lo contempla el artículo 209 de la Constitución Política⁹⁶⁰.

El Consejo de Estado, ha sido claro en manifestar que una decisión inmotivada de la Administración “[...] deja ver que la Administración obró por razones ocultas por fuera del interés de la comunidad; o por simple capricho [...]”⁹⁶¹. En este sentido,

⁹⁵⁸ “**Declaraciones de los representantes de personas jurídicas de derecho público.** No valdrá la confesión de los representantes de las entidades públicas cualquiera que sea el orden al que pertenezcan o el régimen jurídico al que estén sometidas. Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, determinados en la solicitud. El juez ordenará rendir informe dentro del término que señale, con la advertencia de que si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales vigentes (smlmv).”

⁹⁵⁹ Sobre este particular, el Consejo de Estado explica: “[...] la anotación en la hoja de vida es posterior a la declaratoria de insubsistencia y la nulidad de esta no puede causarse por su consecuencia. Los vicios de nulidad de un acto administrativo deben ser previos o concomitantes con su expedición” Sección segunda, sentencia de octubre 9 de 2003. Expediente 3290-02. Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Revista Jurisprudencia y doctrina *Legis*, de marzo de 2004, páginas 365 y ss. Aunque compartimos en parte esta posición, consideramos que la motivación en la hoja de vida podría ser un elemento probatorio para acreditar desviación de poder.

⁹⁶⁰ Esta regla general también ha sido contemplada en el derecho administrativo español, tal como lo explica la doctrina de España en los siguientes términos: “Desde luego, en nuestro derecho no han faltado intentos en este sentido. ROYO VILLANOVA recuerda la Orden de la Presidencia de 10 de junio de 1913, según la cual todo acuerdo administrativo debe contener necesariamente la relación de los hechos que lo originan y los fundamentos de Derecho en que se apoya, tanto para conocimiento de la Administración en ulteriores actuaciones y de los mismos interesados para poder formular el correspondiente recurso, como por resultar inmorale e impropio denegar una solicitud o denegar una propuesta sin alegar razón o justificación alguna”. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 622. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de agosto 30 de 1977, C.P. Carlos Restrepo S. ACE, T. XCIII, 1977.

el Profesor Betancur Jaramillo en la obra reseñada líneas atrás, expresó: “Aunque el Código no sienta la regla absoluta de que todo acto administrativo tendrá que motivarse, sí trae ciertos principios que permiten pensar que la motivación es la regla. Así en el artículo 35 se ordena que “habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares”. En igual sentido, la Ley 58 de 1992 en su artículo 5o. impone la obligación de motivar todo acto que afecte a los particulares”⁹⁶².

De conformidad a lo anterior, posiciones como la expuesta por el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de julio de 1984, Consejero Ponente Dr. Jacobo Pérez Escobar, expediente No. 4261, en el sentido de que la regla general es la contraria, es decir que solo se motivan los actos administrativos que la ley exprese que deben ser motivados, es jurisprudencia que está mandada a recoger. Basta con leer el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo (Tal como lo explicó el Dr. Betancur en la cita doctrinal ya citada), en concordancia con los artículos 29 y 209 de la Constitución Política, para llegar a tal conclusión. En efecto el artículo 35 del estatuto mencionado, consagra: “[...] habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares” –negritas fuera de texto-. Igualmente, las decisiones que resuelven los recursos de la vía gubernativa, también deberán estar motivadas. (arts. 59 y 74, CCA). Regla que es reiterada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 42.

Aún más, el mismo autor a que se viene haciendo referencia, precisa sobre la obligación de motivar aún los actos administrativos discrecionales, así: “Aunque el código no impone expresamente la motivación de las decisiones discrecionales, esta decisión se entiende impuesta implícitamente por el art. 36 del CCA Si tal medida debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa, es lógico pensar que en la decisión se haga referencia expresa a la norma que la permite (su cita será suficiente) y a los hechos que le sirven de fundamento. Solo así podrá cuestionarse jurisdiccionalmente en forma adecuada”⁹⁶³. La importancia de la motivación en los actos administrativos discrecionales se centra en su control, tal como lo expone Fernando Garrido Falla, sin embargo, pensamos que en la cita que a continuación transcribiremos, hubiese sido más apropiado hablar de falsa motivación que de desvío de poder, veamos:

⁹⁶² Págs. 229 y 230.

⁹⁶³ Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Señal Editora, Págs. 231 y 232.

Si la motivación puede tener una importancia secundaria cuando se trata de actos reglados, adquiere especial relieve en relación con los actos discrecionales. La exigencia de motivación puede constituir en este terreno el primer paso para la admisión del recurso por desviación de poder. Viceversa, allí donde un control de los poderes discrecionales esté admitido, la obligación de motivar se convierte en una exigencia *per se*. En cualquier caso su falta debe sancionarse con la anulabilidad del acto administrativo; aunque lo cierto es que la jurisprudencia es cada vez menos exigente, admitiendo que los informes que obran en el expediente puedan suplirlo (STS Sala 4ª, de 16 de febrero de 1988).⁹⁶⁴

Finalmente cabe acotar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo le agrega un ingrediente adicional al deber que tienen las autoridades administrativas de motivar sus decisiones. En efecto, el artículo 10º del CPA consagra que la administración pública debe acatar el precedente jurisprudencial sustentado en sentencias de unificación provenientes de la máxima corporación de lo contencioso administrativo. Como corolario, al constituirse el artículo 10º anotado en una norma de orden público de carácter imperativo, la administración pública se ve compelida a plasmar en los considerandos de los actos administrativos el acatamiento o la objeción a la sentencia de unificación pertinente. En caso de que se no se hiciere, el acto administrativo adolecería de falta de motivación y estaría viciado de nulidad por expedición irregular, al no incorporar dentro de la motivación el precedente judicial.

b. Definición de falsa motivación

Es aquella irregularidad objetiva en que incurren las decisiones administrativas, cuando los considerandos del acto administrativo se fundan en razones de hecho o de derecho inexistentes, se presenta una incoordinación entre la parte motiva y la resolutive o el encabezamiento o se califican mal los motivos fácticos o jurídicos⁹⁶⁵.

c. Eventos que implican falsa motivación

Sin perder de vista lo anterior, la falsa motivación, como causal autónoma de nulidad de los actos administrativos, se presenta en cuatro situaciones⁹⁶⁶:

⁹⁶⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 623. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹⁶⁵ El Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié define esta causal de la siguiente manera: "Es un vicio que invalida el acto administrativo cuando no existe correspondencia entre la decisión que se adopta y la expresión de los motivos que en el acto aducen como fundamento de la decisión." Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 237.

⁹⁶⁶ Las que obviamente deberán probarse en juicio para que salga avante la causal de nulidad que se estudia, cuya carga probatoria estará en cabeza del demandante.

- Inexistencia de los motivos de hecho: Se da en los eventos en que nunca se dieron los fundamentos de hecho que esgrimió la administración en los considerandos del acto administrativo, es decir, la motivación no es acorde con lo que sucedió al momento de la adopción de la decisión. Por ejemplo: cuando se otorga una pensión de jubilación bajo los argumentos de que el jubilado ya cumplió la edad y los años de trabajo requeridos por la ley, cuando, en realidad, solo cumple con el requisito de la edad, pero le falta el tiempo mínimo de desempeño laboral.

- Inexistencia de los motivos de derecho: Es cuando desde el punto de vista jurídico, se expresan unos motivos que en realidad el bloque de legalidad no consagra. Por ejemplo: cuando se le reconocen cesantías a un contratista de prestación de servicios, ya que, por normativa laboral, las cesantías como prestación social que es, deben derivarse de un vínculo laboral, que el contrato de prestación de servicios no genera, tal como lo consagra la Ley 80 de 1993, en el artículo 32, numeral 3º, inciso 3º. El motivo: el contrato de prestación de servicios genera cesantías, no existe⁹⁶⁷.

- Motivos incoordinados: Se da en dos eventos: cuando la parte considerativa no posee ningún nexo con su parte resolutive o cuando la parte considerativa no posee ningún nexo con los fundamentos de hecho y de derecho que se expresan en el encabezamiento de todo acto administrativo. Por ejemplo: Cuando la parte considerativa de un acto administrativo de calificación de servicios esgrime que el desempeño del servidor público a calificar fue sobresaliente y, sin embargo, en la parte resolutive se califica de manera insatisfactoria. O cuando en el encabezamiento del acto administrativo se señala que se le va a reconocer unas prestaciones sociales a un contratista de prestación de servicios en virtud de la teoría del contrato realidad (art. 53, CP), empero, en la parte motiva se esgrime que este tipo de vínculo contractual no genera relación laboral y, por ende, no se le otorgarán.⁹⁶⁸

-La defectuosa calificación de los motivos por parte de la administración: Se da en aquellos eventos en que los motivos de hecho o de derecho traídos a colación por la administración en los considerandos del acto administrativo, resultan acordes con la realidad, empero, son interpretados de manera errónea al interior del Bloque de Legalidad. Por ejemplo: Cuando la Administración decide revocar

⁹⁶⁷ “Los motivos son los antecedentes de hecho y de derecho que conducen a la expedición del acto, por lo cual podemos decir que los motivos están constituidos por todas las circunstancias que llevan a la Administración a expresar su voluntad, y por tanto, que la existencia real de esos motivos fundamenta la legalidad de la misma; habrá falsa motivación cuando hay ausencia real de los motivos expresados”. PALACIO HINCAPIÉ Juan Ángel. Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 238.

⁹⁶⁸ “Suele presentarse esta anomalía cuando los motivos invocados no corresponden con las siguientes circunstancias: con los hechos y el derecho; con la parte resolutive; en ambos casos nos encontramos ante un evidente vicio de los motivos del acto generante de una indubitable nulidad”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 400.

un acto administrativo de carácter particular y concreto que le otorga una prima técnica de forma irregular a un servidor público de buena fe, sin el consentimiento del mismo, bajo el argumento falaz que lo ilegal no ata a la administración. En este caso, la administración aplica el numeral primero del artículo 69 del CCA, pero se olvida de lo consagrado en el artículo 73 del CCA⁹⁶⁹

d. La Falsa Motivación es una causal objetiva

Ahora bien, es pertinente manifestar que la causal falsa motivación es de carácter objetivo; al igual que todas las demás causales invalidantes de los actos administrativos con excepción del desvío de poder; es decir, basta con comparar los motivos esgrimidos y plasmados por la administración en el tenor literal del acto administrativo con lo que realmente sucedió, es decir, mirar que los argumentos fácticos o de derecho, que sustentan la decisión realmente se hubieren dado⁹⁷⁰. Por ejemplo, si se desvincula a un funcionario de libre nombramiento o remoción con el argumento de que la entidad donde trabaja va a desaparecer en los próximos días y esto no sucede, perfectamente el acto administrativo es anulable.

A propósito del ejemplo traído a colación en el párrafo anterior, es pertinente advertir que no es obligatorio motivar actos administrativos que resultan del ejercicio de la facultad de libre nombramiento y remoción, empero, si se motivan tales motivos son controlables y el acto administrativo es susceptible de ser declarado nulo por falsa motivación. El Dr., Betancur en la obra plurimencionada nos explica que si la administración motiva sin estar obligada, tal motivación está sujeta a control jurisdiccional: “Si la administración motiva espontáneamente, vale decir, sin estar obligada a hacerlo, los motivos expuestos son susceptibles de control jurisdiccional y si se demuestra su error o su falsedad el acto podrá ser anulado.”⁹⁷¹ Esta posición ha sido asumida por el Consejo de Estado bajo la denominación de la Teoría de los Motivos Determinantes, así:

Toda la teoría francesa de los “motivos determinantes” cuando se obra con facultad discrecional, está fundada en la espontánea motivación que se dé en el texto mismo de la decisión administrativa a aquéllas que por ser

⁹⁶⁹ “Cuando la administración, para sustentar la expresión de su voluntad, en forma errónea o intencional le da visos de realidad a una explicación que no cabe dentro de la categoría de lo verídico, o bien abusa de las atribuciones que los ordenamientos legales o reglamentarios le han asignado o bien toma un camino equivocado en el ejercicio de las mismas”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 9 de mayo de 1979, C.P.: Samuel Buitrago Hurtado, ACE, y. XCVI, 1979, P. 450.

⁹⁷⁰ El profesor Santofimio Gamboa explica: “El juicio valorativo respecto de la incongruencia o inexistencia de motivos, en nuestra opinión, es en estricto sentido objetivo; pretende ante todo fijar una relación o desconexión entre unos antecedentes y una decisión”. SANTOFIMO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 402.

⁹⁷¹ *Ibid.*, p.228.

proferidas en ejercicio de ese poder no requieren la manifestación de los motivos que en el ánimo del funcionario las determinaron. Es claro que si en tales circunstancias se expresan los motivos, ellos deben ser verdaderos y cabe controvertir en juicio si lo son o no. De no serlo, se configura la desviación de poder, cuando no aparecen motivos justificativos del acto, en razón de buen servicio, o cuando se pretextaron motivos inexistentes para apoyar la decisión.

Pero la teoría del motivo determinante se basa necesariamente en que el funcionario al ejercer su facultad haya expresado en el mismo acto el motivo que determinó su decisión. Cuando éste se declara, cabe controvertirlo y, demostrada su falsedad, puede llegarse a la conclusión de que no existió un motivo de buen servicio que justificara la decisión”.⁹⁷²

Por otro lado, no toda falsa motivación genera nulidad de los actos administrativos, ya que si se trata de simples errores aritméticos o citas normativas que en realidad no inciden con el sentido de la decisión, esto no tendrá la entidad suficiente de viciar como nulo el acto administrativo. Es así como el último inciso del artículo 73 del CCA, permite la revocación directa sin consentimiento del particular en estos casos. En este sentido, el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos: “la falsa motivación que vicia de nulidad un acto, según lo ha precisado la jurisprudencia, es la que entraña desviación de poder, la presentación de motivos falaces para dar apariencia de legalidad a un acto, no el simple error que pueda incurrirse en la parte considerativa de este”⁹⁷³.

e. La falsa motivación no debe confundirse con el desvío de poder

Ahora bien, ante los últimos apartes jurisprudenciales transcritos, es pertinente advertir lo siguiente: con el advenimiento del Decreto 01 de 1984, la falsa motivación se tipificó como una causal autónoma e independiente, de la desviación de poder, por lo tanto no pueden confundirse estas dos causales de anulabilidad de los actos administrativos, veamos:

El Dr. Jaime Orlando Santofimio argumenta: “Interesa, para efectos del estudio de la falsa motivación, el real antecedente del acto y su receptividad en la voluntad administrativa, más no el aspecto finalístico o teleológico o de efectos que se espere producir con el acto administrativo; esta última situación, en estricto

⁹⁷² Consejo de Estado, sentencia de 24 de enero de 1963, Anales números 401 y 402.

⁹⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 12 de septiembre de 1991, Consejero Ponente: Dra. Dolly Pedraza de Arenas, Expediente N° 2823, Anales, 1991, Tomo CXXIV, págs. 917 y ss.

sentido subjetivo, es particularmente objeto de estudio de la llamada desviación de poder⁹⁷⁴. Es decir, la falsa motivación, obedece a la consideración apartada de la realidad, en cambio, la desviación de poder, obedece a lograr una finalidad contraria a la contemplada en la Constitución y la ley.

La falsa motivación es una causal objetiva y se nutre de lo escrito en la decisión y lo realmente sucedido, al paso que el desvío de poder es subjetivo, y se halla en la intención de satisfacer el interés particular por encima del general, por parte del operador administrativo.

La falsa motivación encuentra en el contenido del acto el vicio del mismo, más concretamente en la parte motiva, en cambio en la desviación de poder, nos encontramos ante un acto administrativo que aparentemente reúne todos los requisitos de ley, lo que quiere decir que el vicio viene oculto y debe ser probado por quién esgrime la causal de nulidad.

Sin embargo, a pesar de lo manifestado en el párrafo anterior, es pertinente advertir que no necesariamente la motivación está en el cuerpo del acto administrativo, habida cuenta que la parte considerativa puede indicar documentos o escritos anexos a la decisión que por su complejidad o extensión no se encuentran en el tenor literal del acto administrativo y sin embargo son parte integrante del mismo, concretamente de su parte motiva. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos: “[...] si bien es cierto la doctrina ha dicho que cuando el acto debe ser motivado (y el de adjudicación no es la excepción) los motivos se deben expresar en el cuerpo del mismo, no es menos cierto que esa misma doctrina acepta que esa motivación puede aparecer en otros documentos expresamente referenciados, sin que sea menester repetir sus textos [...]”⁹⁷⁵

Es necesario manifestar, entonces, que el desvío de poder y la falsa motivación pueden ser causales concurrentes, empero, en ningún momento pueden asimilarse o considerarlas complementarias, es decir, un acto administrativo puede ser declarado nulo por falsa motivación sin necesidad de esgrimir la desviación de poder.

f. Situaciones que no implican falsa motivación

Es necesario precisar cuatro situaciones que por ningún motivo pueden confundirse con la falsa motivación, así:

⁹⁷⁴ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, Página 392.

⁹⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 1º de octubre de 1992, exp. 6920, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

Falta de motivación: Esta se da en el evento en que el acto administrativo debía ser motivado y, sin embargo, la Administración hace caso omiso de este requisito. En este evento estaríamos ante la causal de expedición irregular del acto administrativo, ya que se omite un requisito en su conformación. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Atendiendo a la acusación, el acto carente de motivación tendrá que demandarse por la casual expedición irregular del acto administrativo, ya que para la doctrina, la deficiencia constituye vicio de forma. Si el funcionario debe motivar su acto y no lo hace, tal silencio, en concepto de la jurisprudencia constituye vicio radical. En este sentido, el Consejo de Estado nacional ha declarado que esta laguna (ausencia de motivos del acto) hace suponer que el motivo determinante no es un motivo de interés público.⁹⁷⁶

Insuficiencia de motivación: Se da en aquellos eventos en que la motivación es abstracta o ambigua o simplemente no reúne los datos mínimos que arrojaron la necesidad de adoptar la decisión. Por ejemplo, cuando la Administración utiliza fórmulas como “por razones del servicio”, “por motivos de organización interna”, “no se considera pertinente”, sin ningún tipo de explicación adicional.

También se presenta este evento cuando los argumentos son confusos u oscuros, es decir poco claros, como cuando se utilizan tecnicismos o redacción incoherente.

La causal invalidante en este caso es la expedición irregular.

Ahora bien, es pertinente manifestar que compartimos la tesis del Dr. Betancur Jaramillo de que en un momento dado el Juez puede sustituir los motivos y la base legal del acto administrativo en aquellos eventos en que la administración se funde en una motivación insuficiente, en aras de no declarar la nulidad del acto y así proteger la prestación del servicio público y el bien común. El tratadista mencionado lo explica de la siguiente forma: “En el caso de sustitución de motivos, el mismo juzgador acepta que aunque los motivos alegados son insuficientes para justificar la medida, existen otros plenamente probados dentro del expediente que de haber sido invocados la hubieran apoyado satisfactoriamente”⁹⁷⁷. Sin embargo, el doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié advierte que el juzgador no debe abusar de esta facultad, así: “De tal facultad no puede abusarse pues terminará

⁹⁷⁶ Consejo de Estado, sentencia de noviembre 22 de 1951. Citada por Pedro Antonio Lamprea, en su obra *Anulación de los Actos de la Administración Pública*, página 300, segunda edición, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2004.

⁹⁷⁷ p. 230.

el juez siendo “el comodín” de la Administración para legalizar sus actuaciones; ello deberá ser posible cuando además de encontrarse la motivación probada y no expresada, confluyen además circunstancias de interés general, la mejora del servicio, respeto del principio de igualdad frente a la misma actuación de la Entidad en el mismo caso, etc.”⁹⁷⁸

Un ejemplo ilustrativo del fenómeno anterior sería el caso de la negativa a conceder una licencia ambiental cuyo acto administrativo resulta insuficientemente motivado, es posible que en el ámbito jurisdiccional y con ocasión de los dictámenes periciales que se practiquen en sede judicial, se infieran con mayor nitidez y detalle las razones que dieron lugar a negar dicha concesión, en cuyo caso, el Juez administrativo puede tener en cuenta tales razones para negar la nulidad deprecada en procura de mantener un medio ambiente sano.

Motivación ilícita o ilegal: En el caso en que la administración profiera actos administrativos motivados de tal forma que tipifiquen conductas penales o disciplinarias. Por ejemplo: en el evento en que la administración autorice el porte de armas en forma indiscriminada, por razones de orden público, sin el debido salvoconducto. Aquí la causal es: por no acoger las normas en que debería fundarse.

Motivación sin resolución: Se da en aquellos eventos en que el acto administrativo se motiva, empero, finalmente no resuelve nada. En tales casos estamos en presencia de un acto administrativo inexistente porque no tiene la entidad suficiente de producir efectos jurídicos creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica.

4. La desviación de poder

La Administración Pública, al momento de proferir un acto administrativo, debe buscar satisfacer el interés general a través del cumplimiento de las finalidades Estatales, las cuales se encuentran consagradas en el bloque de legalidad. Es así como los artículos 2, 123 inciso 2do y 209 de la Constitución Política establecen la naturaleza teleológica de la función administrativa, por lo tanto, el acto administrativo como mecanismo del actuar de la Administración Pública, debe ser una expresión de la mencionada naturaleza finalística.⁹⁷⁹

⁹⁷⁸ Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 240.

⁹⁷⁹ “Así como el elemento causa se determina con la contestación a la pregunta por qué, el elemento fin del acto administrativo es la respuesta a la pregunta para qué. Y así como la realización de actos de Derecho privado por los particulares no responden a exigencias objetivas de la ley, sino a los motivos extrajurídicos que animan a cada sujeto, en cambio el acto administrativo se dirige siempre a una finalidad objetivamente determinada: el interés público o el interés del servicio público. Así, por ejemplo, el fin del nombramiento de un funcionario es

El interés general no puede ser algo abstracto o ambiguo sino, por el contrario, algo concreto y medible objetivamente, por tanto, consideramos que el interés general es una suma de intereses individuales. En este sentido compartimos en un todo lo manifestado por el profesor Pedro Antonio Lamprea en el siguiente sentido:

Por interés público se tiene en cuenta que goza de una comprensión casi unánime. Por interés público no debe entenderse el anhelo de un grupo de personas consideradas como masa; no es, por lo tanto, bienestar general, omnipresente, a la manera de una felicidad indeterminada, sino que, por el contrario, corresponde a la suma de todos los intereses individuales coincidentes. En consecuencia, una actividad puede calificarse como de interés público solo cuando, en una mayoría de individuos, cada uno toma de aquel su interés individual, como algo personal y directo, para satisfacer una necesidad real, y no como una simple expectativa, genérica o indeterminada, de que las leyes se cumplan o el país progrese.⁹⁸⁰

Esta óptica del interés general contiene sus raíces en la concepción de Adam Smith en su obra “Riqueza de las Naciones”. Concepción que consideramos acorde para la consecución de las finalidades estatales a través de las decisiones que adopte la administración pública. La meta de un Estado no puede estar cimentada en quimeras o utopías y en pos de las mismas coartar la libertad de los individuos y su propiedad privada⁹⁸¹. La libertad de los individuos solo se puede coartar y sus bienes privados expropiar, cuando este de por medio el interés particular justo de la mayoría de las personas que en suma es el interés general, en detrimento del interés de unos pocos que para el caso concreto se tornaría en injusto; o cuando se dé un choque entre dos intereses que resulten en principio equiparables, pero que luego de la aplicación de los test de ponderación o armonización concreta,

proveer una vacante (a diferencia de la causa que es la existencia de la vacante); el fin de una oposiciones, elegir el más apto; el fin de una medida policíaca de orden público, restablecer el orden o evitar su perturbación, etc. Por tanto, la diferencia entre la causa y el fin es la misma que media entre el presupuesto fáctico que justifica (incluso exige) que la actuación administrativa se produzca y la intención que anima dicha actuación.” GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Páginas 606 y 607. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹⁸⁰ Anulación de los actos de la administración pública, Editorial Doctrina y Ley Ltda., 2004, página 257.

⁹⁸¹ Este es un peligro latente de los países democráticos cuando fundan el interés general de una manera abstracta y demagoga sin respetar los derechos de los individuos. Al explicar los instintos de la democracia el maestro Alexys de Tocqueville explica sobre el particular: “Otro instinto muy natural y también muy peligroso en los pueblos democráticos, es el que los conduce a despreciar o a estimar en poco los derechos individuales. Los hombres se adhieren en general a un derecho y le manifiestan respeto en razón de su importancia, o del largo uso que han hecho de él. Los derechos individuales en los pueblos democráticos son, por lo común, poco importantes, muy recientes e inestables. Esto hace que se los sacrifique sin dificultad y se los viole casi siempre sin remordimiento”. La Democracia en América, Fondo de Cultura Económica de México, Decimotercera reimpresión, 2005, página 639.

se obtiene un interés con mayor peso que el otro, o se armonizan los dos dejando de lado los aspectos contradictorios⁹⁸². La concepción del interés general como una garantía de los intereses individuales justos lo explica el profesor Smith en los siguientes términos:

El individuo, en general, no está interesado en promover el interés general, ni se entera que tanto lo está promoviendo. Al preferir usar su capital en una industria doméstica en lugar de una foránea, el individuo solo piensa en su propia seguridad. Y al trabajar para que la industria en que ha invertido produzca las mayores ganancias posibles, solo está motivado por su propio beneficio. Pero al hacer esto, al igual que en muchos otros casos, el individuo es llevado por una mano invisible a promover un fin que no era parte de sus intenciones. Y no es malo para la sociedad que este fin no sea parte de las intenciones del individuo. Al trabajar en pos de su propio interés, el individuo promueve el bien de la sociedad de una forma más efectiva que cuando tiene intención de promoverlo.⁹⁸³

De lo expuesto se colige que la finalidad del Estado es proteger los intereses individuales justos de las personas, es decir, aquellos que no entorpecen o privan de los derechos justos a los demás⁹⁸⁴, habida cuenta que la suma de todos constituye el interés general. Un caso concreto de interés general es el de la alimentación de los miembros de un conglomerado social, el cual se materializa protegiendo los derechos individuales de las personas que nos proveen de alimento. Este ejemplo clásico, nos lo trae a colación el profesor Smith en su obra reseñada líneas atrás, veamos: “No es de la benevolencia del panadero, el cervecero y el carnicero que esperamos obtener nuestra cena, sino de la consideración que ellos tienen por sus propios intereses. Al dirigirnos a ellos no apelamos a su sentido de humanidad sino a su amor propio, y nunca les hablamos de nuestras necesidades sino de sus beneficios”.

Ahora bien la finalidad administrativa, se colige de la normativa que regule la materia específica frente a la cual se pretende adoptar determinada decisión,

⁹⁸² “La teoría de las nulidades en Derecho administrativo ha de estar siempre presidida por un cierto dogmatismo ampliamente corregido por la apreciación de los intereses en juego. Únicamente así podrá determinarse si en un caso concreto la existencia de un vicio de legalidad da lugar a un acto nulo, simplemente anulable, o irregular pero válido.” GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 585. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹⁸³ La Riqueza de las Naciones, Fondo de Cultura Económica, México, novena reimpresión, 1997, página 402

⁹⁸⁴ Sobre el interés individual justo como la búsqueda de nuestro propio bien sin quitarle tal bien a los demás, el profesor Jhon Stuart Mill es contundente, así: “La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, cada uno a su manera, siempre que no tratemos de privar a los demás del suyo o de entorpecer sus esfuerzos para conseguirlo.” Citado en ámbito Jurídico de *Legis*, Bogotá, 18 a 31 de agosto de 2003.

aunque, de igual manera, el bloque de legalidad en general determina que todo acto administrativo debe buscar cumplir con los fines del Estado y satisfacer el interés general, en la concepción anotada a nuestro modo de ver para evitar despotismo y arbitrariedad⁹⁸⁵, por lo tanto, la finalidad, tanto de manera general como de manera específica, se infiere del ordenamiento jurídico.

a. Cobertura

El vicio invalidante del desvío de poder, se aplica a todos los actos administrativos, ya que como vimos, estos siempre deben buscar cumplir con la finalidad administrativa consagrada en el ordenamiento jurídico. Esta claridad es importante establecerla porque es necesario hacer hincapié en que independientemente de que el acto administrativo sea discrecional o reglado, o se encuentre o no motivado expresamente, podrá estar incurso en la causal: desviación de poder.

b. Definición

Es cuando la Administración Pública profiere un acto administrativo, con el objeto de satisfacer un interés diferente al consagrado en el ordenamiento jurídico de manera general o específica.

La doctrina define el desvío de poder de la siguiente manera: “Hay desviación de poder cuando el órgano administrativo, obrando dentro del campo de sus atribuciones y respetando las formas establecidas en la ley, toma una decisión administrativa, con un fin contrario e incompatible al fin previsto en las normas genéricas o específicas”.⁹⁸⁶

La desviación de poder no se puede confundir con el abuso o exceso de poder, debido a que estos últimos conceptos se tornan en denominaciones equivalentes al vicio invalidante de la incompetencia⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ Bajo el pretexto del interés general dentro de una concepción abstracta y ambigua, se ha arrasado con los derechos individuales legítimos de las personas con el único objeto de satisfacer las necesidades individuales de unos pocos. Esto es propio de los regímenes totalitarios tanto de extrema derecha como de extrema izquierda.

⁹⁸⁶ DUQUE PÉREZ, Jairo. Violación de la ley como causal de nulidad del acto administrativo, p. 145. Citado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Ref.: Autoridades departamentales – Apelación sentencia. Demandante: Martha Cecilia Arenas Pineda. Radicación número: 25000–2325–000–1999–5519–01 (2959–04). Bogotá, D.C., abril veintiséis (26) de dos mil siete (2007). Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2007, páginas 1799 a 1808.

⁹⁸⁷ Esta causal no puede ser confundida con la causal invalidante de incompetencia, cuyos sinónimos son el exceso de poder o el abuso de poder, tal como lo explica el doctrinante Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en los siguientes términos: “[...] el vicio de la incompetencia, también conocido como abuso o exceso de poder, consiste primordialmente en la materialización de cualquiera de los mecanismos de manifestación de la administración, sin la observancia de las reglas estrictas de competencia positivizadas en las normas superiores”. SANTOFIMIO GAMBOA., Tomo II. *Op. cit.*, p. 371.

c. Características

Posee tres características que delimitan su naturaleza jurídica, así:

- **El acto administrativo es aparentemente legal:** La decisión que adopta la Administración Pública, en su estructura formal es legal, es decir, no tiene problemas de incompetencia, ni irregularidades jurídicas en la actuación administrativa que la antecedió, que se materialicen en el contenido del acto, además, su estructura formal es correcta. Sin embargo, es perfectamente viable que una decisión administrativa se encuentre viciada con la desviación de poder y con alguna o todas las otras causales invalidantes consagradas en el artículo 84 del CCA

- **Es una causal eminentemente subjetiva:** Obedece a la psiquis del operador administrativo que expidió la decisión, es decir, se circunscribe al ámbito volitivo del servidor público, que se materializa en una intención particular, personal o arbitraria, contraria al interés general y a los fines del Estado, o diversa al fin legalmente trazado.

- **Se configura en el aspecto finalístico del acto administrativo:** Tal como se advirtió al inicio de este tema, la desviación de poder implica el apartarse de la finalidad consagrada en la ley, para la atribución administrativa específica que busca materializarla.⁹⁸⁸

d. Formas de configuración de la desviación de poder

Se configura de tres maneras, veamos:

- El interés personal: Es cuando el operador administrativo se aparta del interés general consagrado en el bloque de legalidad, con el objeto de satisfacer sus intereses particulares. El Dr. Jaime Orlando Santofimio nos presenta los siguientes ejemplos: cuando la finalidad del acto administrativo se inspira en consideraciones políticas, ideológicas, religiosas, de amistad o enemistad, en actitudes ilegales o de desconocimiento de la ley, o de fraude a esta, de favorecimiento a terceros o a grupos determinados, etc.⁹⁸⁹

⁹⁸⁸ Es importante tener en cuenta que las atribuciones o competencias administrativas son los medios a través de los cuales se obtienen los fines administrativos, tal como lo explica el profesor Caldera Delgado, citado por Santofimio, así: "La competencia o conjunto de atribuciones conferida a un órgano administrativo no es sino un medio a través del cual dicho órgano podrá obtener el logro de sus fines [...]" Ibid. p. 408.

⁹⁸⁹ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, universidad externado de Colombia, Tercera Edición, Página 404.

El Dr. Libardo Rodríguez, sobre el particular, nos ilustra con un ejemplo la manera como se puede presentar esta situación: “[...] el alcalde de una ciudad expide una reglamentación sobre el funcionamiento de las salas de cine en su municipio, para lo cual puede estar autorizado legalmente, pero se logra probar que dicha reglamentación tiene por finalidad favorecer a una sala de cine en particular, en la cual él tiene intereses económicos.”⁹⁹⁰

Sobre este particular es importante hacer comentario aparte en relación a los actos administrativos de libre nombramiento y remoción, los cuales, es común verlos atacados en los estrados judiciales bajo el argumento de la desviación de poder concretizada en la búsqueda de satisfacer intereses politiqueros o grupistas.

Sobre el asunto expuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Estado ha manifestado: “ En ese orden de ideas muchas veces se ha creído que, cuando se trata de empleados públicos no vinculados a carrera administrativa alguna, su desvinculación discrecional por simpatías partidistas, lejos de ser contraria al criterio del buen servicio público, antes bien lo busca porque excluye de la administración a aquellas personas que no comulguen con la colectividad, movimiento o grupo político que domine la escena burocrática en determinado momento y porque llama a colaborar a sus posibles copartidarios o simpatizantes” Luego aclara que esta concepción se debe aplicar “[...] para los cargos realmente políticos porque hacen del individuo-empleado un cabal rector de la cosa pública, como son los funcionarios enumerados en el literal a) del citado segundo inciso del artículo 3° del Decreto-Ley 2400 de 1968[...]” y advierte que no se aplica “en cargos que en verdad son meramente administrativos o que debieran ser de carrera, más cuyos titulares, por cualquier eventualidad, no se hayan vinculado a alguna de las múltiples carreras que la ley ha ido estableciendo”.⁹⁹¹

Como corolario, no es viable esgrimir desviación de poder cuando se trata de empleados de confianza y manejo, en aquellos eventos en donde se retira del servicio a un funcionario para vincular a otro del mismo movimiento o grupo político del nominador, habida cuenta que la naturaleza de tales cargos obedece a una conexión de amistad e identidad ideológica dentro de las altas esferas de la entidad pública respectiva. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Tanto la Constitución como la ley han previsto que los empleados que hacen parte del equipo administrativo del Estado estén clasificados como de libre nombramiento y remoción, pues sin lugar a duda quien llega a manejar los destinos de una entidad necesita tener apoyo de un número

⁹⁹⁰ Derecho Administrativo General y Colombiano, Duodécima Edición, Editorial Temis, Página 228

⁹⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 1ro de febrero de 1991, Consejero Ponente: Dr. Álvaro Lecompte Luna, Expediente N°4801, Anales, 1991, tomo CXXII, págs. 553 y ss.

reducido de funcionarios que entienden el direccionamiento que pretende darle a la institución, pero que además compartan el modo y la forma de concebir las estrategias para lograr la consecución de las metas que se planeen desde un comienzo.

Es decir, es necesario una comunidad no solo de metas y objetivos, sino además de estrategias y modelos de gestión entre el gerente, director, presidente, como se quiera llamar a quien rige y lleva la responsabilidad del ente sobre sus hombros y aquellos miembros de su equipo, que sin lugar a duda deberán no solo compartir los objetivos sino el camino o caminos propuestos por quien los nombró para que lo ayuden en su tarea.⁹⁹²

Aunado a lo anterior, incluso, la sola afirmación de desvinculación por no pertenecer a un partido político no basta para configurar desvío de poder, así se trate de cargos técnicos, tal como lo explica el doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié en los siguientes términos:

El acto de insubsistencia, que se expide para mejorar el servicio, es el más utilizado para la desviación de poder; pero no basta con alegar esa desviación, es necesario probarla; por tanto, cuando se demanda la Desviación de Poder porque un servidor fue desvinculado por ser de determinado partido político, debe demostrarse concretamente que esa fue la intención del nominador, pues el solo hecho de ser de ese movimiento no dice nada, ya que si se revisa la nómina de empleados, en el lugar pueden existir otros tantos funcionarios de la misma corriente que no han sido declarados insubsistentes, razón por la cual no puede hablarse de Desviación de Poder en este caso.⁹⁹³

- El interés administrativo diverso al señalado en el ordenamiento administrativo: Esta modalidad de desviación de poder se configura, cuando se profiere un acto administrativo con base en un sector del ordenamiento jurídico, que no tiene como fin proferir tal tipo de decisión, aunque esta satisfaga el interés general⁹⁹⁴.

⁹⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Ref.: Autoridades departamentales – Apelación sentencia. Demandante: Martha Cecilia Arenas Pineda. Radicación número: 25000–2325–000–1999–5519–01 (2959–04). Bogotá, D.C., abril veintiséis (26) de dos mil siete (2007). Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2007, páginas 1799 a 1808.

⁹⁹³ Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 237.

⁹⁹⁴ “Ahora bien, la jurisprudencia francesa no solamente ha considerado finalidad espuria (por tanto, ajena al servicio) el interés personal del funcionario que actuó en nombre de la Administración, sino que incluso ha considerado casos de desviación de poder cuando se ha buscado un beneficio para la cosa pública, pero no encaja exactamente dentro de la finalidad estricta de los poderes que se utilizaron; por ejemplo, cuando

El Dr. Libardo Rodríguez nos ilustra con un ejemplo en particular, así: « El artículo 215 de la Constitución Política al consagrar el estado de emergencia establece que en tal situación el presidente podrá, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. De este modo, si el presidente, con fundamento en esa institución, decreta un nuevo impuesto para fortalecer económicamente un sector extraño a la emergencia, esa medida se propone un fin de interés general (fortalecer económicamente al Estado), pero será inconstitucional porque ese fin es diferente del perseguido por la norma mencionada.»⁹⁹⁵.

-El interés administrativo viciado por el error, la fuerza o el dolo: Cuando el servidor público profiere un acto administrativo inducido por un yerro (reconocimiento de una pensión a persona que acreditó requisitos con documentos falsos), una coacción insuperable (amenaza de muerte con el objeto de obtener el nombramiento de una persona) o por mala fe (se actúa con abuso del derecho, es decir, con la sola intención de causar daño y sin un interés serio⁹⁹⁶), vicia la decisión por desvió de poder, pues el error, la fuerza o el dolo, son factores perturbadores de la voluntad administrativa, dado que dicha voluntad es direccionada a satisfacer un interés diferente al general en beneficio del interés particular de quien induce al error o coacciona o, simplemente, a satisfacer los apetitos oscuros del funcionario público autor de la manifestación espuria. Ahora, es necesario que se configure un interés diferente al general en estos tópicos, en caso contrario el acto no es ilegal. Por ejemplo: si se obliga a un servidor público mediante la violencia, a nombrar a una persona que ganó un concurso de méritos para acceder a la función pública, el nombramiento no estaría viciado por este concepto, pues se nombró al mejor conforme al ordenamiento jurídico superior. Sobre el particular la doctrina explica lo siguiente:

Consideraciones análogas deben hacerse al tratar de la aplicación al acto administrativo de los clásicos vicios de la voluntad conocidos por el Derecho privado; error, dolo y violencia. El hecho de que la voluntad administrativa sea una “voluntad normativa” determina que la apreciación de estos vicios en la voluntad psicológica del funcionario dé lugar a consecuencias distintas de las que postularía el Derecho civil. Así es que, por ejemplo, puede concebirse sin

se utilizan poderes de policía en interés financiero o del patrimonio administrativo”. GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 608. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹⁹⁵ Derecho Administrativo, General y Colombiano, Duodécima Edición, Editorial Temis, Página 228

⁹⁹⁶ [...] dijimos desde el comienzo que la teoría del abuso del derecho suponía, al mismo tiempo, la intención dañina y la falta de un interés serio. Faltando cualquiera de estos dos elementos, no hay abuso del derecho y, en consecuencia, el demandado deberá ser absuelto. Habría que buscar la posibilidad de otra clase de responsabilidad siguiendo los principios generales sobre la materia pero nunca un abuso del derecho”. TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Legis, Página 614.

repugnancia que un funcionario que actúa dolosamente en el ejercicio de sus funciones produzca actos administrativos válidos o que un acto administrativo arrancado por la violencia no pueda ser luego declarado nulo, incluso aunque ésta resultase probada, ya que solo en el caso de que se refiriese a materia de apreciación discrecional podría sin más la Administración declarar la nulidad de dicho acto.⁹⁹⁷

e. Problema probatorio

La desviación de poder se constituye en un vicio invalidante de carácter subsidiario desde el punto de vista probatorio⁹⁹⁸, ya que es la única causal que tiene tinte subjetivo⁹⁹⁹, es decir, la apariencia de legalidad se constituye en un telón o velo que oculta el verdadero fin que se perseguía con la expedición del acto administrativo. Es así como desde este punto de vista, el artículo 168 de Código Contencioso Administrativo cobra una importancia inusitada, pues consagra que en los procesos contencioso administrativos serán admisibles todos los medios de prueba consagrados en el código de procedimiento civil tales como los documentos, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de tercero, el dictamen pericial, la inspección judicial por ejemplo a la hoja de vida de una persona declarada insubsistente, los documentos, los indicios, los informes escritos bajo juramento (art. 199 del CPC) y cualquier otro elemento probatorio que se constituya en elemento de convicción para el administrador de justicia.

Es pertinente acotar que en materia de desvío de poder no es necesario probar que el agente u operador jurídico actuó con dolo o mala fe, basta con que se acredite que la decisión se adoptó con un fin desviado al establecido en el ordenamiento jurídico, para que se configure esa causal. En este sentido se manifiesta el profesor Pedro Antonio Lamprea, en los siguientes términos: “Se insiste en que no se

⁹⁹⁷ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Páginas 589 y 590. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

⁹⁹⁸ Es decir, primero se debe tratar de tipificar las demás causales y luego el desvío.

⁹⁹⁹ Es pertinente explicar que las demás causales de nulidad de los actos administrativos son objetivas, es decir se pueden vislumbrar en la actuación administrativa (los antecedentes administrativos que conforman el expediente de la primera etapa del procedimiento administrativo, del cual se habla en el artículo 29 del CCA, son el material objetivo del cual se puede colegir la irregularidad) o en la forma y contenido de la decisión proferida. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “[...] Esta causal de nulidad de los actos administrativos [...] constituye hoy uno de los más importantes controles de los gobernantes, ya que extiende su radio de acción al aspecto subjetivo de las actuaciones de los funcionarios y corporaciones públicas. En efecto, en las demás causales de anulación, para apreciar la validez del acto jurídico, basta un estudio del aspecto material de la actuación [...]. En cambio, para determinar si al proferirse un acto administrativo se ha actuado con desviación de poder el respectivo funcionario, es necesario entrar en el aspecto subjetivo, psicológico, al estudio de los fines perseguidos por el respectivo agente para determinar si ellos se ajustan o no al espíritu de la ley [...]” Consejo de Estado, Sentencia de septiembre de 1968, C.P. Hernando Gómez Mejía.

pide prueba de conducta dolosa. Basta que sea desviada o que implique errónea apreciación del derecho. Se puede dar el desvío aun respecto de funcionario que dice, y parece, haber obrado de buena fe.¹⁰⁰⁰

En la práctica, demostrar el desvío de poder es bastante complicado, por lo tanto, la carga probatoria cuando se esgrime esta causal es más exigente que con las otras causales y, por lo tanto, aún las pruebas indirectas (aquellas que no permiten percibir lo sucedido con su sola apreciación, sino que, a través de su análisis, se infiere un enunciado fáctico a partir del cual se deduce el desvío de poder), como los indicios, pueden darle credibilidad a la tipificación de la causal¹⁰⁰¹. Algún sector de la doctrina española explica este tópico de la siguiente manera:

Desde el punto de vista práctico, la dificultad fundamental que plantea la alegación del vicio de desviación de poder ante la jurisdicción contencioso-administrativa se encuentra obviamente en su prueba. Como se nos dice en la sentencia del TS (Sala 3^a) de 31 de octubre de 1992, para que se dé la desviación de poder: a) es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto al interés público querido por el legislador; b) se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a derecho, y c) no puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para que el Tribunal forme la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad pero con finalidad distinta de la pretendida por la norma aplicable.¹⁰⁰²

El profesor Cretella Junior, citado por Santofimio¹⁰⁰³, realiza un listado de hechos indicadores que pueden dar lugar a inferir la desviación de poder, así:

¹⁰⁰⁰ Anulación de los Actos de la Administración Pública, Ediciones Doctrina y ley Ltda. Bogotá D.C., página 296, segunda edición, 2004.

¹⁰⁰¹ “Decimos que es el vicio más difícil de establecer por cuanto quien impugna debe acudir al examen de la mente del funcionario que actuó en esta forma, escudriñar su intención, el espíritu que lo inspiró, para confrontar sus motivos personales con los de la norma. Y esa dificultad probatoria radica en que por lo general no existe una prueba directa de la intención que lleva al funcionario, pues la misma no se expresa por escrito ni en la motivación de la decisión. Es necesario acudir a la prueba indirecta, a los indicios, para derivar el vicio. Si esos indicios son concurrentes, serios y suficientes, puede el juez decretar la nulidad”. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 236.

¹⁰⁰² GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Página 610. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

¹⁰⁰³ Tratado de derecho administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, tercera edición, Página 407.

La contradicción del acto con actos o medidas posteriores: En el caso de la autoridad que ha rehusado conceder una licencia para un laboratorio farmacéutico de nueva creación, y en los meses siguientes concede dos licencias nuevas a otros peticionarios sin haberse modificado las necesidades de la población. Otro ejemplo importante es el que se da en materia de retiros por insubsistencia de la función pública. En estos eventos se configura el desvío de poder cuando el reemplazo del funcionario retirado, no cumple los requisitos mínimos para ocupar el cargo, lo que evidencia un desmejoramiento en la prestación del servicio¹⁰⁰⁴. En este mismo sentido, el Consejo de Estado considera que se configura el desvío de poder y se desmejora el servicio, cuando se desvincula a un servidor público de confianza y manejo y se recurre a un extraño de la planta de personal de una entidad, con menor perfil de experiencia y formación profesional, lo cual mina el factor confianza, factor que es connatural a los cargos del nivel directivo. Veamos lo explicado por la providencia referida:

La desmejora del servicio hubiese podido ser discutida en el caso de haberse prescindido de la actora y recurrirse a un extraño con menor perfil de experiencia y formación profesional, no en el caso en que se recobró el factor confianza, con un servidor conocido en el seno de la entidad.

Vistas así las cosas, en general, puede concluirse que los actos del retiro de dineros del Banco del Pacífico por parte de la actora y del regreso del mismo por parte de su nominador, frente a la declaratoria de insubsistencia de la misma, evidencian una clara diferencia de criterios entre el gerente y la subalterna, la cual es relevante y significativa para desencadenar el retiro de esta, según los análisis realizados, pues indudablemente el factor confianza se vio minado; aspecto que resulta connatural en los cargos directivos de una entidad estatal.¹⁰⁰⁵

La contradicción del acto con actos o medidas anteriores: En el caso de que se declare insubsistente a un funcionario por mal rendimiento o incapacidad, cuando días antes le eran confiados encargos delicados, de confianza y sobre el resultado

¹⁰⁰⁴ En un caso concreto el Consejo de Estado declaró nulo un acto administrativo de retiro por insubsistencia bajo el siguiente argumento: “En efecto, si bien es cierto no están plenamente demostrados los móviles políticos que se alegan, sí es evidente en este caso, que si su reemplazo en el cargo de abogado del departamento jurídico no estaba en condiciones de atender los procesos a su cargo en ese momento, por carecer de tarjeta profesional de abogado, con esas decisiones no se mejoraba el servicio en esa dependencia del municipio”. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia, junio 14 de 1994, expediente 7430; C.P. Clara Forero De Castro; Actor, Luis Francisco Rodríguez Blanco, en Jurisprudencia y Doctrina, T. XXIII, No 272, agosto, p. 979 y siguientes.

¹⁰⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Ref.: Autoridades departamentales – Apelación sentencia. Demandante: Martha Cecilia Arenas Pineda. Radicación número: 25000–2325–000–1999–5519–01 (2959–04). Bogotá, D.C., abril veintiséis (26) de dos mil siete (2007). Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2007, páginas 1799 a 1808.

de los cuales recibió manifestaciones de satisfacción por parte de sus superiores bastante elocuentes¹⁰⁰⁶.

Motivación Excesiva: Se toma en el sentido de que la Administración pretende, a través de una argumentación excesiva, justificar una decisión administrativa como beneficiosa para la comunidad, de esta forma disfraza o esconde el real interés apartado de los fines Estatales. Por ejemplo: es el caso de la teoría de los motivos determinantes a que se hizo referencia en el acápite de falsa motivación, donde actos administrativos que no necesitan ser motivados por permisión expresa de la ley, se motivan, lo que evidencia un afán por esconder el motivo oculto.

Disparidad de Tratamiento: Es el caso de las decisiones inequitativas, es decir, frente a casos similares se toman decisiones diferentes, como cuando se califica satisfactoriamente a un funcionario público de carrera administrativa e insatisfactoriamente a otro, estando los dos dentro de un nivel similar de rendimiento en su desempeño.

Injusticia manifiesta: Se presenta un gravamen sobre el interés privado sin que existan las suficientes razones de interés público que lo justifiquen. Por ejemplo, cuando se decide sellar un establecimiento público por el sonido estridente que desprende la música que emite, sin tener en cuenta que tal establecimiento público se encuentra en área rural donde no molesta a nadie.

Presiones sobre el operador administrativo: En el evento en que por gestiones de determinados grupos políticos, sociales o económicos, el servidor público termina adoptando una decisión en algún sentido contraria al interés general. Por ejemplo, cuando el Director de la Corporación Regional de Antioquia, le tramita una licencia ambiental a determinada empresa para que opere en la región, con el firme interés de satisfacer los intereses de algún sector del gobierno central ya que con antelación se presentaron noticias por radio, televisión y prensa donde el sector dirigente del país estaba muy interesado en que la mencionada Empresa se instalara en la región. Ante esta situación la Corporación mencionada no tuvo en cuenta los graves efectos ambientales que su operatividad generaría en el territorio y concedió la licencia.

¹⁰⁰⁶ Como ejemplo sobre este evento tenemos el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado: “En asuntos como el presente, donde se ejerce control de legalidad de actos expedidos en ejercicio de la facultad discrecional, donde la hoja de vida del servidor refleja una trayectoria de trabajo comprometido, sin que denote deficiencia en la prestación del servicio sin antecedentes disciplinarios, no basta que la entidad se base en la facultad discrecional y en las necesidades del mejor servicio; debe, cuando menos, aflorar en el proceso alguna razón que justifique el porqué se proponía mejorar el servicio, para evitar así que se extralimiten la proporcionalidad y razonabilidad que impone el ejercicio de la facultad discrecional, lo cual rechaza la Constitución y la ley.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 8 de julio de 2004. Expediente 1276-99. Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango Mantilla. Publicada en la Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, páginas 668 a 671.

Ahora, es importante señalar que los hechos indicadores anteriormente esbozados no pueden ser considerados de manera independiente, aislada o individual; en cada caso concreto es menester que se sume el mayor número de hechos indicadores para inferir la desviación de poder. El Consejo de Estado nos ilustra con un fallo donde se probó la desviación de poder aunando el mayor número de hechos indicadores posibles, veamos:

[...] La Sala se ha referido a la demostración de las desviaciones de poder para sostener que de ellas no existe medio solemne de comprobación de juicio se aceptan las pruebas del móvil ilegítimo de la administración y el nominador en particular, como los testimonios y los indicios, sin que resulten de suyo descartables los medios documentales en sus diferentes especies. La demandante es una de las 123 personas desvinculadas por el Contralor Departamental entre el 9 de enero y el 15 de marzo de 1991; es decir, algo más de sesenta días de gestión, que objetivamente señala una alta frecuencia de rotación de personal y, comparando con el total procesalmente estudiado (hasta septiembre de 1991), corresponde al 68.71%. Gravita en contra de la actuación del nominador la función retiros en ejercicio de la discrecionalidad y la brevedad del lapso de su ejercicio, aunque de suyo no indican desviación de sus facultades. La susodicha brevedad temporalmente limita adversamente contra los actos pues no puede decirse que se sopesó razonablemente al desenvolvimiento de los servicios en la entidad y de los empleados desvinculados, para expedirlos. Entre lo planteado en la demanda con cuestionamiento desviacionista por razones políticas y lo que trasciende del contexto probatorio se demostró la ocurrencia objetiva de sucesos tales como el de cambio del Contralor Departamental, la manera como se produjo y aún respecto de la composición político partidista que le encomendó dichas funciones. Que en sus dos primeros meses de gestión el Contralor Ortiz Patiño desvinculó un gran número de empleados de la entidad. A partir de los testimonios de Mario Alfonso Gonzáles Infante y Flavio Hernán Flórez Jiménez se establecen los indicios suficientes para concluir que la Diputación de la Asamblea del Departamento condicionaba a su beneplácito el acceso, la permanencia y el retiro de los empleados de la Contraloría Departamental, donde no existía un sistema de ingreso a los cargos por méritos o de carrera; que la demandante no cumplía cargo de los calificados por la jurisprudencia de la Sala como de la “cúpula” en los cuales se ha admitido la solicitud de su dimisión, así como el retiro por razones políticas. Se colige que la resolución debitada no corresponde al ejercicio legítimo de la facultad discrecional del nominador, pues precisamente atendió compromisos

políticos-partidistas ajenos al servicio público que no han de animar el ejercicio de aquella facultad, y la sentencia se confirmará. [...].¹⁰⁰⁷

Del extracto jurisprudencial transcrito se coligen múltiples indicadores, así: 1).- 123 personas desvinculadas por el Contralor Departamental entre el 9 de enero y el 15 de marzo de 1991; 2).- el nominador solo llevaba sesenta días de gestión; 3) el personal desvinculado corresponde al 68.71%; 4).- los testimonios y 5).- la persona desvinculada no ostentaba un cargo de la cúpula de la entidad. Como corolario, dicho extracto resulta un buen ejemplo para ilustrar al lector sobre la importancia de acreditar un cúmulo de indicios que lleven al juzgador a la certeza de la ocurrencia del desvío de poder, pues, a contrario sensu, en la mayoría de los casos uno o dos hechos indicadores no bastan para decretar la nulidad.

NOTA: inversión de la carga de la prueba: Ahora bien, algún sector de la doctrina ha señalado que en algunos eventos la carga de la prueba en materia de desviación de poder debe invertirse, en el sentido de que sea la administración la que entre a probar las razones del buen servicio que sustentaron su decisión¹⁰⁰⁸. Esta inversión de la carga de la prueba se pone al servicio, según los doctrinantes comentados, de cierto grupo de personas y trabajadores estatales que por su condición, por la labor que desempeñan, o por la ocurrencia de ciertas condiciones tempero-espaciales, necesitan especial protección ante un retiro de la función pública (por insubsistencia, abandono del cargo, etc.), así: disminuidos físicos o psíquicos, quienes llevan más de 15 años laborando con la administración, los casos de traslados no aceptados por razones familiares, los casos de insubsistencia ocurridos dentro de los tres meses siguientes al cambio de nominador, los despidos masivos, quienes estén en cargos de carrera, empero, por algún motivo no hayan obtenido su inscripción en la misma, en casos de despidos por embarazo, quienes prestan un servicio público en periodo legalmente determinado y en casos de violación al principio de igualdad. Sin embargo esta inversión en la carga de la prueba es incompatible con la presunción de legalidad de que gozan los actos administrativos, por tanto, a nuestro modo de ver, es inaplicable jurídicamente hablando.

¹⁰⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora, Sentencia del 20 de septiembre de 1996. Radicación número: 7073. Actor: Nubia Esperanza Suescún García.

¹⁰⁰⁸ “La carga de la prueba que corresponde al afectado, solo se justificaría en la medida en que el dogma de la legalidad sea contundente, pero no cuando se vea puesto en duda. Lo razonable en estos eventos no es que el afectado demuestre los motivos ocultos de la administración, sino que ésta indique al juez el por qué considera que actuó bien; que su actuación en ese caso concreto, no fue torcida, sino guiada por el principio de la buena fe”. Maria Lolita Barrera Arias y Danilo Rojas Betancourt, Ensayo: Desviación de Poder e Inversión de la Carga de la Prueba, Revista de Derecho Administrativo, Año 1, No 1, abril de 2003, Página 99”.

5. Expedición irregular

La administración pública, al momento de expedir un acto administrativo, debe someterse a los procedimientos y formalidades contemplados en la ley, ya sea estos anteriores (actuación administrativa), concomitantes (forma del acto administrativo) o posteriores (cuando se trata de un acto administrativo complejo¹⁰⁰⁹, el cual, para que logre existir, requiere del agotamiento de varios pasos ante diferentes autoridades o al interior de una misma autoridad).¹⁰¹⁰

El sometimiento a los procedimientos y formalidades previstos en la ley, se constituye en la regla general, ya que de esta manera se evita la arbitrariedad administrativa y se obliga a que la administración pública actúe dentro de los linderos consagrados en el bloque de legalidad, todo esto para “[...] impedir que se cause lesión alguna a derechos o intereses legalmente protegidos [...]”¹⁰¹¹

a. Irregularidades que tipifican la causal

Las irregularidades que tipifican la causal expedición irregular, pueden darse en dos eventos, veamos:

En la forma de Presentación del Acto Administrativo: Aunque el bloque de legalidad no exige que los actos administrativos se presenten de determinada manera, es necesario tener en cuenta lo siguiente: si la ley exige determinados requisitos en su presentación, deberán cumplirse so pena de nulidad del acto administrativo. El tratadista Libardo Rodríguez, en su obra de derecho administrativo, presenta el siguiente ejemplo: “La ley puede ordenar que determinada decisión sea adoptada por escrito, o que deba expresar los motivos del acto (lo que por regla general se exige), como lo exige la Constitución Política en su artículo 215 para la declaratoria del estado de emergencia”¹⁰¹². Lo que está entre paréntesis es fuera de texto.

¹⁰⁰⁹ El acto administrativo proveniente del Presidente de la República que permite el tránsito de tropas extranjeras por el territorio de la República, en receso del Senado, es un acto administrativo complejo porque requiere de un acto administrativo preparatorio como lo es el dictamen del Consejo de Estado, por tanto, estaría expedido irregularmente si no se hubiera sometido a la aprobación de la mencionada Corporación Judicial. (Numeral 7mo del artículo 189 de la Constitución Política).

¹⁰¹⁰ El Consejo de Estado ha expresado: “La doctrina divide las formas en tres categorías a saber: Las previas o requisitos que es menester llenar antes de dictar el acto administrativo correspondiente; las concomitantes que deben adoptarse al tiempo de la expedición del acto, y las posteriores cuando la ley las establece para ser cumplidas después de la emisión del acto” (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de mayo de 1968, Consejero Ponente Dr. Alfonso Meluk, Anales del Consejo de Estado, Tomo LXXIV, págs. 177 y ss.)

¹⁰¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de abril 11 de 1978, C.P. Carlos Portocarrero Mutis, ACE, T. XCIC.

¹⁰¹² Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, Duodécima Edición, Página 227.

En el no cumplimiento del procedimiento administrativo: Se circunscribe a aquellos casos donde la administración debe adelantar actuaciones administrativas u otros procedimientos administrativos con anterioridad a la expedición del acto administrativo, o con posterioridad si se trata de un acto administrativo complejo. El Doctor Libardo Rodríguez, en su obra citada, nos trae el siguiente ejemplo sobre este caso en particular: “Para la destitución de un empleado de carrera la ley exige el cumplimiento previo de un procedimiento que le dé la oportunidad al perjudicado de conocer las faltas que se le imputan y demostrar su posible inocencia”¹⁰¹³.

b. Modalidades de los requisitos de forma

Ahora bien, los requisitos de forma o procedimiento que se vienen analizando pueden configurarse dentro de una de las siguientes dos modalidades, así:

Sustanciales: Son aquellas que de no observarse implican que la decisión que se adopta, surge en un sentido diferente al cual debió dirigirse si los requisitos de ley se hubieran cumplido.

El Consejo de Estado, al citar a Walline, explica cómo detectar este tipo de irregularidades, de la siguiente manera: “En cuanto a la determinación de cuando la formalidad tiene carácter sustancial y cuando no lo es, por lo general es una cuestión de hecho. La directiva jurisprudencial a este respecto es la siguiente: ¿Cuál habría sido la decisión final si se hubieran seguido las formas legales dejadas de lado? ¿Habría sido la misma que la establecida en el acto? ¿Habría sido otra? La jurisprudencia no exige el cumplimiento regular de todas las formalidades prescritas a los administrados, sino solamente aquellas cuya observancia ha podido tener alguna influencia sobre las decisiones respectivas”¹⁰¹⁴.

Sobre este punto es importante manifestar que el Consejo de Estado, desafortunadamente, ha considerado que el aparte doctrinario citado por la jurisprudencia no siempre se debe considerar en términos absolutos. Sin embargo, en nuestra opinión debería ser así, porque se corre el riesgo de calificar simples irregularidades como vicios sustanciales con lo cual se generaría inseguridad jurídica.

Es evidente que pueden existir defectos que “toquen” el debido proceso del administrado y no afecten el sentido de la decisión, por tanto, en nuestro concepto,

¹⁰¹³ Página 227.

¹⁰¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 25 de mayo de 1968, Consejero Ponente Dr. Alfonso Meluk, Anales, 1968, tomoLXXIV, págs. 177 y ss.

no tendrían la entidad suficiente de viciar de nulidad la misma. Sin embargo, el Consejo de Estado, en posición sentada en la providencia referida líneas atrás, abiertamente reprochable y generadora de inseguridad jurídica, ha señalado que si está de por medio el debido proceso, así no alteren el sentido de la decisión, las irregularidades provocarían la nulidad del acto administrativo. Este sería el caso, por ejemplo, de la no práctica de una prueba solicitada por el interesado, calificada por el operador jurídico como inútil, sin que se le comunique tal calificación y consecuente negativa de su práctica, a quién la pidió. Aunque por debido proceso todos los actos de trámite se deben comunicar, se podría llegar al absurdo de que el Juez considere que la prueba solicitada fue bien calificada por el operador jurídico, y, sin embargo, declare la nulidad del acto administrativo.

Ahora bien, podría pensarse en una serie de irregularidades que no afectan el sentido de la decisión, empero, han sido aceptadas por la jurisprudencia como anomalías capaces de viciar el acto administrativo por expedición irregular, toda vez que afectan el derecho de defensa del o los interesados, este es el caso de la falta de motivación¹⁰¹⁵. Consideramos que en estos eventos las decisiones judiciales de dicha línea jurisprudencial incurren en un error, pues en realidad no se afecta el acto administrativo por expedición irregular sino por vulnerar el derecho de audiencias y defensa, lo cual constituye una causal autónoma e independiente contemplada en el artículo 84 del CCA Veamos un pronunciamiento que incurre en la posición anti técnica descrita en este párrafo, a propósito del procedimiento administrativo urbanístico tendiente a proferir una licencia de construcción:

En este caso, la Sala rectifica la tesis expuesta en la precitada sentencia, habida cuenta de que es evidente que si la ley ha previsto que desde un comienzo, tratándose de materia urbanística, los vecinos de la obra a construir estén enterados de la misma, es porque el legislador ha sido consciente de que la garantía de su derecho de defensa tiene como punto de partida el momento procesal de la comunicación de la solicitud de licencia de construcción, a fin de que los mismos preparen sus argumentos en torno de la viabilidad o inviabilidad de la obra a construir.

Considerar que con la posibilidad de interponer los recursos se sana la irregularidad de la falta de comunicación de la solicitud, es cercenar el derecho de defensa, pues el término para ejercitar los medios de impugnación es muy limitado (5 días), en tanto que el legislador previó en estos casos uno mucho más amplio desde la comunicación de la solicitud hasta la notificación del acto administrativo de otorgamiento.

¹⁰¹⁵ La falta de motivación encuadra de manera más apropiada en la causal de vulneración del derecho de audiencias y defensas, habida cuenta que el no conocer las razones por las cuales se tomó la decisión, impide desvirtuar dichas razones a través de contraargumentos.

De tal manera que los actos acusados, en virtud de su expedición irregular que afecta el debido proceso, deben ser declarados nulos.¹⁰¹⁶

Por otro lado, el Consejo de Estado ha considerado que la omisión por parte de la autoridad que expide el acto administrativo, de estampar su firma en el cuerpo del mismo, genera su nulidad.¹⁰¹⁷ En el anterior evento la alta Corporación de lo Contencioso Administrativo está doblemente errada, habida cuenta que se trata de un simple error que no altera la decisión y, además, la no firma de la decisión hace que esta sea un simple proyecto o un acto administrativo hipotético, esto es, aún no existe, toda vez que la autoridad administrativa aún no ha consolidado su contenido, o lo que es lo mismo, aún no lo ha ratificado. La firma es una señal inequívoca de voluntad administrativa, es decir, al plasmarse, la administración indica que la decisión está dada, o sea, que ya existe. Por tanto, nos inclinamos a pensar que una decisión no firmada es una decisión no adoptada y por tanto inexistente, tal como lo explicamos cuando analizamos los casos de inexistencia de los actos administrativos.

Accidentales: Los vicios accidentales, a contrario sensu de los sustanciales, son aquellos que a pesar de presentarse, en ningún momento tienen la entidad suficiente de alterar el sentido de la decisión administrativa. El consejo de estado trae un ejemplo sobre esta modalidad: “La sala considera que el hecho de no haberse pronunciado formalmente sobre el desistimiento parcial de la solicitud y no haberse suspendido el trámite para el efecto, además de ser argumentos en sí mismos discutibles, en nada inciden en la decisión definitiva que finalmente negó la solicitud en su totalidad y que hasta el momento ha sido encontrada válida por la sala.”¹⁰¹⁸

Así mismo, en materia de procesos de selección en contratación estatal, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, ha sostenido la posición expuesta en el párrafo anterior, así:

¹⁰¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 13 de septiembre de 2007. Expediente 1995-01415. Consejero Ponente: Dr. Marco Antonio Vellilla Moreno. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2007, páginas 2006 y 2007.

¹⁰¹⁷ El Consejo de Estado en sentencia del 16 de septiembre de 1994 dijo: “[...], pero es claro para la Sala que la firma de la autoridad que profiere el acto, además de ser el signo de su responsabilidad, a través del cual se puede establecer el aspecto subjetivo del acto y precisar la competencia de quien lo expide, constituye un requisito de forma, que de ser omitido daría lugar a la causal de anulación del acto, que el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo denomina expedición en forma irregular, ya que los funcionarios públicos, no solamente deben firmar sus decisiones, sino que de conformidad con el artículo 321 del Código de Régimen Político y Municipal deben firmarlos, poniendo con todas sus letras el nombre y apellido”. (Sección tercera, Santa Fe de Bogotá D.C., Sentencia del 16 de septiembre de 1994. Expediente N°5672, Consejera Ponente Consuelo Sarria Olcos.).

¹⁰¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera, 15 de marzo de 1991, Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, Expediente N°.190, León Kadoch B. Anales, 1991, tomo CXXII, págs.453 y ss. .

Empero, ninguna de las irregularidades que revela el expediente sobre el mero trámite de esa licitación alcanza a ser un verdadero vicio que afecte su validez. Ya en otras ocasiones la Sala ha dicho que no toda irregularidad, falla o tropiezo en que la administración incurra cuando adelanta los procedimientos administrativos, y la licitación lo es, sirve para sustentar la invalidez del acto que culmina la actuación. Se precisa que esa irregularidad afecte de manera ostensible el derecho de defensa, o, para el caso de la actuación contractual, el principio de selección objetiva. La Sala, para discernir si una determinada irregularidad, no tipificada como causal de nulidad por el procedimiento especial donde se haya producido el acto cuestionado, alcanza realmente a ser vicio suficiente que afecte la validez del acto debe preguntarse si de no haberse presentado la falencia o el error otra hubiere sido la decisión administrativa, y en caso afirmativo podría pensarse que, en efecto, se impone la nulidad del acto. Pero si, para las actuaciones precontractuales, a pesar de las irregularidades, la selección fue objetiva y el mejor postor fue el escogido, el acto de adjudicación debe salir adelante [...] ¹⁰¹⁹

Este mismo planteamiento lo ha sostenido el Consejo de Estado en relación con la posibilidad de anular elecciones no populares por vulneración del principio del voto secreto, así:

Ahora bien, en este caso la violación del principio del secreto del voto no se plantea como ocurrida en el marco de una elección popular. Tal constatación obliga a preguntarse, entonces, si, en una elección no popular, la violación del secreto del voto puede, válidamente, considerarse un motivo de nulidad del acto de declaratoria de elección correspondiente.

Para la Sala, la respuesta a ese interrogante es afirmativa, siempre y cuando se cumplan dos condiciones. De un lado, que las normas que regulan el procedimiento al cual debe someterse la elección no popular en cuestión, efectivamente, exijan que el voto sea secreto. Y, de otro, que el desconocimiento de esa regla procesal tenga la entidad suficiente para alterar el resultado electoral. Se llega a esa conclusión en atención a que la ley no desconoce que, en ocasiones, ciertas irregularidades del procedimiento logran incidir de manera sustancial en la validez del acto definitivo. Ciertamente, para esos eventos, el control jurisdiccional de esas irregularidades del procedimiento administrativo resulta procedente, con apoyo en la causal de nulidad consistente en la expedición irregular del acto.

¹⁰¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de noviembre de 1998, exp. 11324, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar.

El vicio de expedición irregular, según el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, constituye una causal genérica de nulidad de los actos administrativos y corresponde a aquel referido a las irregularidades sustanciales que tengan lugar en el procedimiento de expedición del acto, vale decir, el que se presenta cuando el acto se expide omitiendo las formalidades y trámites del caso que resulten determinantes en la decisión definitiva.

Y por irregularidad sustancial en la expedición de un acto declaratorio de elección o de nombramiento se entiende aquella capaz de alterar, con la suficiente gravedad, la transparencia del proceso de selección o electoral de que se trate, en cuanto afecta de manera determinada el resultado del mismo.

Se concluye, entonces, que, en materia de elecciones no populares, la violación del principio del secreto del voto es causal de nulidad del acto de declaratoria de elección, a condición de que tal principio sea de obligatoria observancia en el proceso electoral correspondiente y siempre que su desconocimiento en el caso concreto sea determinante del resultado.¹⁰²⁰

La génesis de la imposibilidad de anular actos administrativos por expedición irregular en virtud de vicios accidentales, se puede inferir de la teoría de los actos irregulares pero válidos del derecho español, la cual se concretiza en lo siguiente:

Es un matiz más que resulta de la no aplicabilidad del artículo 6º del Código Civil al campo del Derecho administrativo, puesto que supone la existencia de actos viciados (por consiguiente, que infringen la ley en mayor o menor cuantía) y que, no obstante, no deben considerarse anulables. Esta posibilidad está expresamente reconocida desde antiguo por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, pudiendo servir de ejemplo de declaración de la sentencia de 22 de diciembre de 1954: “que no basta cualquier omisión de un trámite reglamentario en el expediente gubernativo para motivar siempre, y desde luego, la nulidad de la resolución ministerial que en él recaiga, sino que es preciso ponderar en cada caso concreto las consecuencias producidas por tal omisión a la parte interesada, la falta de defensa que ella haya realmente originado y, sobre todo, lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen

¹⁰²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, Bogotá, D.C., veintitrés (23) de marzo de dos mil siete (2007), Radicación número: 11001-03-28-000-2006-00172-01 (4120), Actor: Andrés Mauricio Rodríguez Galeano, Demandado: Secretario de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes.

del recurso en caso de observarse el trámite omitido, pues un elemental principio de economía procesal, tendiente a evitar posible duplicidad innecesaria del pleito, impide que se anule la resolución y parcialmente las actuaciones, retrotrayéndolas al momento en que se omitió un trámite preceptivo si, aún subsanando el efecto con todas sus consecuencias, es de prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se anula.¹⁰²¹

La razón de ser de evitar que vicios accidentales afecten la legalidad de un acto administrativo es procurar la economía procesal e impedir la dilación injustificada de las actuaciones administrativas, tal como lo expone la doctrina española en el aparte transcrito líneas atrás y lo explica muy bien el profesor Walline, citado por el Consejo de Estado, así: “Si el Consejo de Estado anulase despiadadamente por vicios de forma, los actos en cuyo cumplimiento se hubiese deslizado la menor incorrección de forma, la administración sería incitada para evitar la anulación de sus actos a exagerar la minuciosidad del formalismo y se vendría con ello a dilatar aún más los procedimientos burocráticos que ya de por sí pecan de complicados, ocasionando frecuentemente a los administrados una incomodidad excesiva”¹⁰²².

Es necesario manifestar que solamente los vicios sustanciales tienen la connotación jurídica suficiente para anular un acto administrativo, por lo tanto, los vicios accidentales nunca podrán viciar como nulo un acto administrativo por expedición irregular.

Por otro lado, cuando se trata de actos administrativos de carácter particular y concreto (en los de carácter general también puede ocurrir pero en menor medida), por regla general, los vicios sustanciales de forma y procedimiento, implican una vulneración al principio del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, pues no se acata el procedimiento preexistente. Como cuando se declara vacante un cargo por abandono del mismo, sin que la administración hubiere iniciado un procedimiento administrativo breve y sumario con el objeto de determinar si la ausencia estuvo o no justificada¹⁰²³.

Aunque es necesario advertir que los vicios de forma y procedimiento no solo implican vulneración del debido proceso cuando se presentan al interior del

¹⁰²¹ GARRIDO FALLA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Tecnos, Décimo Cuarta Edición, Páginas 583 y 584. Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Lozada González.

¹⁰²² Aparte doctrinal citado en la jurisprudencia referida en el pie de página número de uno de este tema.

¹⁰²³ El profesor Diego Younes Moreno, al referirse a la casual abandono del cargo, como una decisión que debe venir precedida de un procedimiento administrativo breve y sumario, señala: “[...] a nuestro juicio debe abrirse un informativo que en forma breve y sumaria establezca objetivamente el hecho, y determine, igualmente en forma sumaria, que no hay justa causa por el abandono”. Derecho Administrativo Laboral, Temis, Octava Edición, Página 364.

proceso administrativo, sino también cuando se presentan con posterioridad a su culminación, por ejemplo: cuando se trata de actos administrativos que se expiden con fundamento en un acto administrativo que perdió su fuerza ejecutoria¹⁰²⁴. Aunque cabría anotar que los actos administrativos que se expiden con fundamento en la decisión que perdió fuerza ejecutoria estarían viciados de nulidad por expedición irregular, siempre y cuando sean controvertibles judicialmente.

Sobre lo expresado en el párrafo anterior, el Consejo de Estado ha dicho sobre el particular: “En sede jurisdiccional puede sí ser invocada (se refiere a la excepción de pérdida de fuerza ejecutoria), pero no para que se haga tal declaratoria, sino como circunstancia que pueda afectar la validez, ya no del acto que se estima ha sufrido tal fenómeno, sino la de los actos administrativos que se llegaren a producir con fundamento en este, caso en el cual, tratándose de la acción de nulidad, esta situación puede resultar encuadrada en alguna de las causales previstas en el artículo 84 del CCA, como la falsa motivación o la expedición irregular, etc. [...]”¹⁰²⁵

6. Desconocimiento de derecho de audiencias y defensa.

El vicio invalidante: desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, se queda corto en su literalidad, y se convierte en una causal que busca que se aplique el debido proceso solo de manera parcial, en lo que tiene que ver con el componente derecho de defensa, en las actuaciones administrativas.¹⁰²⁶

Como corolario, por ejemplo, esta causal no se configuraría cuando se contraría el principio de economía inherente al debido proceso, al expedirse una decisión administrativa de forma tardía teniendo como efecto que lo que se buscaba con la misma ya no produce el efecto deseado. Como cuando el seguro social autoriza el otorgamiento de una droga para una paciente que para la época de la expedición de tal decisión ya está muerta. En realidad, en este ejemplo no se está vulnerando el derecho de audiencias y defensa de la paciente, empero, si el debido proceso de la misma, por lo tanto, la causal tipificadora es la transgresión de las normas en que debería fundarse la decisión por violación del debido proceso.

¹⁰²⁴ Para la Corte Constitucional esta eventualidad constituye una vía de hecho vulneradora del debido proceso administrativo. Ver por ejemplo: Sentencia T-702 de julio 5 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas H.

¹⁰²⁵ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 4490, febrero 19 de 1998, Consejero Ponente Juan Alberto Polo Figueroa.

¹⁰²⁶ “Esta causal está íntimamente relacionada con la causal supra legal del debido proceso, mediante el cual se garantiza a las personas sometidas a un proceso que se respetarán sus derechos al investigar sus conductas o al resolver el conflicto de intereses en que están comprometidas”. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R, Ltda., página 241.

Ahora bien, entendida esta como una causal que tipifica las irregularidades que se presenten en torno a los principios de contradicción y participación, esto es, el derecho a participar durante la actuación administrativa, solicitar la práctica de pruebas, contradecir las que se practiquen, allegar elementos probatorios, ser escuchado durante la misma, entre otras actividades procedimentales, se convierte en un importante componente del artículo 29 de la Constitución Política, el cual consagra que en materia de actuaciones judiciales o administrativas se aplicara el debido proceso, el cual es un derecho fundamental que se puede proteger a través de la acción de tutela bajo los parámetros trazados por el bloque de legalidad¹⁰²⁷.

Como consecuencia de lo anterior, principios como la celeridad, la publicidad o la economía, inherentes al mencionado derecho, deben ser contemplados al momento de tipificar la causal: vulneración de las normas en que debería fundarse la decisión, con excepción de los principios de contradicción y participación que son propios de la causal que se estudia –desconocimiento del derecho de audiencias y defensa- (art. 209, CP).

Por lo tanto, lo visto en los principios de la función administrativa, es decir, los principios que rigen el proceso administrativo, deben ser tenidos en cuenta para poder configurar causales como la transgresión de normas en que debería fundarse la decisión (debido proceso –arts. 29 y 209 de la C.P-) o el desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, en este último caso específicamente en lo que tiene que ver con los principios de contradicción y participación.

Es por lo anterior, que eventos como el no escuchar al afectado con la decisión administrativa de manera previa a la expedición del acto administrativo, o el hecho de no permitirle durante la actuación administrativa, aportar pruebas o solicitarlas, son situaciones configurativas de esta causal.

¹⁰²⁷ “El debido proceso constitucional (art. 29 C.P.), protege las garantías esenciales o básicas de cualquier proceso. Dichas garantías son el derecho al juez natural; el derecho a presentar y controvertir pruebas; el derecho de defensa –que incluye el derecho a la defensa técnica–; el derecho a la segunda instancia en el proceso penal; el principio de predeterminación de las reglas procesales o principio de legalidad; el derecho a la publicidad de los procesos y decisiones judiciales y la prohibición de juicios secretos”. BOTERO MARINO, Catalina, *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Consejo Superior de la Judicatura, páginas 63 y 64.

GLOSARIO

Primera parte

1. **Entidades Públicas:** Tiene personalidad jurídica, es identificable en el mundo jurídico y gobernado por sus normas jurídicas, aunado tienen representación legal para obligarse judicial y extrajudicialmente. (P. 14 capítulo I).
2. **Inderogabilidad Singular:** La obligación que tiene la Administración de respetar los actos normativos cada vez que se dicte un acto individual o de efectos particulares. No solo se trata de que el órgano inferior respete el acto normativo dictado por el órgano superior, sino de que el mismo órgano que dictó un acto normativo lo respete al dictar un acto de efectos particulares e, incluso, que el órgano superior respete el acto normativo del inferior al dictar un acto administrativo de efectos particulares (P. 39 capítulo II).
3. **Razonabilidad:** La administración pública por regla general, deberá motivar los actos administrativos que se derivan de la potestad discrecional, de tal suerte que la decisión de manera objetiva identifique la norma que le sirve de sustento y sea un reflejo de la misma, lo cual facilita su control gubernativo como jurisdiccional.
4. **Potestad Reglada:** Es cuando se está frente a competencias claras y específicas determinadas en la Ley que no le permiten a la administración más que moverse dentro de unos marcos precisos previamente regulados, es decir, estaríamos prácticamente encuadrando la actuación de la administración dentro de la tipicidad de las normas que habilitan su actuar en el mundo del tráfico jurídico. (p. 40 capítulo II).
5. **Potestad Discrecional:** Se da en aquellos eventos en que la Ley le permite a la administración pública tener un margen de libertad en la adopción de una decisión o en la regulación de determinada materia, con el objeto de poder cumplir con una mayor eficacia y precisión con los fines estatales. (p. 41 capítulo II).
6. **Principio de Racionalidad:** Las decisiones de la administración deben respetar las reglas de la lógica deductiva, deben ser consistentes, eficientes y coherentes y solo fundarse en el principio de legalidad y no en criterios externos de naturaleza política o moral.¹⁰²⁸ Este es un principio que se aplica especialmente cuando se van a proferir actos administrativos que emanan de potestades regladas. (p. 63 capítulo II).
7. **Principio de Autotutela:** El único requisito para que un acto administrativo pueda ser ejecutado unilateralmente por la administración, aún en contra

¹⁰²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de junio de 2008. Expediente 1988-8431. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de 2009, páginas 438 a 482.

de la voluntad del administrado, es que el mismo se encuentre en firme, al administrado no le queda más remedio que someterse a los designios del mismo, aunque lo demande ante la jurisdicción contencioso administrativa, salvo que solicite la suspensión provisional y esta prospere.

- 8. Actos Administrativos:** Buscan crear, modificar o extinguir una situación jurídica en el tráfico jurídico. Por ejemplo: un acto de libre nombramiento y remoción. (p. 137 capítulo II).
- 9. Finalidad del Acto Administrativo:** La finalidad se equipara a las metas que debe cumplir la administración pública con su actividad, plasmadas en el bloque de legalidad. (p. 146 capítulo II).
- 10. Actos de Trámite:** Son los que se producen en la etapa de la actuación administrativa. deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla. (p. 148 capítulo II).
- 11. Las circulares de servicio:** De conformidad al inciso final del artículo 84 del CCA, las circulares de servicio también son susceptibles de anulación a través de decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (p. 149 capítulo III).
- 12. Reglamentos constitucionales autónomos:** Son aquellas disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto expedidas por una pluralidad de autoridades a las cuales les ha sido asignada una competencia normativa directamente por la Constitución y sin sujeción a la ley. (p. 154 capítulo III).
- 13. El acto mixto:** Es una modalidad de acto administrativo que tiene la doble dimensión de ser de carácter general y de carácter particular, es decir, dentro de su contenido hay estipulaciones que afectan al conglomerado social indeterminado y a una persona o grupo de personas determinadas o determinables. (p. 155 capítulo III).
- 14. Coadministrar:** Asumir el papel de administradora pública haciendo análisis de conveniencia u oportunidad, ya que esto es propio de la administración pública y no es una función jurisdiccional. (p. 158 capítulo III).
- 15. Validez:** Este concepto hace referencia a que el acto administrativo reúna los requisitos internos y externos, es decir, que no se encuentre inmerso en alguna de las causales de nulidad contempladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo. (p. 163 capítulo III).
- 16. Existencia:** Este concepto se refiere a que el acto administrativo se adopte (adopción que implica el cumplimiento de sus elementos estructurantes: expresión, unilateralidad, voluntad, proveniente de la administración pública, decisión y susceptible de producir efectos jurídicos), es decir, que la Administración Pública tome la decisión, ya sea verbal o escrita. (p. 163 capítulo III).

17. **Eficacia:** Este concepto preceptúa que, mientras el acto administrativo no se publicite, es decir, no se dé a conocer, no produce efectos jurídicos. (p. 163 capítulo III).
18. **El proceso contencioso administrativo:** Es el que se surte ante los jueces, es decir, su naturaleza es judicial, al paso que el proceso administrativo, se surte directamente con la administración pública. (p. 166 capítulo IV).
19. **Procesos complementarios:** En ocasiones, se exige el agotamiento previo de la vía gubernativa para luego poder acudir a la vía jurisdiccional, como es el caso de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a actos administrativos de carácter particular y concreto sujetos a la primera parte del Código Contencioso Administrativo. (p. 166 capítulo IV).
20. **Imposibilidad de procedimiento:** Situaciones en las que resulta imposible aplicar un procedimiento administrativo para producir un acto administrativo en firme. (p. 169 capítulo IV).
21. **Actos Administrativos de mera manifestación:** Son una modalidad de los actos administrativos discrecionales, se identifican con la manifestación de voluntad del representante legal de la Entidad Pública o de sus directivas, propia de su fuero interno y que se plasma en un documento por razones del servicio y de administración interna de la entidad, sin necesidad de agotar trámite alguno para su expedición y en algunas ocasiones sin motivación alguna por expresa autorización legal y con el objeto de materializar el principio de eficiencia. (p. 169 capítulo IV).
22. **Reglamentos constitucionales autónomos:** aquellas disposiciones de carácter general, impersonal y abstracto expedidas por una pluralidad de autoridades a las cuales les ha sido asignada una competencia normativa directamente por la Constitución y sin sujeción a la ley. Se caracterizan, en consecuencia, por constituir un desarrollo directo de la Constitución, por manera que, en el sistema de fuentes del derecho, ostentan una jerarquía igual a la de la ley. (p. 173 capítulo IV).
23. **Los procedimientos declarativos:** Son los que tienen por objeto la emisión de actos administrativos que otorgan certeza respecto de hechos jurídicos relevantes, y pueden consistir también en declaraciones de ciencia o de conocimiento y en verificaciones. (p. 179 capítulo IV).
24. **Los procedimientos ablatorios:** Son los que tienen como consecuencia la restricción de los derechos individuales, por lo que generalmente se inician de oficio por la administración, aunque también pueden iniciarse a petición de parte en virtud de quejas. (p. 180 capítulo IV).
25. **Los procedimientos autorizatorios:** Tienen por objeto la emisión de actos administrativos que permiten a un particular ejercer un derecho, por la remoción de un obstáculo jurídico que legalmente existe para su ejercicio pleno. Generalmente requieren instancia de parte. (p. 180 capítulo IV).

- 26. Los procedimientos dirimentes:** En estos la administración pública actúa como árbitro o como Juez con el objeto de resolver una controversia entre dos particulares o entre ellos y la administración o, inclusive, entre entidades administrativas. Obviamente esta potestad no es jurisdiccional porque la decisión no hace tránsito a cosa Juzgada y puede ser demandada ante la jurisdicción contenciosa. (p. 180 capítulo IV).
- 27. Agentes Oficiosos:** Son aquellos abogados titulados que intervienen a favor del particular que pudiere llegar a ser afectado con una decisión administrativa, durante la actuación respectiva, para hacer valer sus derechos. (p. 180 capítulo IV).
- 28. Acto administrativo electrónico:** El artículo 57 del CPA habilita a la administración pública para expedir actos administrativos por medios electrónicos, siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad, es decir, se pueda comprobar su procedencia, su inmodificabilidad y su posibilidad de obtener copias auténticas del mismo. (p. 256 capítulo IV).
- 29. Expediente electrónico:** El inciso primero del artículo 59 del CPA define el expediente electrónico como “el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contenga”. (p. 257 capítulo IV).
- 30. Seguridad jurídica:** Certeza del objeto y fin de la declaración administrativa. (p. 261 capítulo IV).
- 31. Certeza de su ejecutoriedad:** Es decir, vía libre para materializar sus efectos jurídicos luego de su firmeza, advertida como título de ejecución escrito. (p. 261 capítulo IV).
- 32. Medio de prueba idóneo:** Es elemento de juicio fidedigno de la voluntad de la administración pública. (p. 261 capítulo IV).
- 33. Cláusulas accesorias:** Decisión sometida a un término o plazo, a una condición resolutoria o suspensiva, a un modo o formalidad, la motivación adicional en aquellos actos administrativos que por ley no tienen que motivarse o la indexación en caso del reconocimiento de sumas de dinero. (p. 263 capítulo IV).
- 34. Silencio Administrativo Sustancial:** Es aquel que se produce en la etapa de la actuación administrativa, es decir, la de la formación del acto, con el objeto de no prolongar indefinidamente en el tiempo la misma y así, darle la posibilidad, al administrado, de interponer los recursos de la vía gubernativa o ir directamente a la vía jurisdiccional. (p. 269 capítulo IV).
- 35. Silencio Administrativo Procesal:** Se da en la vía gubernativa, el cual se presenta en el caso en que la administración no resuelva los recursos de reposición o apelación interpuestos. Se busca que no se vea afectado el derecho subjetivo del interesado. Cuando se presentan dentro del término de

ejecutoria el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, el término de configuración del silencio para ambos recursos corre de manera simultánea. (p. 269 capítulo IV).

- 36. Silencio Administrativo Negativo:** Es la regla general, es decir, en todos aquellos eventos surgidos del derecho de petición en interés particular o de la interposición de los recursos, donde la administración deba pronunciarse dentro de determinado tiempo, si no lo llegare a hacer, se presume que está produciendo un acto administrativo que deniega lo solicitado por el interesado. (p. 269 capítulo IV).
- 37. Principio de conservación de los actos administrativos:** La administración está obligada a conservar y hacer todo lo posible para que se materialice el contenido del acto administrativo acorde con el ordenamiento jurídico y, si se trata de un acto administrativo de carácter particular y concreto que reconoce un derecho, no podrá revocarlo sin el consentimiento del interesado, así no se haya publicitado. (p. 282 capítulo IV).
- 38. La Publicación:** Es el mecanismo a través del cual se dan a conocer los actos administrativos de carácter general. (p. 284 capítulo IV).
- 39. La Notificación:** Es el mecanismo jurídico a través del cual se dan a conocer los actos administrativos de carácter individual y concreto, es decir, que crean, extinguen o modifican situaciones jurídicas subjetivas. (p. 291 capítulo IV).
- 40. Notificación masiva:** Se presenta en aquellos eventos donde el número de interesados con las decisiones a adoptar es de grandes proporciones, a tal punto que si se cumpliera con las formalidades tradicionales de la notificación personal se atentaría de manera flagrante con lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución, esto es, los principios de eficiencia, celeridad y economía que deben reinar en la función administrativa. (p. 302 capítulo IV).
- 41. La Comunicación:** Es uno de los mecanismo mediante el cual se dan a conocer las decisiones que emite la administración pública. Es una modalidad excepcional que solo procede en los eventos en que la ley así lo determine de manera expresa o que se trate de actos administrativos frente a los cuales no proceden recursos ordinarios en vía gubernativa, porque la ley así lo dispone. (p. 306 capítulo IV).
- 42. Vía Gubernativa:** Es aquella etapa del Procedimiento Administrativo que tiene por objeto que la Administración Pública obtenga la oportunidad de autocontrolar, jurídicamente, por inconveniencia o inoportunidad e incluso cuando se cause un agravio injustificado a una persona, sus propios actos, a través del ejercicio, por parte del administrado, de los recursos ordinarios o del recurso extraordinario de revocatoria directa. (p. 309 capítulo V).
- 43. Modifique:** Que el sentido de la decisión en su parte resolutive se cambie en algún aspecto, es decir, se sustituya de manera parcial el contenido con otro que verse sobre el asunto o situación jurídica frente a la cual el acto administrativo produce efectos jurídicos. (p. 313 capítulo V).

- 44. Revoque:** Que se saque al acto administrativo del tráfico jurídico, es decir, que se remueva del mundo del derecho, ya sea remplazándolo por otra decisión administrativa (revocación tácita) o simplemente excluyéndolo del mundo jurídico a través de la manifestación expresa de revocación en la parte resolutive del acto que resuelve el recurso (revocación expresa). (p. 313 capítulo V).
- 45. Adicione:** Que se agreguen puntos nuevos que se dejaron de resolver en el acto administrativo inicial, a pesar de que se pidieron oportunamente. Sin embargo, en este caso consideramos que frente a los puntos nuevos se deberá realizar una nueva notificación susceptible de provocar una nueva vía gubernativa, dado que se trata de decisiones que aún no se han puesto en tela de juicio ante el administrado. (p. 313 capítulo V).
- 46. La perención:** Es cuando el recurrente es un agente oficioso y dentro de los tres meses siguientes o dos meses siguientes si se aplican las normas del CPA, el interesado en la actuación no la ratifica, lo que provoca, que se haga efectiva la caución a título de sanción, se archive el expediente y quede en firme el acto administrativo. (p. 327 capítulo V).
- 47. El desistimiento Tácito:** Cuando el funcionario competente, le comunica al interesado que debe aportar documentación adicional porque el recurso está incompleto o debe depositar el costo de las pruebas, en caso de que transcurran dos meses (o un mes prorrogable por otro tanto a la luz del nuevo código) y el interesado haga caso omiso a la mencionada solicitud, se decretará el desistimiento, se archivará el expediente y el acto administrativo quedará en firme. (p. 327 capítulo V).
- 48. Acto Administrativo Presunto:** En el caso de que la administración no le diere respuesta al recurrente (sea que no expida decisión alguna o que expidiéndola no la notifique), dentro de los dos meses siguientes a la interposición del recurso, se configura el silencio administrativo negativo de carácter procesal. (p. 327 capítulo V).
- 49. La Revocatoria Directa:** Es una figura jurídica que busca suprimir del mundo jurídico un acto administrativo de carácter particular y concreto que resulta contrario al interés general y al orden jurídico, de manera expresa (acto administrativo que literalmente revoca) o tácita (acto contrario a uno anterior). (p. 338 capítulo V).
- 50. El Control Constitucional:** Es aquel que se realiza, cuando se hace una confrontación directa entre la Constitución y una norma de inferior jerarquía. En Colombia el control Constitucional es mixto, es decir, puede ser difuso o concentrado. (p. 383 capítulo V).
- 51. Inexistencia Del Acto Administrativo:** Es cuando le falta alguno de sus elementos esenciales para su configuración. (p. 391 capítulo V).

- 52. Violación por error de hecho o de derecho:** El servidor público que expide el acto administrativo, hace una interpretación errada de los hechos que fundamentan la decisión administrativa e incluso, se basa en hechos que no se encuentran probados. (p. 412 capítulo VI).
- 53. falsa motivación:** Es aquella irregularidad objetiva en que incurren las decisiones administrativas, cuando los considerandos del acto administrativo se fundan en razones de hecho o de derecho inexistentes, se presenta una incoordinación entre la parte motiva y la resolutive o el encabezamiento o se califican mal los motivos fácticos o jurídicos. (p. 427 capítulo VI).
- 54. Motivación ilícita o ilegal:** En el caso en que la administración profiera actos administrativos motivados de tal forma que tipifiquen conductas penales o disciplinarias. Por ejemplo: en el evento en que la administración autorice el porte de armas en forma indiscriminada, por razones de orden público, sin el debido salvoconducto. Aquí la causal es: por no acoger las normas en que debería fundarse. (p. 431 capítulo VI).
- 55. Motivación sin resolución:** Se da en aquellos eventos en que el acto administrativo se motiva, empero, finalmente no resuelve nada. En tales casos estamos en presencia de un acto administrativo inexistente porque no tiene la entidad suficiente de producir efectos jurídicos creando, modificando o extinguiendo una situación jurídica. (p. 431 capítulo VI).
- 56. Disparidad de Tratamiento:** Es el caso de las decisiones inequitativas, es decir, frente a casos similares se toman decisiones diferentes, como cuando se califica satisfactoriamente a un funcionario público de carrera administrativa e insatisfactoriamente a otro, estando los dos dentro de un nivel similar de rendimiento en su desempeño. (p. 440 capítulo VI).
- 57. Injusticia manifiesta:** Se presenta un gravamen sobre el interés privado sin que existan las suficientes razones de interés público que lo justifiquen. Por ejemplo, cuando se decide sellar un establecimiento público por el sonido estridente que desprende la música que emite, sin tener en cuenta que tal establecimiento público se encuentra en área rural donde no molesta a nadie. (p. 440 capítulo VI).

BIBLIOGRAFÍA

BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Señal Editora.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Tomos I, II, III Y IV, Editorial Universidad Externado de Colombia.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo II, Séptima Edición, Editores Dupre.

HENAO, Juan Carlos. El Daño, Editora Universidad Externado de Colombia.

PALACIO JARAMILLO, Martha Inés. Debido Proceso Disciplinario, Editora Librería del Profesional.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano, Duodécima Edición, Editorial Temis.

DROMI, José Roberto. Manual de Derecho Administrativo, Editorial Astrea, Buenos Aires.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid.

PENAGOS, Gustavo. El Acto Administrativo, Tomos I y II, Séptima Edición, Ediciones Librería Del Profesional.

CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, hojas sustituibles, Legis S.A.

REVISTA DE JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA, Legis S.A.

REVISTA DE ACCIÓN DE TUTELA, ACCIONES POPULARES Y DE CUMPLIMIENTO, Legis S.A.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, hojas sustituibles, Legis S.A.

HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio, Poder y Constitución, Editorial Legis.

LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio, Anulación de los Actos de la Administración Pública, Segunda edición, Ediciones Doctrina y Ley, Ltda., Bogotá D.C., Colombia.

BREWER CARIAS, Allan, Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina, Editorial Legis.

PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, Interpretación Constitucional, Segunda Edición, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel, Interpretación Judicial, Segunda Edición, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.

GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA Alberto y LOSADA GONZÁLEZ Herminio, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimocuarta Edición, Editorial Tecnos.

PERDOMO TORRES, Jorge, Posición de Garante en virtud del Principio de Confianza Legítima Especial, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición: abril de 2008.

SMITH, Adam, Investigación Sobre la Naturaleza y Causas de la Riqueza de las Naciones, Fondo de Cultura Económica, México, Novena Reimpresión, 1997, traducción de Gabriel Franco.

HOBBS, Thomas, Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Fondo de cultura económica, México, séptima reimpresión, 1996. Traducción de Manuel Sánchez Sarto.

VALENCIA ZEA, Arturo, Derecho Civil I, Personas, editorial Temis.

KAUFMANN, Arthur, Filosofía del Derecho, Editorial: Universidad Externado de Colombia.

BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe. Acción Popular y Nulidad de Actos Administrativos, Editorial Legis, Universidad del Rosario, Serie Lex Nova.

VAN DOREN, Charles, *Breve Historia del Saber*, Editorial Planeta, Traducción de Claudia Casanova, 2006.

GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Editorial Ibáñez, 2010.

BENAVIDES, José Luis y SANTOFIMIO, Jaime Orlando, *Compiladores, Contratación Estatal, estudios sobre la reforma del estatuto contractual, Ley 1150 de 2007*, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2009.

YOUNES MORENO, Diego, *Derecho Administrativo Laboral*, Octava Edición, Editorial Temis, 1998.