

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

TOMO I - VOLUMEN 2

IVÁN MAURICIO FERNÁNDEZ ARBELÁEZ

Universidad La Gran Colombia – 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. 826

Incluye referencias bibliográficas

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

ISBN Volumen 2: 978-958-8510-57-6

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: 978-958-8510-57-6

Número de ejemplares: 300

Editor: Universidad La Gran Colombia
Dirección de Investigaciones
Coordinador: Federico Duque del Río

Universidad La Gran Colombia,
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	13
EL AUTOR	14
ADVERTENCIA A LA SEGUNDA EDICIÓN	15
SEGUNDA PARTE. DERECHO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	21
CAPÍTULO I. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA	23
Introducción	23
I. Naturaleza jurídica de la Jurisdicción contencioso administrativa	35
A.Principios	35
B.Características	43
II. Estructura de la Jurisdicción contencioso-administrativa	44
A. El Consejo de Estado	45
B. Los Tribunales Administrativos	70
C. Jueces Administrativos	71
D. Competencias en la jurisdicción contencioso administrativa	72
1.Sala plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado	75
1.Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a través de sus secciones	75
2.Los Tribunales Administrativos y los Jueces Administrativos	79
3.Competencia por razón del territorio	88
4.Competencia por razón de cuantía	91
5.Factor de la naturaleza del sujeto	96
6.Competencia en materia de Seguridad Social Integral.	97
E. El Ministerio Público	101
F. Otras Particularidades del funcionamiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo	106
CAPÍTULO II. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	125
Introducción	125
I. Naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo	128
A.Definición y notas características del proceso contencioso administrativo	128
B.Clases de procedimientos que componen el proceso Contencioso Administrativo	140
II. El procedimiento ordinario	143
A.La Etapa Formativa: <i>Litis Contestatio</i> y audiencia inicial	144
B.La Etapa Probatoria (Audiencia de pruebas)	153

C. Etapa de alegatos	156
D. Etapa del fallo (Audiencia alegaciones y juzgamiento)	157
E. Segunda Instancia	159
F. Actas y registro de las audiencias y diligencias	161
III. Medios de impugnación	162
A. Recursos ordinarios	162
B. Recursos extraordinarios	162
C. Funcionarios que expiden las providencias judiciales (art. 125 del CPA)	163
1. Tribunales Administrativos	163
2. Consejo de Estado	164
D. El recurso ordinario de reposición	164
E. El recurso ordinario de apelación	166
1. Enumeración que consagra el artículo 243 del CPA	172
2. Efectos de la Apelación	177
3. Trámite de la apelación	177
4. Pruebas en segunda instancia	180
F. El Recurso ordinario de Queja. (art. 182, CCA y art. 245 del CPA)	181
G. Recurso ordinario de súplica (art. 183 del CCA y 246 del CPA)	182
H. Mecanismo de Consulta (art. 184 del CCA)	183
I. Recursos Extraordinarios	186
1. Procedencia	189
2. Competencia	191
3. Término para su interposición y formalidades	192
4. Formulación	192
5. Legitimación	193
6. Causales	193
7. Trámite y caución	199
8. Etapa probatoria	200
9. Fallo	200
10. Excepciones	201
IV. La terminación del proceso	206
A. La Transacción (art. 2469 y ss. del C.C.)	210
1. Definición	210
2. Presentación	211
3. Periodo Probatorio	211
4. Efectos	212
5. Entidades públicas legitimadas para transar	212
6. Recursos	215
7. Cobertura	215
B. La Conciliación	216
1. Definición	216
2. Cobertura	218

3.Requisito de procedibilidad	223
4.Clases	227
5.Las partes	228
6.Competencia	230
7.Oportunidad y caducidad	231
8.Pruebas	231
9.El procedimiento conciliatorio extrajudicial	233
10.Los recursos	237
11.Efectos	238
12.La conciliación judicial es optativa salvo cuando media sentencia condenatoria y es apelada	240
13.Acción de repetición	241
14.No hay prejuzgamiento	241
15.Conciliación en equidad	242
16.Recusación y ausencia injustificada	242
C. El Desistimiento	242
1.Entidades legitimadas para desistir	243
2.Cobertura	243
3.Procedimiento	244
D. La perención (art. 14- CCA)	245
1.Requisitos	245
2.Efectos	250
3.Cobertura	251
4.Recursos	252
5.Notificación del auto que decreta la perención	252
6.El desistimiento tácito no operaba en el contencioso administrativo	252
E. El allanamiento (art. 218., CCA, artículo 176 del CPA y art. 98 y 99 del C.G.P.)	253
1.Entidades legitimadas para allanarse	253
2.Procedimiento	254
3.Se decide mediante sentencia	254
F. El abandono (art. 233 del CCA)	254
G. Otros casos de terminación anormal del proceso	255
H. El Arbitramento (art. 116 de la CP y 111 y ss. de la Ley 446 de 1998)	256
1.La fuente de la función jurisdiccional de los árbitros es contractual	258
2.La naturaleza jurisdiccional del arbitramento	262
3.Clases de arbitraje	266
4.Límites materiales del arbitraje	267
5.Límites personales del arbitraje	271
6.El trámite arbitral (art. 70, Ley 80 de 1993)	271
7.Recurso de anulación	277

I. Terminación Normal.	282
1.La sentencia	282
2.Contenido, cumplimiento y ejecución de las sentencias	283
V. Otros aspectos procedimentales en el proceso ordinario	306
A.Intervención de terceros: (art. 217, CCA y arts. 223 a 228 del CPA)	306
B.Nulidades e incidentes (art. 165, 166 y 167 del CCA y arts. 207 a 210 del CPA)	313
C.La acumulación de pretensiones y procesos	319
D.Lademandas de reconvención	319
E.El régimen probatorio	321
F. Las excepciones previas y de fondo o de mérito	321
G.Medidas cautelares	322

CAPÍTULO III. LA ACCIÓN DE NULIDAD DE CARTAS DE NATURALEZA Y LA ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD **331**

Introducción.	331
I. Definición y características	331
II. La acción de nulidad de cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción (art. 147 del CPA).	343
III. La Acción de Simple Nulidad. (Art. 84 del CCA y art. 137 del CPA).	345
A.Contenido de la demanda (art. 137, CCA y artículo 162 del CPA)	349
1.Frente a la designación de las partes y de sus representantes	349
2.Lo que se demanda	352
3.Lo hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción	370
4.Los fundamentos de derecho de las pretensiones	371
B. La demanda: requisitos y anexos (arts. 139 y ss. del CCA y art. 166 del CPA)	374
C. Inadmisión y rechazo de la demanda (art. 143 del CCA y arts. 168 a 170 del CPA)	395
D. Contenido del auto admisorio de la demanda. (art. 207 CCA y art. 171 del CPA)	411
E. La Suspensión Provisional (arts. 152 al 159 del CCA y numeral 3º del artículo 230 del CPA).	418
F. Contestación de la demanda (Artículo 144 del CCA y 175 del CPA)	430
G. La Sentencia en la Acción de Simple Nulidad	435

CAPÍTULO IV. LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. (ART. 85. CCA y art. 138. CPA) **443**

Introducción	443
I. Definición	443
II. Características de la acción	443

III. Contenido y presentación de la demanda	457
A. Pretensiones	457
B. La excepción de ilegalidad (artículo 12 de la Ley 153 de 1887)	460
C. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer (137, num.5to. y 168 CCA y artículos 211 a 222 del CPA).	471
D. La estimación razonada de la cuantía en el contencioso administrativo (art. 134e y 137, num.6to. CCA y art. 157 CPA)	483
E. Aspectos puntuales sobre la presentación de la demanda	502
IV. Precisiones sobre el control jurisdiccional de los actos administrativos (art. 82, CCA y art. 104, CPA).	504
V. La sentencia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.	513
CAPÍTULO V. LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA	517
Introducción	517
I. Características	517
II. Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado	530
A. El Daño	531
B. Los perjuicios	538
C. El comportamiento administrativo dañino	568
D. La imputación	569
E. El nexo causal entre el comportamiento de la administración pública y el daño	575
F. El daño antijurídico(El deber de Reparar).	590
CAPÍTULO VI. LA ACCIÓN CONTRACTUAL	
(Art. 87 CCA y art. 141 del CPA).	623
Introducción	623
I. Definición	623
II. Características	623
A. Competencia	623
B. La acción es pluripretensional	634
C. La Teoría de los actos administrativos separables	664
D. Caducidad en la acción contractual (art. 136 del CCA y art. 164 del CPA)	673
E. Anexo Indispensable para poder accionar contractualmente	681
CAPÍTULO VII. LA ACCIÓN ELECTORAL	685
Introducción	685
I. Naturaleza jurídica de la acción electoral	686
A. Concepto	686
B. Procedencia	686
C. Características de la acción electoral	687

D. Causales de nulidad de los actos sujetos a la acción electoral (arts.223, 227, 228 y 84 del CCA Y arts. 137 y 275 del CPA).	699
II. Aspectos Procesales de la acción electoral	708
CAPÍTULO VIII. LA ACCIÓN EJECUTIVA	731
Introducción	731
I. Problemas jurídicos del proceso ejecutivo en el contencioso administrativo	757
A.- Valor probatorio de las simples copias en el proceso ejecutivo contencioso administrativo.	739
- Posición de la Corte Constitucional	739
- Posición del Consejo de Estado.	741
- Nuestro punto de vista	743
B. El registro presupuestal como documento integrante del título ejecutivo complejo	749
C. Títulos ejecutivos en materia contencioso administrativa (Artículo 297 del CPA)	755
D. Intereses e indexación	762
E. La Procedencia de Embargos En Contra De La Administración Pública	765
F. Aspectos procesales en la acción ejecutiva contencioso administrativa	774
II. La Jurisdicción Coactiva (arts. 561 a 568 del C. de P.C., 68, 79 y 252 del CCA, el Decreto 624 de 1989 “Estatuto Tributario” y los arts. 98 a 101 del CPA).	781
A.Documentos que prestan mérito ejecutivo (Artículo 68 del CCA y artículo 99 del CPA)	783
B.Clases de Jurisdicción Coactiva	787
C. Aspectos procedimentales de la jurisdicción coactiva	797
GLOSARIO	813
Segunda parte	813
BIBLIOGRAFÍA	819

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 del 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 en los siguientes cursos: Mecanismos alternativos de solución de conflictos y Organización de la administración pública. 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. Algunos de estos artículos son 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. Próximo a publicarse: El real alcance del daño antijurídico y 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 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

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. 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, 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.

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.

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.

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

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.

que se dictó sobre la nueva codificación, 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 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

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.

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 7º 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 5º 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 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.

SEGUNDA PARTE

DERECHO PROCESAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO I. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Introducción

La jurisdicción Contenciosa Administrativa se constituye en un medio técnico y jurídico para controlar a la Administración Pública en su actuar, materializado en actos administrativos, hechos administrativos, operaciones administrativas y contratos estatales (art. 83 CCA), con el objeto de preservar el Estado de Derecho, los Derechos Humanos de las personas y la institucionalidad de la República, dando certeza jurídica a las situaciones jurídicas ambivalentes y dirimiendo los conflictos que se presenten entre los particulares y el Estado o entre las Entidades Públicas.⁴

Este control no es solo de legalidad sino también de constitucionalidad, por tanto, su objeto no se agota en lo contemplado en los artículos 103 y 104 del CPA, sino que el campo de acción es mucho más amplio y se requiere de una lectura sistemática del ordenamiento jurídico para detectar los otros ámbitos competenciales de la jurisdicción de lo contencioso Administrativo. Por otro lado, dicho control es integral y cubre todas las formas a través de las cuales se manifiesta la administración pública (numerales 1º y 2º del artículo 237 de la Constitución Política, artículos 34, 37 y 49 de la Ley 270 de 1996). Un ejemplo que permite inferir que el Juez Contencioso Administrativo también puede adquirir la connotación de juez constitucional son los artículos 88 y 89 de la Constitución Política, disposiciones que consagran la acción popular y la acción de cumplimiento respectivamente y que nos permite colegir que el término “acción” sigue vigente en nuestro ordenamiento jurídico y resulta ser sinónimo de la expresión “medio de control” dispuesta en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Sobre el objeto de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el inciso primero del artículo 103, señala: “Los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad

⁴ El tratadista Carlos Betancur Jaramillo anota sobre el particular: “La doctrina coincide en afirmar que es un medio técnico-jurídico que somete la actividad de órganos dependientes (los de la administración lo son) a la fiscalización de órganos independientes, para eliminar del acto, con fuerza de cosa juzgada, aquellos aspectos de ilegalidad perturbadores del ordenamiento jurídico general o de los derechos subjetivos de los administrados, o para sancionar su actividad material desconocedora de estos mismos derechos”. (Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Señal Editora, Página 29).

de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico”.

De este inciso se infiere armonía del objeto de la jurisdicción con los artículos 88 y 89 de la Constitución Política, dado que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es un mecanismo de control que busca proteger y hacer efectivos no solo derechos individuales, sino también derechos prestacionales y colectivos.

Así mismo, el artículo 103 del CPA, consagra los principios que rigen a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así:

- Principios constitucionales y de derecho procesal: Como consecuencia, principios como debido proceso, prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, eventualidad o preclusión, ponderación, proporcionalidad, razonabilidad, legalidad, tienen plena vigencia en el proceso contencioso administrativo. Así mismo, al interior de este punto también se encuentra comprendidos los principios constitucionales que sustentan el Estado Social de Derecho (arts. 1º y 2º de la CP).
- Principio de igualdad: Es una manifestación del deber de acatar el precedente jurisprudencial y su no acatamiento debe ser justificado, pues por regla general los casos similares deben ser resueltos de manera igual.
- Principio de colaboración: Las partes deben estar prestas a cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Como consecuencia, quienes acudan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, deben interponer los recursos ordinarios o extraordinarios cuando detecten un error en que pueda haber incurrido el director del proceso, así mismo deben tratar de ayudar en el saneamiento de las irregularidades procesales a través de la proposición de las excepciones previas y de las nulidades procesales a que haya lugar, aunado a lo anterior deben obrar con lealtad procesal y deben ser diligentes y proactivos en relación con el trámite procesal, por ejemplo, allegando memoriales en medio magnético, lo cual facilita su administración y consulta, así como su uso en providencias judiciales; o retirando oficios de la Secretaría del Despacho y radicándolos en su lugar de destino, en lo que tiene que ver con la práctica de pruebas. Todo esto tiene su fundamento constitucional en el numeral 7º del artículo 95 de la Constitución Política, el cual establece que es deber de los ciudadanos colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Ahora bien, es pertinente anotar que con el advenimiento de la Ley 1107 de 2006 que modificó el artículo 82 del CCA, se pasó de un criterio material de competencia a un criterio orgánico de competencia, tendiente a adjudicar a la

jurisdicción contencioso administrativa, las controversias que se susciten entre particulares y el estado o entre entidades estatales. Como consecuencia, se amplió el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa que contemplaba el artículo 83 referido en el párrafo anterior, dado que, en virtud del criterio orgánico, dicha jurisdicción ya no solo controla la legalidad de los actos, hechos, contratos y operaciones administrativas, sino que debe dirimir cualquier controversia donde se halle involucrada una entidad pública.

Lo anterior se afirma por las siguientes razones:

- El antiguo artículo 82 del CCA establecía un criterio material de competencia, esto es, asignaba a la jurisdicción contencioso administrativa las controversias que se suscitaban alrededor del concepto de función administrativa.
- El artículo 1° de la Ley 1107 de 2006 modificó el artículo 82 del CCA en lo atinente al criterio material de competencia, e impuso un criterio orgánico de competencia al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como corolario, ya no importa si la controversia está relacionada o no con la función administrativa, sino si al interior de la misma, al menos una de las partes en conflicto es una entidad pública o una sociedad de economía mixta con más del 50% de capital público. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Las modificaciones, introducidas en el artículo primero, tienen que ver con los siguientes aspectos: De un lado, se definió que el objeto de la jurisdicción de lo contencioso administrativo consiste en "... juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas...", en lugar de "... juzgar las controversias y litigios administrativos...", como disponía el artículo modificado. De otro lado, incluyó en forma expresa, a las sociedades de economía mixta, siempre que el capital estatal sea superior al 50%.

La primera modificación da respuesta a una realidad, cada vez más aguda: que la prestación de los servicios públicos, en sentir de la Sala, no constituía cumplimiento de función administrativa, de manera que, por este aspecto, las entidades públicas que desempeñan estas actividades quedaban por fuera del control de esta jurisdicción.

La razón por la cual estas entidades no harían parte del objeto de esta jurisdicción, radica en que ella controla, al decir del

artículo 82 original del CCA, las “controversias y litigios administrativos”, no los que surjan por el cumplimiento de otro tipo de actividades.

No obstante, el anterior criterio ha tenido no pocos contradictores, pues, de conformidad con él, la educación, por ejemplo, no es función administrativa, mientras que para otros sí, lo mismo puede decirse de los servicios públicos domiciliarios, entre otros servicios públicos. De manera que la discusión, acerca del objeto de esta jurisdicción, se tornó bastante problemática e inestable, lo que ameritaba una respuesta legislativa clara.

Por esta razón, la Ley 1107 de 2006 dijo, con absoluta claridad, que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de las controversias originadas en litigios donde sean parte las “entidades públicas”. Con este nuevo enfoque, ahora el criterio que define quién es sujeto de control, por parte de esta jurisdicción, es el “orgánico”, no el “material”, es decir, que ya no importará determinar si una entidad ejerce o no función administrativa, sino si es estatal o no.⁵

Ahora bien, sin perder de vista el aparte jurisprudencial transcrito, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo contencioso administrativo nuevamente recurre al criterio material de competencia para fijar la competencia de los litigios en la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Veamos lo que expresa en el inciso primero de su artículo 104: La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.

Sin embargo, y para no dejar de lado en su totalidad el criterio orgánico de competencia, el cual como vimos genera mayor seguridad jurídica, sobre todo si existe controversia en relación con la naturaleza de la actividad que se va a controlar, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla las siguientes precisiones:

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, Radicación 05001-23-31-000-1997-02637-01. Actor: Unión Temporal Aguas de la Montaña y otros. Demandado: Sociedad Aguas de Rionegro S.A. ESP. Expediente 30.903. Bogotá, D.C., febrero ocho de dos mil siete. Extracto jurisprudencial publicado en la Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de junio de 2007, páginas 959 a 1001.

1. No obstante lo anterior en relación con el antiguo CCA, creemos que la Ley 1107 de 2006 no erradicó completamente el criterio material para determinar la competencia en materia contencioso administrativa, toda vez que sigue operando en el caso de los particulares que ejercen funciones administrativas, dado que en estos eventos sí continúa siendo importante establecer el ámbito funcional del particular para asignar la competencia respectiva, pues, si se trata de controversias privadas o relacionadas con la prestación de un servicio público, la jurisdicción competente será la ordinaria. Así lo reconoció el Consejo de Estado en el pronunciamiento cuyo aparte se transcribió anteriormente, al referirse al ámbito jurisdiccional de la jurisdicción contencioso administrativa, así: “También debe conocer de las controversias y litigios de las personas privadas “...que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado” –art. 1º Ley 1107 de 2006-, incluidas las contrataciones de las empresas privadas de S.P.D., donde se pacten y /o ejerciten los poderes exorbitantes –art. 31 Ley 142, modificado por la Ley 689 de 2001-, y las materias a que se refiere el art. 33 de la misma ley”.⁶

Este criterio se reitera por el inciso primero del artículo 104 del CPA, el cual señala que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucrados los particulares cuando ejerzan función administrativa. Sin embargo, traer a colación el concepto de derecho administrativo para fijar competencia es una concepción imprecisa y peligrosa, pues no es una referencia científica, dado que durante el trascurso del tiempo esta noción ha tenido diversas mutaciones y aún no hay una definición unívoca. Recordemos que se ha definido con base en el ejercicio de las prerrogativas públicas, otras veces con base en el concepto de servicio público⁷, así mismo atendiendo al interés general e incluso apelando a la función administrativa en contraposición con la actividad privada, divergencias dogmáticas que están lejos de dirimirse en la actualidad.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, Radicación 05001–23–31–000–1997–02637–01. Actor: Unión Temporal Aguas de la Montaña y otros. Demandado: Sociedad Aguas de Rionegro S.A. ESP. Expediente 30.903. Bogotá, D.C., febrero ocho de dos mil siete. Extracto jurisprudencial publicado en la Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de junio de 2007, páginas 959 a 1001.

⁷ “Debemos recordar que la noción de servicio público ha representado un papel preponderante en la historia del derecho administrativo. En efecto, durante un período que se extiende aproximadamente desde la segunda mitad del siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX, ese concepto de servicio público fue considerado como la noción clave del derecho administrativo, en el sentido de que ella determinaba la aplicación de ese régimen y la competencia de la jurisdicción administrativa: por una parte, se aplicaba el derecho administrativo a las actividades de servicio público y solo a ellas y, por otra, las controversias a que daba lugar esa aplicación constituían la competencia de la jurisdicción administrativa”. RODRÍGUEZ R. Libardo, *Derecho Administrativo General y Colombiano*, Decimosexta edición, Temis, 2008, página 560.

2. Es importante advertir que el criterio funcional, en nuestro concepto, aún impera, a más de los casos de particulares que ejercen funciones administrativas como se anotó en los párrafos precedentes, cuando estamos en presencia de sociedades de economía mixta cuyo capital social de carácter público sea de un porcentaje inferior al 50%. Posición que mantenemos incólume con el advenimiento del nuevo CPA, toda vez que al establecer que se entiende por entidad pública para sus efectos, se advierte que el criterio funcional es reiterado e incluso ampliado por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en estos menesteres, pues del parágrafo del artículo 104 del CPA, se infiere que la segunda parte de dicho Código no es aplicable, no solo a las sociedades de economía mixta cuyo capital social de carácter público sea de un porcentaje inferior al 50%, sino a cualquier sociedad, empresa o ente con aporte o participación estatal inferior al 50%.

Por tanto, cuando estamos en presencia de las personas jurídicas anotadas, es menester analizar si el litigio se relaciona con una función administrativa y en ella está de por medio algún acto, hecho, omisión u operación sujetos al derecho administrativo, en cuyo caso el Juez competente sería el contencioso administrativo, dado que, en principio, cuando está involucrada una de tales entidades en una controversia, el Juez competente para dirimirla es el ordinario.

Ahora bien, en nuestra opinión aplicar porcentajes en estos menesteres no es más que complicar las reglas de competencia, pues la Jurisdicción Contenciosa debería ser competente para conocer de cualquier controversia donde estuviere involucrada una sociedad de economía mixta o un ente con capital social público cualquiera fuere la cifra porcentual, sin tener que recurrir al criterio funcional cuando dichos aportes fueran inferiores a la cifra anotada.

3. Es necesario destacar algunos casos que antes del advenimiento de la Ley 1107 de 2006 se ventilaban al interior de la justicia ordinaria y que en vigencia del antiguo Código Contencioso Administrativo se sometían al control de la jurisdicción contencioso administrativa y compararlos con el panorama que nos ofrece el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así:

- **Acciones civiles:** Juicios de legalidad de las decisiones de las Juntas Directivas de las Entidades Públicas, procesos regulados por el Código Civil o de Procedimiento Civil como el deslinde y amojonamiento, la pertenencia, la expropiación por vía judicial, la división de cosa común o los reivindicatorios. Sin embargo, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura considera que estos casos deben conservar su competencia en la justicia ordinaria, dado que el Código Contencioso

Administrativo no regula su trámite, sin embargo, este argumento se puede refutar con lo dispuesto en la última parte del artículo 206 del CCA, el cual consagra expresamente que el procedimiento ordinario también debe observarse para adelantar y decidir todos los litigios para los cuales la Ley no señale un trámite especial, litigios que como los señalados, obviamente, la ley adjetiva contencioso administrativa no contempla, de lo cual se infiere, en aplicación del criterio orgánico, que no estarían huérfanos de procedimiento al interior de la jurisdicción contencioso administrativa, pues el trámite para dilucidar las anotadas controversias, sería el contemplado en el Título XXIV del CCA, aunado a que el objeto de los litigios anotados lo constituyen bienes presuntamente estatales imprescriptibles e inajenables, lo que implica que las respectivas acciones no caducan (Parágrafo 1° del artículo 136 del CCA), con excepción de las decisiones de las Juntas Directivas de las Entidades Públicas sometidas al derecho administrativo, que seguirán los lineamientos de las acciones que buscan controvertir la legalidad de actos administrativos, por tanto, de la impugnación de una decisión emanada de una junta directiva de un establecimiento público, conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a *contrario sensu*, de la impugnación de una decisión tomada por una junta directiva de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, conoce la justicia ordinaria⁸. El pronunciamiento referido es del siguiente tenor:

En consecuencia la Sala observa que como la pretensión solicitada por el demandante, es obtener la restitución de un bien inmueble ubicado en el municipio de Medellín, así como los frutos civiles y naturales producidos por el referido inmueble de propiedad del Instituto Nacional de Radio y Televisión Ltda. INRAVISIÓN mediante proceso ordinario Reivindicatorio siendo esta acción reglamentada exclusivamente por el Código Civil de conformidad a las normas antes descritas, y se reitera el conocimiento de este tipo de procesos no está enmarcada en las acciones contenciosas administrativas, por lo tanto el conflicto objeto de estudio se dirimirá en el sentido de atribuir el conocimiento a la Jurisdicción Ordinaria Civil, en cabeza del Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Civil.⁹

⁸ La Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) establece en el numeral 8° del artículo 20 que la impugnación de los actos de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o de cualquier otro órgano directivo de personas jurídicas sometidas al derecho privado, sin perjuicio de la competencia atribuida a las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, conocen los jueces civiles del circuito en primera instancia.

⁹ Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil ocho (2008), Magistrada Ponente: Dra. Martha Patricia Zea Ramos, Rad. No. 110010102000200800692 00. Ref.: Conflicto de Jurisdicción entre el Tribunal Superior de Medellín, Sala Segunda de Decisión Civil y el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Decisión.

Sin embargo, con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regresamos a la situación que se encontraba vigente antes de la llegada de la Ley 1107 de 2006, es decir, como vuelve a operar el criterio material de competencia, asuntos como Juicios de legalidad de las decisiones de las Juntas Directivas de las Entidades Públicas sometidas al derecho privado, procesos regulados por el Código Civil o de Procedimiento Civil como el deslinde y amojonamiento, la pertenencia, la expropiación por vía judicial, la división de cosa común o los reivindicatorios, son de competencia exclusiva del Juez ordinario, dado que en tales eventos no está involucrada una función administrativa ni se encuentra de por medio un acto, contrato, hecho, omisión u operación administrativa, sujetos al derecho administrativo.

- **Contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios:** Antes del advenimiento de la nueva codificación, las controversias referentes a los servicios públicos domiciliarios prestados por entidades estatales, con excepción de los procesos ejecutivos que se deriven de las facturas que se emitan por el contrato de condiciones uniformes, eran de competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, tal como lo ha precisado la jurisprudencia en los siguientes términos: “Una lectura integral del texto muestra que el propósito, bastante claro, en materia de SPD, era recoger, en esta jurisdicción, la competencia para juzgar las controversias de las empresas estatales de SPD, pero que, tratándose del cobro ejecutivo de las facturas, se debía mantener la competencia en la justicia ordinaria, en los términos del artículo 130 de la Ley 142 –modificado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001”.¹⁰

Sobre este tópico el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo varía sustancialmente el asunto en contratación estatal. En efecto, en materia de Contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de Servicios Públicos Domiciliarios, el criterio para determinar la competencia en cabeza de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo será el material, es decir, la inclusión o no de cláusulas exorbitantes o la naturaleza del contrato en relación con su susceptibilidad de inclusión de dichos cláusulas y el deber de haber sido estipuladas¹¹.

¹⁰Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, Radicación 05001–23–31–000–1997–02637–01. Actor: Unión Temporal Aguas de la Montaña y otros. Demandado: Sociedad Aguas de Rionegro S.A. ESP. Expediente 30.903. Bogotá, D.C., febrero ocho de dos mil siete. Extracto jurisprudencial publicado en la Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de junio de 2007, páginas 959 a 1001.

¹¹Recordemos que la ley dispuso contratos donde no se requiere la estipulación expresa de este tipo de cláusulas para hacerlas efectivas (los que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio

Como corolario, el nuevo Código no se detiene en el criterio orgánico para identificar la jurisdicción en estos casos, pues la jurisdicción contencioso administrativa podrá conocer de controversias donde ambas partes sean privadas y una de ellas o ambas presten servicios públicos domiciliarios, siempre y cuando el contrato que genera la discusión incluya o haya debido incluir cláusulas exorbitantes. Incluso, por otro lado, es posible que una de las partes en contienda sea una entidad pública que presta servicios públicos domiciliarios y, sin embargo, el Juez competente sea el ordinario, en el evento de que el contrato no posea cláusulas exorbitantes ni sea de aquellos que deba poseerlas a la luz del ordenamiento jurídico (Ver: el numeral 3° del artículo 104 del CPA).

La nueva regulación, por tanto, a nuestro modo de ver complicó el tema, dado que deja al interprete la labor de identificar aquellos contratos relacionados con servicios públicos domiciliarios, que careciendo de cláusulas exorbitantes, deberían poseer las mismas. Por ende, las controversias entre la jurisdicción ordinaria y la contenciosa no darán espera y un tópicico que había sido dilucidado con la simple inclusión en la normativa antigua del criterio orgánico, ahora se torna nuevamente en ambiguo y oscuro, con la consecuente vulneración del derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia.

- **Responsabilidad extracontractual del Estado:** Sobre este asunto el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, conserva el criterio orgánico que impuso la antigua codificación (Numeral 1° del artículo 104 del CPA). Por tanto, en estos eventos basta que una de las partes sea una entidad pública en los términos

estatal, aquellos cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos, los de explotación y concesión de bienes del Estado y los contratos de obra –art. 14, Ley 80 de 1993–); la ley también dispuso de contratos donde se pueden pactar las cláusulas excepcionales (los contratos de suministro y los de prestación de servicios –art. 14, Ley 80 de 1993–); de igual manera la ley señaló contratos donde está prohibido incluir cláusulas excepcionales (los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia, los interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento, en aquellos cuyo objeto sea el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas, los contratos de seguro tomados por las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2° del art. 14, Ley 80 de 1993–). Ahora bien, la jurisprudencia considera que en los demás contratos que no estén dentro de los contemplados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no se pueden pactar cláusulas excepcionales porque estas requieren de habilitación legal (contrato de consultoría, contrato de comodato, contrato de leasing, contrato de compraventa, etc.). Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de febrero 9 de 2011. Radicación 73001–23–31–000–1998–06662–01. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2011, páginas 743 a 754. También resulta importante esta providencia porque aclara que el tipo de contrato no se da por la denominación que las partes le den al mismo sino por las obligaciones que se pacten, por las que por ley le pertenecen y por las que por el uso común se presumen aunque no se expresen (arts. 1501, 1603 y 1621 del C.C.). Por esta razón se concluyó que en el contrato objeto de discusión si se podía declarar su caducidad, pues en realidad se trataba de una actividad que constituía monopolio estatal y no de simplemente un contrato de compraventa.

consagrados en el párrafo del artículo 104 del CPA¹², para que el juez competente sea el contencioso administrativo, incluso en materia de servicios públicos domiciliarios. Por ejemplo: los conflictos por las ocupaciones sin previo proceso de expropiación que las entidades públicas realizan sobre inmuebles de propiedad privada para la construcción de obras públicas. Además del fundamento legal, es necesario agregar que cuando la ocupación de hecho la adelanta una entidad pública con el fin de darle al inmueble privado una destinación de uso público, el propietario no puede pretender su devolución, sino la indemnización por el daño porque prevalece el interés general sobre el particular. En consecuencia, no procede la pretensión reivindicatoria sobre el bien, sino la resarcitoria, de tal forma que lo viable es la reparación directa de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.¹³

Por otro lado, en este ámbito quedan exceptuadas las controversias donde estén involucradas entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando se produzcan al interior del giro ordinario de los negocios de dichas entidades (Numeral 1º del artículo 105 del CPA). Ejemplo: cuando un usuario del sistema financiero, al momento de realizar una transacción al interior de la entidad correspondiente, es asesinado por terceros. Ahora bien, en todo caso, el hecho o la operación que causa el daño debe estar relacionado con el objeto social de este tipo de entidades, pues, en caso contrario, se podría llegar al colmo de llevar a la jurisdicción ordinaria cualquier tipo de daño en donde esté involucrada una entidad financiera estatal, como sería el caso de la caída de un objeto contundente del techo de la sede del Banco Agrario, con la mala fortuna de que impacte sobre un transeúnte y le cause lesiones o muerte. En este caso la jurisdicción debe ser la contenciosa administrativa.

Así mismo cabe aclarar que cuando este numeral se refiere a cualquier régimen que se le aplique a la entidad, está haciendo referencia al régimen legal (público o privado) y no al régimen de responsabilidad (falla del servicio, falla presunta del servicio, daño especial, riesgo creado, etc...

- **Responsabilidad contractual del Estado:** El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el numeral 2º del artículo 104 del CPA, mantiene incólume el criterio

¹²“Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo, o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%”.

¹³Ver: Corte Constitucional, Sentencia T-696 de septiembre 6 de 2010, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao.

orgánico en materia de contratación estatal, sin perjuicio de lo expuesto anteriormente en relación con los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios. Por otro lado, en este ámbito quedan exceptuados los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades (Numeral 1° del artículo 105 del CPA). Sin embargo, es preocupante en esta disposición lo atinente a los contratos celebrados por las instituciones financieras, específicamente en lo que tiene que ver con los que celebran las instituciones públicas intermediarias de contratos calificadas como tales, como ocurre con FONADE o sus equivalentes a nivel territorial, pues a través de dichas figuras pueden sacar adelante cualquier contrato estatal y el Juez Competente sería el ordinario. Consideramos que la intermediación que hacen este tipo de instituciones no se puede equiparar a una actividad propia del giro ordinario de los negocios de una entidad financiera, pues las entidades financieras no tienen por objeto celebrar contratos estatales, sino sacar rendimiento o utilidad de capital monetario y hacer que su flujo dinamice la economía. Así mismo, es a esto último a lo que debe estar ligado el contrato, por ende, allí ni podría incursionar otro tipo de negocios jurídicos ajenos a este objeto social, como sería un arrendamiento de un inmueble para establecer una sucursal.

- **Laboral administrativo:** La jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los asuntos relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público. Es importante destacar de este punto que bajo la égida del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de cualquier régimen pensional, sin importar si está contemplado dentro de las excepciones consagradas en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y sin que sea determinante establecer si el caso concreto se refiere o no a la aplicación del régimen de transición. Ahora bien, en todo caso en lo atinente a la seguridad social, dicha codificación impone un criterio orgánico de competencia, por ende, la entidad administradora del régimen de seguridad social que se demande debe ser necesariamente pública, por tanto, si el Empleado Público está afiliado a un fondo privado de pensiones, la justicia ordinaria será la competente (Numeral 4° del artículo 104 del CPA). Por otro lado, los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales, se dirimen ante la justicia ordinaria y no ante la contenciosa (Numeral 4° del artículo 105 del CPA).

- **Acción ejecutiva:** La jurisdicción de lo contencioso administrativo conoce de los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por las entidades públicas (Numeral 6° del artículo 104 del CPA). Ahora bien, del tenor literal del artículo que se comenta en este punto, parece darse a entender que los ejecutivos que se deriven de contratos celebrados por particulares que ejercen funciones administrativa y con ocasión de dichas funciones, así como de los laudos arbitrales que se deriven de tales contratos, se deben ventilar por la justicia ordinaria, aspecto problemático porque desde nuestro parecer, son contratos estatales en aplicación del criterio material. Por otro lado, en este ámbito quedan exceptuados los procesos ejecutivos que se originen por los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades (Numeral 1° del artículo 105 del CPA).

Ahora bien, el numeral 6° del artículo 104 del CPA entra en directa contradicción con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 297 del CPA, dado que, en dicho numeral, se agrega un nuevo título ejecutivo que se puede hacer valer ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, esto es, las copias auténticas de los actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa, y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa. Sin embargo, consideramos que debe prevalecer lo dispuesto en el artículo 104 del CPA, por tratarse de una norma especial referida exclusivamente al objeto de la jurisdicción. Otro tanto se puede predicar de las conciliaciones aprobadas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues el numeral 2° del artículo 297 del CPA, arguye que constituyen título ejecutivo para los efectos del código todas las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, lo que incluye instrumentos como la transacción, la amigable composición o el arreglo directo. Sin embargo, consideramos que en este asunto debe prevalecer el tenor literal del artículo 104 del CPA tal como se acaba de anotar.

- **Recursos extraordinarios contra laudos arbitrales:** La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definen conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones

propias del Estado (Numeral 7º del artículo 104 del CPA). Cómo se puede observar, en esta disposición si se incluyó el criterio material que se echa de menos en lo relacionado con la acción ejecutiva, específicamente en lo atinente a contratos celebrados por particulares en ejercicio de funciones administrativas.

I. Naturaleza jurídica de la Jurisdicción contencioso administrativa

A. Principios

Con la orientación del profesor Carlos Betancur Jaramillo, de conformidad a lo plasmado en su obra de Derecho Procesal Administrativo (Páginas 31, 32 y 33), los principios bajo los cuales opera la justicia administrativa son los siguientes:

1. Se controlan los actos administrativos definitivos¹⁴ expedidos por la Administración Pública: Entendida Administración Pública no solo como la rama ejecutiva del poder público, sino, también las ramas legislativa o judicial cuando ejercen funciones administrativas, los órganos autónomos y de control, la entidades atípicas constitucionales y los particulares cuando ejercen funciones administrativas. Todos los actos administrativos definitivos son controlables, incluso los que la doctrina y la jurisprudencia denominan como actos políticos o de gobierno que no son más que una especie de actos administrativos.¹⁵ Por otro lado, por regla general, los actos administrativos preparatorios, de trámite o de ejecución, son incontrolables en sede jurisdiccional porque no definen situación jurídica alguna.¹⁶ Lo anterior también se podría predicar de los actos administrativos inexistentes.

Sin embargo lo mencionado anteriormente no es una regla absoluta, habida cuenta que el legislador puede establecer excepciones, esto es, la posibilidad de demandar directamente la nulidad de actos administrativos preparatorios,

¹⁴El artículo 43 del CPA señala que actos definitivos son los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible continuar la actuación. Por ende, la nueva normativa incluye dentro del concepto de actos definitivos, los actos administrativos que terminan de manera anticipada la actuación administrativa.

¹⁵ Sobre el control jurisdiccional de los actos políticos o de gobierno, se invita a la lectura de las páginas 147 a 156 del Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, de Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reitera el control judicial sobre los actos políticos o de gobierno (numeral 5º del artículo 104 del CPA).

¹⁶ El profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, es enfático en precisar lo siguiente: “[...] 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, preparatorios, de ejecución, de los cuales no puede deducirse mas 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”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 161).

de trámite o de ejecución. Este es el caso de lo consagrado en el artículo 128, numeral 8º del CCA, con las modificaciones introducidas por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998 y reiterado por el numeral 9º del artículo 149 del CPA, donde se señala la posibilidad de demandar actos preparatorios del Incoder, es decir, los actos iniciales de los procedimientos administrativos de extinción de dominio, clarificación de propiedad, deslinde y recuperación de baldíos. En este sentido el tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa se pronuncia, en los siguientes términos: “Se trata de un caso especial y excepcional donde el legislador a un acto estricto de carácter preparatorio le concede control por vía judicial, el cual la ley contenciosa se lo asigna en única instancia al Consejo de Estado”.¹⁷

Obviamente los actos entre particulares no se controlan ante la jurisdicción contenciosa administrativa; premisa que debe estar siempre presente en aquellos eventos donde un particular que ejerce funciones administrativas, actúa por fuera de ellas, es decir, dentro de su órbita privada. Tal sería el caso de las Cámaras de Comercio, las cuales, a pesar de que ejercen la función administrativa registral, son entes privados que actúan como tal en el tráfico jurídico: compran, venden, arriendan, etc., y como consecuencia de dichos negocios jurídicos pueden verse inmersos en controversias que inexorablemente son de la égida de la jurisdicción ordinaria.

2. Se controlan los hechos administrativos, las operaciones administrativas y los contratos estatales, salvo las excepciones que contemple la ley. Ahora bien, de conformidad a lo anotado en la parte introductoria de este capítulo, el criterio orgánico de competencia impuesto por la ley 1107 de 2006 ha repercutido sobre las normas que regulan la competencia en la jurisdicción contencioso administrativa y que se regían por el criterio material de competencia, como era el caso de las controversias que se suscitaban por los daños que se presentaban con ocasión del servicio en materia de hechos u operaciones de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado prestatarias de Servicios Públicos Domiciliarios o las controversias que giraban en torno a los contratos que estas mismas celebraban que no estaban relacionados con la prestación directa del servicio (empresausuario), las cuales anteriormente se asignaban a la jurisdicción ordinaria.¹⁸ Antes del advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, estas controversias eran conocidas por la jurisdicción contenciosa administrativa, tal como lo reconoció el Consejo

¹⁷ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, universidad Externado de Colombia, página 358.

¹⁸ Ver entre otras, las siguientes sentencias: la de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Expediente 15.685, actor Luz Enid Sánchez Londoño y otros, demandado: Empresa de Energía del Pacífico, 18 de marzo de 1999 y de la sala plena de lo contencioso administrativo, consejero ponente Carlos Betancur Jaramillo, Ref. Expediente s-701- contractual. Actor: Diego Giraldo Londoño. Demandada: Telehuila S.A. Bogotá, septiembre 23 de 1997.

de Estado al precisar las consecuencias de la nueva ley dentro del ámbito jurisdiccional de lo contencioso administrativo, veamos:

Debe conocer de las controversias y litigios precontractuales y contractuales en los que intervenga una entidad pública, sin importar su naturaleza, ni el régimen jurídico aplicable al contrato, ni el objeto del mismo. [...]

Debe conocer de las controversias y litigios de responsabilidad extracontractual, en los que sea parte una entidad pública, sin importar el tipo de órgano, ni la función que ejerza, basta con que se trate de una entidad pública.¹⁹

Ahora bien, en lo atinente a la responsabilidad contractual y extracontractual se mantiene incólume el criterio orgánico con la nueva codificación (numerales 1 y 2 del artículo 104 del CPA). Así mismo, en materia de servicios públicos domiciliarios, cuando se trata de responsabilidad extracontractual, el panorama no cambió con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Numeral 1° del artículo 104 del CPA). Sin embargo, en este ámbito, se produjo un cambio considerable en materia contractual, pues se introdujo el criterio problemático de las cláusulas excepcionales (Numeral 3° del artículo 104 del CPA). En este último caso se pueden presentar situaciones donde la Comisión de Regulación autorice la inclusión de cláusulas excepcionales en un contrato y, sin embargo, las partes contratantes se abstengan de estipularlas²⁰. En este caso ¿cuál es la jurisdicción competente? Así mismo, cabe traer a colación otro interrogante: ¿cuál es la jurisdicción competente para conocer de las controversias que se susciten al interior de la responsabilidad precontractual relacionada con contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios que poseen o debían poseer cláusulas excepcionales, o que no las poseían o no las debían poseer?

Por otro lado, cuando estamos en presencia de daños con ocasión de la aplicación de actos legislativos, leyes o providencias judiciales ejecutoriadas, la jurisdicción competente es la contencioso administrativa, dado que es mediante operaciones

¹⁹Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, Radicación 05001-23-31-000-1997-02637-01. Actor: Unión Temporal Aguas de la Montaña y otros. Demandado: Sociedad Aguas de Rionegro S.A. ESP. Expediente 30.903. Bogotá, D.C., febrero ocho de dos mil siete. Extracto jurisprudencial publicado en la Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de junio de 2007, páginas 959 a 1001.

²⁰ El artículo 3° de la Ley 689 de 2001, el cual modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, en su inciso segundo, última parte, establece que “Las comisiones de regulación contaran 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”.

administrativas que se materializan tales decisiones, por tanto, es un error hablar de responsabilidad por el hecho del Juez, del Legislador o del Constituyente, en realidad, el Juez contencioso administrativo conoce de estos asuntos por la irregularidad de tales operaciones administrativas, otra cosa es que tal irregularidad sea imputable a la Nación (Rama Judicial) o a la Nación (Congreso de la República).

3. Agotamiento previo de la vía gubernativa: El agotamiento de la vía gubernativa se constituye en un presupuesto de la acción, cuando se trata de demandar actos administrativos de carácter particular y concreto. Se busca con ello que la Administración tenga la oportunidad de subsanar, ella misma, la decisión errónea que hubiere adoptado.

Ahora bien, es pertinente anotar que los hechos y las peticiones que se esbozen en sede administrativa, deben ser los mismos y las mismas que se incoen en sede jurisdiccional, empero, los argumentos en la jurisdicción contencioso administrativa pueden ser más completos jurídicamente hablando, lo cual es explicable porque casi siempre se actúa por intermedio de abogado, sobre todo en lo que tiene que ver con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Si se trata de hechos o peticiones nuevas no expuestas en sede administrativa, se debe rechazar la demanda por falta de agotamiento de vía gubernativa. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

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 permite sí que el actor traiga mejores argumentos jurídicos. Finalmente no ha dicho la Corporación que no se puedan presentar mejores argumentos en el debate jurisdiccional. Lo que ha rechazado el Consejo de Estado es la presentación de nuevos hechos no manifestados en el debate en la vía gubernativa. Una cosa son los hechos, otra cosa los argumentos de derecho.²¹

Aunque el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo obvió la expresión “agotamiento de la vía gubernativa” en su

²¹ Sentencia de 20 de junio de 1986, Sección Cuarta, Consejero Ponente Enrique Low Murtra, expediente 0058, actor: Hernando Parra Bahamón. En otra oportunidad el Consejo de Estado además de la imposibilidad de esbozar nuevos hechos en sede jurisdiccional agregó el tema de las nuevas peticiones, así: “No quiere ello decir, que sea imposible exponer ante la jurisdicción argumentos nuevos para defender la misma pretensión, siempre que por ese medio no se cambie la petición que se hizo por la vía gubernativa [...] si la reclamación administrativa no prospera, queda habilitado para acudir a la vía jurisdiccional a plantear las mismas pretensiones sin que se limite la posibilidad de presentar nuevos argumentos, siempre que no modifiquen aquellas”. Sentencia de 6 de agosto de 1991, Consejera Ponente: Claro Forero de Castro, expediente S-145, actor: Financiera Colpatria S.A., con salvamento de voto de Guillermo Chahín Lizcano, Jaime Abella Zarate y Clara González de Barniza; aclaración de voto de Miguel González Rodríguez y Juan de Dios Montes.

tenor literal, mantuvo incólume la obligatoriedad de la interposición del recurso de apelación, por tanto, frente a este recurso lo anotado en este numeral se mantiene vigente. Sin embargo, en relación con los demás recursos que se pueden interponer en la vía gubernativa, salvo normas especiales como el recurso de reconsideración en materia tributaria, la identidad entre los hechos y peticiones en sede administrativa y sede judicial ya no es obligatoria.

4. El juicio contencioso administrativo busca desvirtuar la presunción de legalidad (art. 88, CPA): Por eso en principio es al demandante al que le corresponde demostrar los vicios invalidantes en que incurre el acto administrativo (Numeral 4º del artículo 162 del CPA), es decir, es el titular de la carga probatoria.²²

5. El ejercicio de la acción no suspende la ejecutoriedad del acto: El solo hecho de que el acto administrativo sea demandado no impide que sea operativizado en el tráfico jurídico, salvo que se proponga la suspensión provisional y esta se declare de conformidad a la ley.

6. Los actos que resultan de la potestad discrecional son controlables, empero, la potestad discrecional en sí misma es incontrolable²³: Es importante recordar que la conveniencia u oportunidad es del ámbito de la administración pública y la administración judicial no puede interferir en ella, en caso contrario se violaría un principio de todo Estado de Derecho: La separación de las ramas del poder público.

7. No conoce la justicia administrativa de lo siguiente: De los delitos cometidos por los Servidores Públicos en ejercicio de sus funciones; de las decisiones proferidas en juicios de policía cuando tengan carácter jurisdiccional de conformidad con la ley²⁴ ; de las decisiones disciplinarias adoptadas por la Sala

²²Aunque existen excepciones discutibles, como en materia de declaratoria de insubsistencia de cargos de libre nombramiento y remoción, empero, en situaciones con características particulares. Ver por ejemplo la sentencia de mayo 18 de 2000, con ponencia del Dr. Alejandro Ordóñez, Rad. 2459-99, sección segunda-subsección B. Sin embargo no es muy clara esta posibilidad de inversión de la carga de la prueba porque quedaría en entre dicho la presunción de legalidad de que gozan este tipo de actos administrativos, y se evidenciaría una presunción de ilegalidad lo cual es contrario al principio de legalidad que debe reinar en todo estado de derecho.

²³“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 del 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. Publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2005, páginas 1277 a 1283.

²⁴Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de mayo 5 de 1995, Expediente 3130, Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz: “La Sala observa al respecto, que en materia de policía, por regla general la actuación es típicamente administrativa. El hecho de que pueda tener un carácter jurisdiccional constituye una excepción e impone un criterio restrictivo en la interpretación de las normas reguladoras de la misma, tal y como lo ha venido reiterando el Consejo de Estado”. (Código Contencioso Administrativo, *Legis*, Hojas

Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o de sus Consejos Seccionales (art. 82 CCA y art. 30 de la Ley 446 de 1998), sin embargo, las que profieran las Salas Administrativas si son controlables; de las decisiones emanadas de la competencia de carácter jurisdiccional de la superintendencia de sociedades en lo referente a los procesos concursales²⁵, de las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera en lo atinente a las controversias que se suscitan entre clientes y las entidades vigiladas en temas relacionados con actividades financieras,

aseguradoras o provisionales²⁶, de las atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio para conocer asuntos en materia de competencia desleal²⁷ y de asuntos en materia de protección del consumidor²⁸ y de los pronunciamientos que profiera la Superintendencia Nacional de Salud en los eventos contemplados en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007²⁹; entre otros casos.

Como consecuencia de lo anterior, se podría afirmar sin temor a titubeos, que la Jurisdicción contencioso administrativa no conoce de las controversias jurídicas que se puedan suscitar alrededor de la administración pública cuando actúa con base en funciones jurisdiccionales³⁰ (Inciso 3° del artículo 116 de la CP), o con

Sustituibles, Página 159). En otro pronunciamiento la máxima corporación de lo contencioso administrativo manifestó: “Solo excepcionalmente se ha admitido, desde la Ley 99 de 1919 hasta la actualidad (art. 82 del CCA), que las decisiones proferidas en juicios civiles y penales de policía no pueden ser objeto de control jurisdiccional, siempre que estos procesos sean regulados directa y exclusivamente por la ley y tengan un carácter paralelo o semejante a las sentencias, denominado por el Consejo de Estado, en sentencia de 20 de agosto de 1976, para jurisdiccional. Los procesos civiles de policía tienen partes contrapuestas, se adelantan mediante un procedimiento que se asemeja a los de carácter jurisdiccional y la Sentencia hace tránsito a cosa juzgada formal, así la decisión definitiva de la controversia, eminentemente civil, deba referirse a los jueces competentes de la jurisdicción ordinaria. Un claro ejemplo de estos procesos es el contemplado por la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, sobre ocupación de hecho. Los juicios penales de policía, que también deben ser regulados por la ley, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, expuesta en la mencionada Sentencia, consisten en los procesos penales adelantados por las autoridades policivas y, sobre todo, en las contravenciones especiales de policía, prescritas por el Decreto Ley 522 de 1971, que tienen carácter para jurisdiccional [...]”. Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá D.C., concepto de 26 de febrero de 1992. Radicación No 425. Consulta del Ministerio de Gobierno, relacionada con el procedimiento aplicable a los procesos de restitución de bienes de uso público (Ley 9 de 1989, art. 67). El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reitera esta excepción en los siguientes términos: “*La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: 3. Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.*” (Numeral 3° del artículo 105 del CPA).

²⁵ Ver: Corte Constitucional, Sentencia T-142 del 19 de febrero de 2000. Magistrado Ponente: Vladimiro naranjo Mesa y C-1143 de 2000. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

²⁶ Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-1641 de 2000. Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

²⁷ Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-649 de 2001. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

²⁸ Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-1071 de 2002. Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

²⁹ Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-117 de 13 de febrero de 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2008, páginas 845 a 852.

³⁰ El nuevo Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), en el inciso segundo del párrafo tercero del

base en funciones legislativas (Artículo 150, numeral 10, 212, 213, 215, 341 y 348 de la CP), salvo cuando la administración pública, a través de la potestad reglamentaria, profiere reglamentos constitucionales autónomos o reglamentos legislativos, pues estos aunque se equiparan materialmente a la ley, no dejan de ser actos administrativos³¹.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo continua con el criterio esbozado en este numeral, sin embargo, compele a las autoridades administrativas para que diferencien de manera concreta, en cada uno de sus actos jurídicos, el tipo de función pública que ejercen. Veamos:

La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:

[...]2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdiccional estarán identificadas con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutive de sus sentencias y deberán ser adoptadas en proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, si tienen relación con el mismo asunto, deberán constar en acto administrativo separado. (Numeral 2° del artículo 105 del CPA).

Ahora, es importante puntualizar el tema de los juicios de policía de los cuales no conoce la jurisdicción contencioso administrativa En primer lugar, hay que

artículo 24, reitera esta regla al consagrar: “Las providencias que profieran las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales no son impugnables ante la jurisdicción contencioso administrativa”.

³¹Sobre el tema de la administración pública como *Legislador*, es importante llamar la atención del lector en línea jurisprudencial de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, sostenida en el sentido de considerar que el Banco de la República, en lo atinente a sus funciones reglamentarias en materia cambiaria, actúa como *Legislador*. Veamos extracto de uno de los pronunciamientos que hace parte de dicha línea: “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”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Lilia 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. Sobre la clasificación de los reglamentos 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

tener claro que los juicios de policía son aquellos procesos civiles regulados directa y exclusivamente por la ley y que poseen las siguientes características: tienen partes contrapuestas, se adelantan mediante un procedimiento que es de carácter jurisdiccional y la Sentencia hace tránsito a cosa juzgada formal, así la decisión definitiva de la controversia, eminentemente civil, deba remitirse en ocasiones a los jueces competentes de la jurisdicción ordinaria³². En segundo lugar, entre los casos que se sustraen a la jurisdicción contencioso administrativa tenemos los siguientes:

- Las querellas entre particulares tendientes a la recuperación del status, mediante el ejercicio de las acciones policivas reguladas en el Código Nacional de Policía y de las normas complementarias.³³
- Los procesos policivos para amparar la posesión, la tenencia o una servidumbre.³⁴
- Conflictos jurídicos entre particulares, relativos al ejercicio de las servidumbres mineras y a la perturbación y despojo en la exploración y explotación mineras.³⁵
- El proceso contemplado por la Ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, sobre ocupación de hecho.

A contrario sensu, no son juicios de policía de carácter jurisdiccional sino funciones policivas administrativas controlables ante la jurisdicción contencioso administrativo, las siguientes:

- Actos de cierre de establecimientos por parte de las autoridades de policía en cumplimiento de su función de velar porque se cumplan las normas sobre usos del suelo.³⁶
- Medidas correctivas de demolición de obras.³⁷
- Recuperación del espacio público y la función administrativa de la recuperación del statuo quo de la posesión de un predio de propiedad de la ministración en manos de particulares.³⁸
- Procedimientos tendientes a la recuperación de los bienes de uso público.³⁹

³² Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá D.C., concepto de 26 de febrero de 1992. Radicación No 425. Consulta del Ministerio de Gobierno, relacionada con el procedimiento aplicable a los procesos de restitución de bienes de uso público (Ley 9 de 1989, art. 67).

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero, Bogotá, julio veinticinco (25) de dos mil dos, radicación número: 47001-23-31-000-2001-0619-01 (7904).

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-149 del 23 de abril de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

³⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-063 del 1 de febrero de 2005.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 5 de diciembre de 2002. Consejero Ponente: Dr. Camilo Arciniegua Andrade.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-063 del 1º de febrero de 2005.

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola, Bogotá, D.C., cuatro (4) de abril del dos mil uno (2001), radicación número: 25000-23-24-000-1998-0704-01 (6545), Actor: Asociación de copropietarios de la urbanización Bosque de Pinos.

³⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto de 3 de mayo de 1990, proceso No.

B. Características

Con ayuda del tratadista Jaime Orlando Santofimio Gamboa en su obra Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II (Páginas 423 a 435), podemos sintetizar las siguientes:

1. **Naturaleza Procesal:** La Jurisdicción contencioso administrativa se desenvuelve a través del derecho procesal, aplicable a todos los procesos de naturaleza jurisdiccional y sus vacíos se llenan por medio del Código de Procedimiento Civil (art. 267, CCA y art. 306 del CPA). Es importante advertir que so pretexto de llenar vacíos, no se pueden traer a colación al proceso contencioso administrativo, etapas no contempladas en el mismo. Por ejemplo: en el contencioso administrativo no opera la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil.
2. **Independencia decisional:** Al pertenecer, la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, es autónoma e independiente a la actividad que controla: La Administración Pública, propia de la rama ejecutiva del poder público. Por lo tanto sus decisiones y actuaciones no pueden ser interferidas por las otras ramas del poder público, especialmente el ejecutivo.
3. **Autonomía Procesal:** El Proceso Contencioso Administrativo, la vía natural a través de la cual se desenvuelve la jurisdicción, es rama del derecho procesal, sin embargo conserva su autonomía por medio de profundos desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales de los cuales se derivan principios sui generis que lo orientan.
4. **Diferencia con el proceso administrativo:** El proceso contencioso administrativo no se puede confundir con el proceso administrativo, ya que este último es el que se adelanta directamente por las autoridades administrativas, el cual precede un acto administrativo, al paso que el primero, se adelanta ante la rama jurisdiccional del poder público, en un área especializada y culmina normalmente con una sentencia.
5. **Objeto de la jurisdicción:** Servir como un verdadero control jurisdiccional de la actividad de la administración para proteger efectivamente los derechos individuales y colectivos o el derecho objetivo.
6. **Jurisdicción especializada:** Se constituye en una instancia especializada, distinta de la ordinaria, que concilia el interés público o general con el interés privado y aplica a los conflictos sometidos a su conocimiento, los principios que deben regir a la función administrativa (art. 209, CP). Por eso el Juez administrativo dirime

5911, Consejero Ponente, Dr. Antonio José de Irisarri Restrepo.

las controversias bajo la óptica del interés general, al paso que el Juez ordinario las resuelve al amparo de la autonomía de la voluntad, aunque en uno u otro caso, se deberán ponderar los dos principios en ambas jurisdicciones, dependiendo de los casos que se deban absolver.

II. Estructura de la Jurisdicción contencioso-administrativa

La Constitución Política, en los artículos 236 a 238, regula diferentes aspectos relativos al Consejo de Estado, pero hace caso omiso en lo que se refiere a los Tribunales Administrativos y a los Jueces Administrativos.

El Código Contencioso Administrativo, en su artículo 82, señala que la jurisdicción contencioso administrativa se ejerce por el Consejo de Estado, los Tribunales Administrativos y los Jueces Administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.

La Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), en el Título III que trata “De las Corporaciones y Despachos Judiciales” en el Capítulo III que versa sobre “Los Órganos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”, dedica los artículos comprendidos del 34 al 42 a regular lo relativo a los organismos integrantes de la misma y el funcionamiento de estos.

En el artículo 34 se indica que el Consejo de Estado es el máximo tribunal de dicha jurisdicción. El artículo 40 señala que los Tribunales Administrativos son creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que determine la ley procesal en cada distrito judicial administrativo.

El artículo 42 dice que los Juzgados Administrativos, de conformidad con las necesidades de la administración de justicia que determine la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que prevea la ley procesal en cada circuito o municipio, integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Conclusión: Los órganos que conforman la jurisdicción contenciosa administrativa son: El Consejo de Estado, Los Tribunales Administrativos y Los Juzgados Administrativos. Esta integración de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es ratificada por el artículo 106 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

A. El Consejo de Estado

Es el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sus treinta y uno (31) integrantes son elegidos por la misma corporación (fenómeno conocido como cooptación) para períodos individuales de ocho (8) años, de listas superiores a cinco (5) candidatos, que reúnan los requisitos constitucionales, por cada vacante que se presente, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, sin que puedan ser reelegidos y permanecerán en el ejercicio de sus cargos mientras observen buena conducta, tengan rendimiento satisfactorio y no hayan llegado a la edad de retiro forzoso.

Tomarán posesión ante el Presidente de la República. (arts. 231-233 CP; 89 CCA modificado por la Ley 270 de 1996 artículo 34, inciso 1ro).

Sin perder de vista lo anterior, en nuestro concepto en Colombia se debería presentar una reforma constitucional tendiente a volver el período de los miembros de las altas corporaciones, incluido el Consejo de Estado, de carácter vitalicio, habida cuenta que en los países desarrollados, como los Estados Unidos, se ha demostrado que tal práctica ha generado seguridad jurídica, principio fundamental para provocar inversión y confianza en el mercado y, por ende, generación de empleo y crecimiento general de la economía, con el consecuente mejoramiento del bienestar colectivo. Por tanto, las líneas jurisprudenciales se mantendrían incólumes y solo se reformarían cuando las circunstancias jurídico-sociales lo ameriten⁴⁰ y no estarían sometidas al vaivén de las ideologías personales de los Magistrados de turno.

1. Requisitos para ser Consejero de Estado

(art. 232 CP; Ley 270 de 1996 art. 53; art. 90 CCA)

- Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.
- Ser Abogado.
- No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
- Haber desempeñado, durante diez (10) años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo,

⁴⁰El profesor Diego Eduardo López Medina esgrime que las líneas jurisprudenciales solo se pueden reformar cuando haya disanalogía, cuando se trate de un mero *obiter dictum*, cuando se presente una indeterminación del precedente o cuando haya un cambio de jurisprudencia por tránsito legal o circunstancias sociales de relevancia especial; en este último caso, en nuestra opinión, solo se debería atender al precedente horizontal de los órganos de cierre conforme a la función de unificación de la jurisprudencia. Ver: Interpretación Constitucional, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2006, páginas 156 a 175. Obviamente el Juez está obligado a argumentar cuando decide no atender el precedente.

la profesión de abogado, o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente.

El elegido Consejero de Estado en propiedad deberá acreditar que reúne las calidades constitucionales ante el Consejo de Estado, para obtener la confirmación (art. 91 CCA) y deberá declarar que no se encuentra incurso en alguna causal de inhabilidad, incompatibilidad o inelegibilidad (prohibiciones por ejemplo) –art. 92 C.C.A-. Entre las inhabilidades en que no debe incurrir una persona que aspire a ocupar un cargo en la administración de justicia, se encuentran las consagradas en el artículo 150 de la Ley 270 de 1996. Por otro lado, un servidor judicial no debe incurrir entre otras, en las incompatibilidades contempladas en el artículo 151 de la Ley 270 de 1996.

El nombramiento deberá ser comunicado al interesado dentro de los ocho días siguientes y este deberá aceptarlo o rechazarlo dentro de un término igual. Para obtener la confirmación el interesado dispondrá de veinte (20) días contados desde la comunicación si reside en el país o de dos (2) meses si se halla en el exterior, para la presentación de las pruebas que acrediten los requisitos exigidos por la ley.

Confirmado en el cargo, el elegido dispondrá de quince (15) días para tomar posesión del mismo. Este término podrá ser prorrogado por el nominador por una vez y por justa causa (art. 133 Ley 270 de 1996).

La normativa reseñada en los párrafos anteriores, es aplicable a los Magistrados de los Tribunales Administrativos y a los Jueces Administrativos, aunque en estos dos últimos casos opera la carrera judicial y no la cooptación.

Para ser Consejero de Estado no es requisito pertenecer a la carrera judicial. Dichos Consejeros están sujetos a las prohibiciones e incompatibilidades prescritas en la Constitución y en la Ley (arts. 127 a 129 y 179 numeral 8 CP; 160 CCA Modificado por la Ley 446 de 1998 art. 50).

2. Estructura Orgánica del Consejo de Estado

Está compuesto por cuatro salas principales y otras para decidir los asuntos de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo: (Artículos 93 y 94 del CCA y artículo 107 del CPA)

- **La Sala Plena:** Compuesta por los treinta y uno (31) Consejeros.
- **La Sala de lo Contencioso Administrativo:** Integrada por veintisiete (27) Consejeros.

- **La Sala de Consulta y Servicio Civil:** Integrada por los cuatro (4) consejeros restantes.
- **La Sala de Gobierno:** Integrada por el presidente, el vicepresidente y los presidentes de la Sala de Consulta y Servicio Civil y de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo.
- **Las Salas Especiales de Decisión:** El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativa creó en el Consejo de Estado las Salas especiales de decisión, encargadas de decidir los procesos sometidos a la Sala Plena de lo contencioso Administrativo, que está les encomiende, salvo de los procesos de pérdida de investidura y de nulidad por inconstitucionalidad. Estas Salas estarán integradas por cuatro (4) Magistrados, uno por cada una de las secciones que la conforman, con exclusión de la que hubiere conocido del asunto, si fuere el caso. La integración y el funcionamiento de dichas salas especiales, se hará de conformidad con lo que al respecto establezca el reglamento interno (Incisos 4º y 5º del artículo 107 del CPA).

La Sala de lo Contencioso Administrativo se encuentra conformada por cinco (5) secciones, cada una de las cuales ejercerá separadamente las funciones que de conformidad con su especialidad y cantidad de trabajo le asigne la Sala Plena del Consejo de Estado, de acuerdo con la Ley y el reglamento interno de la Corporación y estarán integradas de la siguiente manera (Artículo 10 de la Ley 1285 de 2009 que modificó el artículo 36 de la Ley 270 de 1996 y artículo 110 del CPA):

- Sección 1ª: integrada por cuatro consejeros. Es la sección residual debido a que en la misma recaen todos aquellos asuntos no sometidos a regla especial de competencia, además de las competencias específicas que disponga la ley⁴¹.
- Sección 2ª: integrada por seis consejeros. Esta sección se encuentra dividida en dos sub-secciones, cada una integrada por tres consejeros. Es la sección laboral.
- Sección 3ª: integrada por nueve consejeros. Esta sección se encuentra dividida en tres subsecciones, cada una integrada por tres consejeros. Es la sección de la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado.

⁴¹“Dentro del objeto precitado de la Jurisdicción Administrativa, los jueces de ésta tienen asignadas sus competencias en el Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con los factores que la estructuran, en los artículos 128 a 134D, modificados por la Ley 446 de 1998, pero asignándole la cláusula general de competencia, o más bien competencia residual, al Consejo de Estado en el artículo 128, numeral 13, al señalar que este conocerá, en Sala de lo Contencioso Administrativo y en única instancia, de todas las demás de carácter Contencioso Administrativo, para los cuales no exista regla especial de competencia”. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 139.

- Sección 4ª: integrada por cuatro consejeros. Es la sección tributaria.
- Sección 5ª: integrada por cuatro consejeros. Es la sección electoral.

Sin perjuicio de las específicas competencias que atribuya la ley, el Reglamento del Consejo de Estado determina y asigna los asuntos y las materias cuyo conocimiento corresponda a cada sección y a las respectivas subsecciones (7º inciso del artículo 110 del CPA).

3. Estructura funcional del Consejo de Estado

El Consejo de Estado cumple varios tipos de funciones, tal como la Corte Constitucional lo expone en los siguientes términos:

Cabe señalar que desde la creación del Consejo de Estado, y más específicamente desde la reforma constitucional de 1945 en que se reestructuró su organización y funcionamiento, las funciones de éste quedaron expresamente diferenciadas y determinadas por la Constitución y la ley, así: a. Aquellas que tienen un carácter eminentemente jurisdiccional, que corresponden a la Sala de lo Contencioso Administrativo, como tribunal supremo de lo contencioso administrativo, y b. Las demás que le asignen la Constitución y la Ley, que no tienen carácter jurisdiccional, y que son: las administrativas –art. 35 Ley 270 de 1996- que se ejercen a través de la Sala Plena de la Corporación, y las que desempeña como cuerpo consultivo del Gobierno en asuntos de administración, que desempeña la Sala de Consulta y Servicio Civil, cuyas funciones no tienen carácter jurisdiccional en este aspecto.⁴²

Aunque compartimos lo expuesto por la Corte Constitucional en el aparte jurisprudencial transcrito (naturaleza plurifuncional del Consejo de Estado), es pertinente advertir que la parcelación de los tipos de funciones, en las Salas mencionadas, obra como una regla general que posee excepciones, tal como puntualizaremos más adelante. Por otro lado, la Corte olvidó la función colegisladora o de colaboración con el legislador, también de suma importancia al interior del marco funcional de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo. En definitiva, las funciones que cumple el Consejo de Estado, son las siguientes:

- **Funciones de Colegislador:** Es decir, colabora con el Congreso de la República en la expedición de leyes, particularmente, a través de la preparación y presentación de actos legislativos y de proyectos de Ley sobre materias relacionadas con sus competencias (Numeral 4to del artículo 237 de la Constitución Política).

⁴² Corte Constitucional, Sentencia C-636 del 21 de noviembre de 1996. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

- **Funciones Administrativas:** Cumple funciones de gestión y organización alrededor de su desempeño como supremo ente de la Contencioso Administrativo. Por ejemplo: darse su propio reglamento (Numeral 6to del artículo 237 de la Constitución Política).

- **Funciones Jurisdiccionales:** Es la función natural para la cual fue creado y se materializa a través de decisiones judiciales (por lo regular sentencias), las cuales dirimen un conflicto o le dan certeza jurídica a situaciones oscuras o ambivalentes. Por ejemplo: “Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional” (Numeral 2do del artículo 237 de la Constitución Política), o, conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con la Constitución y la Ley (Numeral 5to del artículo 237 de la Constitución Política).

- **Funciones Consultivas:** Aconseja al gobierno en asuntos de administración pública y derecho administrativo (Numeral 3ro del artículo 237 de la Constitución Política).

a. La Sala Plena

(Artículo 96 del CCA, artículo 35 de la Ley 270 de 1996, artículo 2 del acuerdo 58 de 1999 y artículo 109 del CPA). A título de ejemplo posee las siguientes funciones de acuerdo a cada categoría.

Funciones como colegislador: De conformidad a lo contemplado en el numeral 6to del artículo 96 del Código Contencioso Administrativo, a la Sala Plena del Consejo de Estado le corresponde presentar proyectos de ley, cuando sea conveniente reformar ramos de la legislación (Numeral 4to del artículo 237 de la Constitución Política, en la actualidad y numeral 4to del artículo 2do del Acuerdo 58 de 1999).

Funciones Administrativas: De conformidad al numeral 1ro del artículo 35 de la Ley 270 de 1996 y numeral 2º del artículo 109 del CPA, le corresponde elegir a los Consejeros para proveer los nuevos cargos que se creen o llenar las vacantes de conformidad con la Constitución y la Ley (La cooptación).

Funciones Jurisdiccionales: De conformidad a lo contemplado en el numeral 6to del artículo 2do del acuerdo 58 de 1999, a la Sala Plena le corresponde “imponer las sanciones previstas en el artículo 114 del Código Contencioso Administrativo, a quienes desobedezcan órdenes de la sala plena del Consejo o

falten al respeto a la Corporación.” Este tipo de medidas también se encuentran reguladas en el artículo 58 de la Ley 270 de 1996 y aunque el nuevo Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no las contempló, consideramos que continuarán vigentes en virtud de lo contemplado en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Por otro lado, el Servidor público diferente a los empleados de la Corporación que sea sujeto a estas sanciones, será tratado de la misma manera que los particulares.

Se trata de medidas correccionales que se imponen en dos casos:

- Cuando un particular o un Servidor público diferente a los empleados del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo falte al respeto a la corporación o desobedezca órdenes impartidas por la Sala Plena del Consejo de Estado.
- Cuando cualquier persona particular o un Servidor público diferente a los empleados de la Corporación asuma comportamientos contrarios a la solemnidad de las actuaciones judiciales o al decoro de los recintos donde se cumplen.

Para que la Sala Plena imponga este tipo de sanciones, deberá cumplir con lo contemplado en el artículo 59 de la Ley 270 de 1996, es decir un procedimiento breve y sumario donde se le protege el debido proceso y el derecho de defensa al supuesto infractor, el cual se sustancia por un solo Consejero de Estado. Frente a la decisión que se adopte procede el recurso de reposición y el sancionado dispone de veinticuatro horas para sustentar y el funcionario de un tiempo igual para resolver (art. 59, Ley 270 de 1996). La sanción correccional, corresponde a una multa que puede llegar hasta el monto de 10 salarios mínimos legales mensuales (Artículo 60 de la Ley 270 de 1996), la cual debe ser pagada con el propio peculio del sancionado, independientemente de que sea servidor público o no. Esta facultad es diferente a la acción disciplinaria o administrativa sancionadora en contra de los empleados del Despacho o Corporación, tal como lo determinó la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-037 de febrero 5 de 1996, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa, donde se declaró inexecutable el numeral 2do del artículo 114 del Código Contencioso Administrativo, en consecuencia no opera frente a empleados del Despacho o Corporación respectiva, a quienes se les aplica la ley disciplinaria⁴³.

⁴³ “[...] Las sanciones que el juez impone a los empleados de su despacho tienen un contenido y una esencia administrativa y los respectivos actos son Actos Administrativos; en cambio, los actos que imponen sanciones a particulares, son jurisdiccionales, desde los puntos de vista orgánico, funcional y material [...]”. Corte Constitucional, Sentencia de mayo 30 de 1996 (C-243); Expediente D-1160. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo M.

Funciones Consultivas: Conceptuar en el caso de tránsito de tropas extranjeras y la estación o tránsito de buques o aeronaves extranjeras de guerra consagradas en el artículo 189 numeral 7 y 237 numeral 3 de la Constitución Política de 1991. Así se debe entender el numeral 1ro del artículo 96 del Código Contencioso Administrativo a raíz del advenimiento de la nueva carta (Numeral 7mo del artículo 2º del acuerdo 58 de 1999). El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra expresamente el caso anotado y agrega que dicho concepto no está sometido a reserva (Parágrafo y numeral 14 del artículo 109 del CPA). Cabe preguntarnos si este concepto tiene fuerza vinculante, es decir, si el ejecutivo debe atender el criterio del Consejo de Estado antes de proceder a suscribir el acto que daría lugar a dicho tránsito o estación. En principio parece que no, porque la Constitución no precisa nada al respecto, sin embargo, al no tener el concepto carácter de reserva, la censura pública no daría espera en caso de una determinación contraria frente a lo dispuesto por la máxima corporación de lo contencioso administrativo, pues es un asunto de seguridad y defensa nacional.

a. La Sala de Gobierno

(Artículo 114 del CPA y artículo 6 del Acuerdo 58 de 1999). A título de ejemplo de conformidad a la clase de función a cumplir.

Funciones de Colegislador: No posee.

Funciones Administrativas: De conformidad a lo contemplado en el numeral 1ro del artículo 114 del CPA y en el numeral 1ro del artículo 6to del acuerdo 58 de 1999, le corresponde “examinar la hoja de vida de los candidatos para desempeñar cualquier empleo cuya elección corresponda a la Sala Plena e informar a esta sobre el resultado respectivo”.

Funciones Jurisdiccionales: No Posee.

Funciones Consultivas: De conformidad a lo consagrado en el numeral 3ro del artículo 114 del CPA y en el numeral 2do del artículo 6to del acuerdo 58 de 1999, le corresponde “asesorar al presidente de la Corporación cuando este lo solicite”. Aunque no es propiamente la función consultiva en los términos de la Constitución, es decir, que se ejerce en beneficio del Gobierno Nacional. Se trata de una función al interior de la corporación.

b. Sala de lo Contencioso Administrativo

Con respecto a esta Sala hay que diferenciar cuando actúa en sala plena a cuando actúa a través de sus secciones, veamos:

Cuando actúa como sala plena: (Artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 270 de 1996 y artículo 111 del CPA). A título de ejemplo tenemos las siguientes funciones dentro de las categorías que se explicaron.

Funciones de legislador: No posee.

Funciones Jurisdiccionales: Se destacan las siguientes actuaciones:

- Control automático de actos administrativos: De conformidad a lo consagrado en el numeral 8º del artículo 111 del CPA y en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, por la cual se regulan los estados de excepción, cuando el Gobierno Nacional o Entidades Públicas del orden nacional, profieran actos administrativos que desarrollen decretos legislativos expedidos en virtud de los estados de excepción, le corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, conocer de ellos automáticamente, es decir, sin necesidad de que un ciudadano o la administración interpongan una acción contra ellos. Este control de legalidad se realiza sin aplicar ningún procedimiento especial (Inciso primero del artículo 136 del CPA).

Las autoridades competentes que los expidan enviarán los actos administrativos a la jurisdicción contenciosa administrativa, dentro de las 48 horas siguientes a su expedición. Es pertinente anotar que el Consejo de Estado es competente cuando se trata de autoridades del orden nacional, ya que si se tratan del orden territorial, corresponderá al Tribunal administrativo respectivo (Inciso primero del artículo 136 del CPA y numeral 14 del artículo 151 de la misma codificación). Por otro lado, si la autoridad no envía el decreto respectivo dentro del término anotado, la autoridad jurisdiccional competente, ordenará a la autoridad pública incumplida, su remisión a la mayor brevedad posible para ejercer el control jurídico del caso (Inciso segundo del artículo 136 del CPA). La autoridad jurisdiccional podrá decretar y practicar pruebas si lo considera necesario.⁴⁴ En nuestro concepto para este trámite se debe designar una Sala especial de decisión que decida el asunto por encomienda de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de conformidad a lo consagrado en el inciso 4º del artículo 107 CPA y teniendo en cuenta lo que disponga el reglamento interno sobre el particular. Así mismo, su trámite se debe ventilar por el procedimiento ordinario.

Consideramos que en estos eventos se trata de un control integral de legalidad con base en los Decretos Legislativos en que se fundamentan este tipo de actos administrativos, por ende, la decisión que se dicte, sea declarando la nulidad o no,

⁴⁴Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 17 de septiembre de 1996, Consejero Ponente: Mario Alario Méndez, Expediente CA-001, Publicación: Anales, Tomo CXLIX, 1996, tercer trimestre, primera parte, págs. 72 y ss.

tiene el carácter de cosa juzgada absoluta, habida cuenta que se trata de un control previo, es decir, que se ejerce antes de la publicitación, de lo que se colige que se impone la entrada en vigencia de estas decisiones totalmente libres de vicios invalidantes, tal como acontece con el control previo de los Decretos Legislativos.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 185 del CPA, contempla el procedimiento que se debe adelantar en estos casos, así:

Recibida la copia auténtica del texto del acto u actos administrativos objeto de control automático, o aprendido de oficio el conocimiento de su legalidad en caso de inobservancia del deber de envío del mismo o de los mismos, se procederá de la siguiente manera:

- 1.** La sustanciación y ponencia corresponderá a uno de los Magistrados de la Corporación y el fallo a la Sala Plena. Ahora bien, encontramos cierta contradicción entre lo dispuesto en el penúltimo inciso del artículo 107 del CPA y lo consagrado en el numeral 1° del artículo 185 del CPA, pues en dicho inciso se prohíbe la conformación de salas especiales de decisión para los procesos de pérdida de investidura y de nulidad por inconstitucionalidad. Sin embargo, de conformidad a lo dispuesto en el numeral referido, parece que el control inmediato de actos administrativos también sería un caso donde estaría prohibida la posibilidad de constituir las salas anotadas, dado que el fallo debe ser adoptado por la Sala Plena.
- 2.** Repartido el negocio, el Magistrado Ponente ordenará que se fije en la Secretaría un aviso sobre la existencia del proceso, por el término de diez (10) días, durante los cuales cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo. Adicionalmente, ordenará la publicación del aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Numeral 2° del artículo 185 del CPA).
- 3.** En el mismo auto que admite la demanda, el Magistrado Ponente podrá invitar a entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito su concepto acerca de puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo, dentro del plazo prudencial que se señale (Numeral 3° del artículo 185 del CPA).
- 4.** Cuando para la decisión sea menester el conocimiento de los trámites que antecedieron al acto demandado o de hechos relevantes para adoptar la decisión, el Magistrado Ponente podrá decretar en el auto admisorio de la demanda las pruebas que estime conducentes, las cuales se practicarán en el término de diez (10) días (Numeral 4° del artículo 185 del CPA).

5. Expirado el término de la publicación del aviso o vencido el término probatorio cuando este fuere procedente, pasará el asunto al Ministerio Público para que dentro de los diez (10) días siguientes rinda concepto (Numeral 5° del artículo 185 del CPA).

6. Vencido el traslado para rendir concepto por el Ministerio Público, el Magistrado Ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada al Despacho para Sentencia. La Sala Plena de la respectiva Corporación adoptará el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional (Numeral 6° del artículo 185 del CPA).

-Las Acciones de Nulidad por Inconstitucionalidad: De conformidad con lo consagrado en el numeral 7o del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo y del numeral 5° del artículo 111 del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, cuando se trate de actos administrativos de carácter general expedidos por el Gobierno Nacional⁴⁵ (el control de los decretos legislativos, de los decretos leyes y de los decretos de planeación que puede dictar el gobierno con base en el artículo 341 de la Constitución Política, que hace parte del capítulo sobre los planes de desarrollo, le corresponde a la Corte Constitucional), cuya nulidad se funde en una confrontación directa con la normativa constitucional (si es indirecta es un acción de simple nulidad)⁴⁶, le compete a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decidir el caso. Lo anterior dado que el Consejo de Estado tiene atribuida la competencia residual para conocer de los procesos en los cuales se controvierte sobre la constitucionalidad de todos aquellos actos cuyo enjuiciamiento no corresponda a la Corte Constitucional, en los términos de los numerales 5° y 7° del artículo 241 superior.⁴⁷

⁴⁵ De conformidad a lo contemplado en el inciso segundo del artículo 115 de la Constitución Política, el Gobierno Nacional está formado por el Presidente de la República, los Ministros del Despacho y los Directores de Departamentos Administrativos. Agrega dicha disposición que el Presidente y el Ministro o Director de Departamento correspondiente, en cada negocio particular, constituyen el Gobierno.

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, “En ese orden de ideas, y por exclusión, las acciones de nulidad por inconstitucionalidad atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el numeral segundo del artículo 237 de la Constitución, son aquéllas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establece mediante su confrontación directa con la *Constitución Política*, en guarda de la supremacía de la misma. En cualquier otro caso, en la medida en que el parangón deba realizarse en forma inmediata, frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será mediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad, que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”. CONSEJO DE ESTADO, Sección Primera, Expediente 3581, Sentencia de agosto 9 del 96, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa, Código Contencioso Administrativo, *Legis*, Hojas Sustituibles, Página 161.

⁴⁷ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 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.

En atención a la competencia residual en cabeza del Consejo de Estado frente a los actos discriminados en el artículo 241 de la Constitución Política, los cuales le competen a la Corte Constitucional en su control, los cuales son los Decretos Leyes, los Decretos Legislativos y los Decretos de Planeación (numerales 5o y 7o del art. 241 y art. 341 de la CP), el Consejo de Estado ha ampliado el marco de competencia de la acción de nulidad por inconstitucionalidad a otros reglamentos diferentes a los del gobierno nacional que, a nuestro parecer e interpretando la providencia anotada, serían los siguientes del orden nacional: los reglamentos constitucionales autónomos, reglamentos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria constitucionalmente atribuida al Presidente de la República (art. 189, Núm. 11 de la CP), los reglamentos legislativos o que desarrollan leyes marco, reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y otros reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas del orden nacional, en asuntos especializados relativos a la órbita de sus competencias.

Así las cosas, cuando se expidan reglamentos del talante comentado por entidades atípicas del orden constitucional, organismos autónomos, organismos de control u organismos del nivel nacional que tengan potestad para expedir reglamentos con las calidades anotadas, como la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura e incluso, aquellos que expide el Presidente de manera autónoma de conformidad a su potestad general de competencia, o cualquier entidad del orden nacional como una Superintendencia, podrán ser objeto de la acción de nulidad por inconstitucionalidad. El pronunciamiento referido precisamente se expresó en el sentido anotado en este párrafo, frente a los reglamentos legislativos expedidos por la Comisión Nacional de Televisión, así:

[...] como quiera que los actos administrativos demandados en el presente proceso, expedidos por la Comisión Nacional de Televisión, no son decretos con fuerza de ley, ni tampoco decretos legislativos, sino, como igualmente se explicó, reglamentos de desarrollo de leyes marco en materia de televisión, resulta imperativo concluir que el órgano competente para conocer de las acciones de nulidad o de nulidad por inconstitucionalidad que cabe instaurar contra ellos es el Consejo de Estado, en virtud de la competencia residual que le confiere el numeral 2º del artículo 237 de la Constitución Política.⁴⁸

Ahora bien, a pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, consideramos que el Consejo de Estado en el pronunciamiento anotado, salvo mejor opinión, incurrió en un error al ampliar el marco de competencia de la acción de nulidad por inconstitucionalidad a otros actos administrativos de carácter general diferentes

⁴⁸Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 14 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.

a los que expedía el gobierno nacional a la luz del antiguo Código Contencioso Administrativo. Es necesario recordar que las normas de competencia son de orden público e improrrogables, lo que implica que el único que puede asignar o modificar tales competencias es el legislador a través de la ley en sentido formal expedida por el Congreso de la República. Así las cosas el numeral 7° del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo consagraba de manera expresa que los únicos actos administrativos que podían ser objeto de la acción de nulidad por inconstitucionalidad eran los actos administrativos de carácter general expedidos por el Gobierno Nacional, por ende, no era dable que a través de un pronunciamiento judicial se le diera a dicha acción un alcance que el legislador no previó, ni siquiera a través de la aplicación del numeral 2° del artículo 237 de la Constitución Política, dado que la competencia residual opera cuando el legislador no la ha previsto expresamente, cosa que sí ocurrió en lo atinente a la acción de nulidad por inconstitucionalidad. Por ende, cuando se trataba de actos administrativos de carácter general del orden nacional pero que no eran expedidos por el Gobierno Nacional, la acción pertinente era la de simple nulidad, así al interior de la misma solo se debatiera una violación directa con la Constitución sin que mediara transgresión legal o de otros actos administrativos.

Afortunadamente el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo solucionó el problema de competencia planteado en el párrafo anterior, pues en el numeral 5° del artículo 111, señaló que la Sala de lo Contencioso Administrativo en pleno conoce de la nulidad por inconstitucionalidad que se promueva contra los decretos cuyo control no corresponda a la Corte Constitucional, sin especificar si se trata de Decretos que provengan del Gobierno Nacional o no, lo que implica que el marco competencial en esta materia se amplió y ahora, por ende, el Consejo de Estado en su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ya puede conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se planteen contra los reglamentos constitucionales autónomos⁴⁹, contra los reglamentos expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria constitucionalmente atribuida al Presidente de la República (art. 189, Núm. 11 de la CP)⁵⁰, y contra los reglamentos legislativos o que desarrollan

⁴⁹ 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. 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”.

⁵⁰ “Las facultades reglamentarias establecidas por el artículo 189, numeral 11, de la Carta, tal como lo ha sostenido la Sala, fueron instituidas por el constituyente como un mecanismo tendiente a garantizar la cumplida ejecución de las leyes, siendo ese el único fin autorizado por ese mandato superior. Así las cosas, al hacer uso de tales potestades, el ejecutivo debe inspirarse en el único propósito de aclarar y hacer más explícita la norma de carácter legal, en orden a facilitar su adecuada interpretación, ejecución y cumplimiento y viabilizar su estricta observancia.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 3 de marzo de 2013. Expediente 11001-03-24-000-2008-00256-00. Consejera Ponente: Dra. María

leyes marco⁵¹. Aunque contra los reglamentos que desarrollan leyes habilitantes⁵² y otros reglamentos expedidos por otras autoridades administrativas del orden nacional, en asuntos especializados relativos a la órbita de sus competencias⁵³, no serían de objeto de esta acción, tal como se explica en el párrafo siguiente.

En efecto, aunque el numeral 5° del artículo 111 del CPA no precisa el ámbito nacional de los Decretos sujetos a control, lo que querría decir que el Consejo Estado en su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo también conocería de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de Decretos del orden territorial, los incisos primero y segundo del artículo 135 del CPA aclaran esta situación, pues circunscriben esta acción a los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional y a los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, lo que quiere decir que se debe tratar de reglamentos que emanen directamente de artículos que atribuyan potestad reglamentaria a autoridades públicas consagrados en la Carta Magna y que no son otros que los reglamentos constitucionales autónomos, los reglamentos legislativos y los decretos que emanan de la potestad reglamentaria consagrada en el numeral 11 del artículo 189 de la CP. Se exceptúan entonces, los reglamentos especializados que son propios de atribuciones legales y no constitucionales, como los que emanan de las Comisiones de Regulación de los Servicios Públicos Domiciliarios, que intervienen la economía en lo atinente a dichos servicios, los cuales están sujetos a la ley, a los decretos reglamentarios que expida el Presidente y a las políticas que fije el Gobierno Nacional en la respectiva área. Otro tanto se puede expresar de los reglamentos que emanan de leyes habilitantes, los cuales depende de una ley para su existencia y no de la Constitución.

Claudia Rojas Lasso. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2013, páginas 1006 a 1015.

⁵¹ 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. Ejemplos: El campo económico (art. 150.19 de la C.P.), el comercio exterior y el régimen de cambios internacionales (art. 150.19 de la C.P.).

⁵² 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–. Este tipo de reglamentos siempre están subordinados a la ley.

⁵³ 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 C.P. 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.

Por otro lado, el numeral 5° del artículo 111 del CPA, solo se refiere a decretos, entonces podría pensarse que no cabrían en este tipo de control otra clase de reglamentaciones como los actos de regulación del Banco de la República que son conocidos como resoluciones y materialmente son reglamentos legislativos, sin embargo, el inciso segundo del artículo 135 del CPA aclara este aspecto, pues precisa que la acción de nulidad por inconstitucionalidad también cabe contra actos de carácter general en los términos contemplados líneas atrás, por ende, no solo se circunscribe a las regulaciones denominadas por el ordenamiento positivo como “decretos”.

El numeral 7mo del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo advierte que los actos que se controlan a través de esta acción son aquellos que no obedecen a una función propiamente administrativa. Esta expresión legal debe entenderse como que el control jurisdiccional en este caso se circunscribe exclusivamente a la confrontación entre el acto administrativo y el ordenamiento jurídico constitucional, es decir; si el acto administrativo solo se acusa por vulnerar la Constitución, estamos en presencia de un juicio de constitucionalidad propio de la acción que se estudia y no de mera legalidad ajeno a la misma. El juicio de legalidad entraría a operar como consecuencia del desarrollo que de la ley realiza la reglamentación acusada, por ende una función propiamente administrativa, en cuyo caso la acción apropiada es la de simple nulidad. En este sentido lo ha entendido el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa en los siguientes términos:

Para el Consejo de Estado, esta situación de falta de claridad constitucional y sobre todo jurisprudencial sobre el asunto lo ha llevado en Sala Plena de lo Contencioso

Administrativo a la adopción de un criterio operacional que le permite cumplir con su papel excepcional de juez de constitucionalidad. Para estos efectos, se observa como tesis dominante la de identificar la base material de esta acción excepcional en la existencia de actos de discutible naturaleza, no contenidos en el listado constitucional de los de competencia de la Corte Constitucional, que sean impugnados únicamente por razones de constitucionalidad; en caso contrario, es decir, no reuniéndose estos requisitos, la acción prevalente sería la de simple nulidad de los actos administrativos establecida en el artículo 84 CCA.⁵⁴

Acogiendo esta tesis doctrinal el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo desechó el criterio material para determinar la competencia en este tópico, es decir, ya no se utiliza el criterio de la función

⁵⁴ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Óp. cit.*, p. 183 y 184.

administrativa para identificar los reglamentos sujetos a este control y se acoge el criterio operacional esbozado por el ilustre tratadista en el aparte transcrito, es decir, basta con que se esgrima en la demanda una infracción directa de la Constitución sin que medie normativa vulnerada de inferior jerarquía en el acápite correspondiente del libelo, para que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo asuma la competencia en este ámbito (Inciso primero del artículo 135 del CPA).

El procedimiento a seguir bajo la égida de la antigua codificación será el ordinario contemplado en los artículos 206 y ss. del Código Contencioso Administrativo salvo en lo que se refiere al periodo probatorio, el cual será, máximo, de diez (10) días. El fallo, en estos casos, le corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, lo demás a la sección respectiva en los términos consagrados en el numeral 7mo del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo. Contra los autos proferidos por el ponente solo procederá el recurso de reposición. El ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada a despacho para sentencia. La sala plena deberá adoptar el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional.

Para este tipo de procedimiento no se debe designar una sala especial de decisión, en los términos del inciso 4º del artículo 107 del CPA, pues la sentencia debe ser dictada indefectiblemente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Al igual que lo anotado a propósito del control automático de actos administrativos referido en el ítem anterior, consideramos que en este evento el control constitucional debe ser integral, es decir, el acto administrativo debe ser confrontado con toda la normativa constitucional, dado que, en estos casos la acción de nulidad se equipara a la acción de inexecuibilidad en un todo, pues estamos en presencia del Consejo de Estado como Juez constitucional y no de simple legalidad, por expreso mandato de la Constitución (numeral 2º del artículo 237 de la CP). Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “constitucional”, contenida en el inciso 3º del artículo 189 del CPA, que otorgaba el efecto de cosa juzgada de las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad dictadas por el Consejo de Estado, pues consideró que la cosa juzgada constitucional es una atribución dada por la Carta Política de manera exclusiva a los fallos proferidos por la máxima garante de la carta magna.⁵⁵ Empero, esta posición desatiende lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 237 de la Constitución Política, tal como lo señaló el Consejo de Estado en providencia ulterior.⁵⁶

⁵⁵ Sentencia C-400 de julio 3 de 2013, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 11001032400020050017001 de julio 30 de 2013, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla.

Así mismo, también en este ámbito se debe predicar el principio de la unidad normativa, es decir, es posible que se declaren nulas disposiciones no acusadas pero que resultan ligadas a los artículos propiamente demandados. Esta posición fue ratificada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el parágrafo del artículo 135 del CPA, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-415 de 2012, en los siguientes términos: “El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales”.⁵⁷

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla un proceso especial para la nulidad por inconstitucionalidad en el artículo 184, así:

- 1.** La sustanciación y ponencia de los procesos contenciosos de nulidad por inconstitucionalidad corresponderá a uno de los Magistrados de la Sección respectiva, según la materia, y el fallo a la Sala Plena.
- 2.** En la demanda de nulidad por inconstitucionalidad se deberán indicar las normas constitucionales que se consideren infringidas y exponer en el concepto de violación las razones que sustentan la inconstitucionalidad alegada, sin perjuicio del control integral de constitucionalidad anotado líneas atrás. Sin embargo, se aclara, esta acción es pública y pudiese ser incoada por cualquier ciudadano⁵⁸, por sí misma o a través de abogado, pues oficia como garante del ordenamiento jurídico superior, lo que la hace un medio de control judicial objetivo.
- 3.** La demanda, su trámite y contestación se sujetarán, en lo no dispuesto en el artículo 184 del CPA, por lo previsto en los artículos 162 a 175 del CPA. Contra los autos proferidos por el ponente solo procederá el recurso de reposición, excepto el que decreta la suspensión provisional y el que rechace la demanda, los cuales serán susceptibles del recurso de súplica ante la Sala Plena.
- 4.** Recibida la demanda y efectuado el reparto, el Magistrado Ponente se pronunciará sobre su admisibilidad dentro de los diez (10) días siguientes. Cuando la demanda no cumpla alguno de los requisitos previstos en el Código, se le concederán tres

⁵⁷ Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2013, páginas 328 a 336.

⁵⁸ El inciso primero del artículo 135 del CPA, establece que solo los ciudadanos pueden incoar este tipo de acción.

(3) días al demandante para que proceda a corregirla señalándole con precisión los requisitos incumplidos. Si no lo hiciere en dicho plazo se rechazará.

5. Si la demanda reúne los requisitos legales, el Magistrado Ponente mediante auto deberá admitirla y además dispondrá:

a. Que se notifique a la entidad o autoridad que profirió el acto y a las personas que, según la demanda o los actos acusados, tengan interés directo en el resultado del proceso, de conformidad con lo dispuesto en el CPA, para que en el término de diez (10) días puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar pruebas. Igualmente, se le notificará al Procurador General de la Nación, quien obligatoriamente deberá rendir concepto;

b. Que se fije en la Secretaría un aviso sobre la existencia del proceso por el mismo término a que se refiere el numeral anterior, plazo durante el cual cualquier ciudadano podrá intervenir por escrito para defender o impugnar la legalidad del acto administrativo. Adicionalmente, ordenará la publicación del aviso en el sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo;

c. Que el correspondiente funcionario envíe los antecedentes administrativos, dentro del término que al efecto se le señale. El incumplimiento por parte del encargado del asunto lo hará incurso en falta disciplinaria gravísima y no impedirá que se profiera la decisión de fondo en el proceso.

d. Que se invite a las entidades públicas, a organizaciones privadas y a expertos en las materias relacionadas con el tema del proceso a presentar por escrito su concepto acerca de puntos relevantes para la elaboración del proyecto de fallo, dentro del plazo prudencial que se señale. Esta orden solo se realizará si el Magistrado Ponente lo considera necesario.

e. En el caso de que se haya solicitado la suspensión provisional del acto, se resolverá por el Magistrado Ponente en el mismo auto en el que se admite la demanda.

6. Vencido el término de traslado de la demanda, y en caso de que se considere necesario, se abrirá el proceso a pruebas por un término que no excederá de diez (10) días, que se contará desde la ejecutoria del auto que las decreta.

7. Practicadas las pruebas o vencido el término probatorio, o cuando no fuere necesario practicar pruebas y se haya prescindido de este trámite, según el caso, se correrá traslado por el término improrrogable de diez (10) días al Procurador General de la Nación, sin necesidad de auto que así los disponga, para que rinda concepto.

7. Vencido el término de traslado al procurador, el ponente registrará el proyecto de fallo dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de entrada al despacho para sentencia. La Sala Plena deberá adoptar el fallo dentro de los veinte (20) días siguientes, salvo que existan otros asuntos que gocen de prelación constitucional.

- **En materia de conflictos de competencia:** Se debe hacer las siguientes precisiones:

- El numeral 1ro del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo que a su turno corresponde al numeral 1º del artículo 37 de la Ley 270, fue modificado y se agregó un párrafo por parte del artículo 12 de la Ley 1285 de 2009, cuya principal novedad es que los conflictos de competencia de que aquí trata ya no son conocidos por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en pleno sino a través de sus secciones de conformidad a su especialidad. Estamos ante el evento de conflictos de competencia del orden jurisdiccional, es decir, entre las Secciones del Consejo de Estado⁵⁹, los Tribunales Administrativos y las Secciones de los Tribunales Administrativos⁶⁰, y entre los Tribunales y los Jueces de la Jurisdicción contencioso administrativa pertenecientes a distintos distritos judiciales administrativos y entre jueces administrativos de los diferentes distritos judiciales administrativos (Artículo 158 del CPA). Los conflictos de competencia entre jueces del mismo distrito judicial y secciones de un mismo Tribunal, los dirime el Tribunal Administrativo correspondiente, de conformidad a lo contemplado en el artículo 148 del CPC, en el párrafo que agregó el artículo 12 de la Ley 1285 de 2009 al artículo 37 de la Ley 270 de 1996 y en el penúltimo inciso del artículo 158 del CPA

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo precisa que es atribución del Presidente del Consejo de Estado, resolver los conflictos de competencia entre las secciones de la Sala de lo Contencioso de la Corporación, lo que quiere decir que la nueva codificación le quita la competencia a la Sala Plena de estos asuntos y la radica en el Presidente de la Corporación, lo que resulta loable pues la distribución de competencias entre secciones no es un asunto sustancial sino meramente operacional de distribución de reparto (Párrafo del artículo 110 del CPA).

⁵⁹ Aunque en nuestro concepto no pueden existir conflictos de competencia entre secciones del Consejo de Estado. Toda la competencia está en la Sala y la distribución del trabajo que se haga no equivale a atribución de competencia.

⁶⁰ La misma objeción del pie de página anterior.

- Si se trata del numeral 9no del artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, estamos hablando de la acción de definición de competencias administrativas regulada en el artículo 33 del CCA La Ley 954 de 2005, en su artículo cuarto (4º), le agregó un parágrafo a esta última disposición, que en la práctica deroga tácitamente el numeral 9no del artículo 97 del CCA, habida cuenta que la competencia para resolver este tipo de conflictos pasó a manos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Sin embargo, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, circunscribe la competencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil en el tema de los conflictos de competencias administrativas, cuando se susciten entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada, o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo (Numeral 10º del artículo 112 del CPA).

Nota: Los conflictos de competencia entre jurisdicciones los resuelve el Consejo Superior de la Judicatura, tal como lo dispone el numeral 6º del artículo 256 de la Constitución Política. Por otro lado, no se puede predicar conflicto de competencia entre la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y sus Secciones, en estos casos prevalece la posición de la Sala Plena.

- **Acción de pérdida de investidura de Congresistas:** y del recurso extraordinario de revisión en estos mismos casos. Numerales 8 y 10 del artículo 97 del CCA y numerales 6 y 7 del artículo 111 del CPA Se advierte, este tipo de acción no puede ser encomendada a una Sala Especial de Decisión.

- **Resolución de asuntos de conocimiento de las secciones por razones de trascendencia jurídica:** Cuando se remitan asuntos por parte de las secciones por su importancia jurídica o trascendencia económica y social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia a solicitud del Ministerio Público, o a petición de parte o aún de oficio cuando a motu proprio los avoque la misma Sala. Numerales 5 y 6 del artículo 97 del C.C.A y numeral 3 del artículo 111 del CPA

- **Resolución del recurso extraordinario de revisión:** Tal como lo contempla el numeral 4º del artículo 37 de la Ley 270 de 1996 y el numeral 2º del artículo 111 del CPA

- **Regla general de competencia:** Conoce de todos aquellos asuntos de los cuales no se atribuya su competencia a ninguna sección en particular. Numeral 2 del artículo 97 del CCA y numeral 1° del artículo 111 del CPA Aunque, a nuestro modo de ver, en principio, si el asunto es de segunda instancia, lo debe acometer la sección primera, por ser la sección destinada para conocer de aquellos casos que no posean una competencia específica de conformidad con la ley, tal como se explica más adelante.

- **Requerimiento a los Tribunales Administrativos:** Tal como lo establece el numeral 4° del artículo 111 del CPA, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo puede requerir a los tribunales el envío de determinados asuntos que estén conociendo en segunda instancia, que se encuentren para fallo, y que, por su importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de unificar jurisprudencia, deban ser resueltos por el Consejo de Estado a través de sus secciones o subsecciones.

Funciones Consultivas: No posee.

Funciones Administrativas: De apoyo a la gestión judicial relativa a la elaboración e integración, cada dos años, de listas de auxiliares de la justicia. Numeral 3 del artículo 97 del CCA

La Sala de lo Contencioso Administrativo a través de sus secciones: (Artículo 13 del acuerdo 58 de 1999, modificado por el acuerdo 55 de 2003). Algunas de las funciones jurisdiccionales, a título de ejemplo, son las siguientes.

Sección Primera: Cuando se trata de procesos de pérdida de investidura de diputados, concejales o ediles (Leyes 134 y 136 de 1994) que adelantan los Tribunales Administrativos (Numeral 15 del artículo 152 del CPA), conoce del recurso de apelación y del extraordinario especial de revisión. Numeral 5to. Así lo reconoce el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Como lo ha advertido la Sala en otras oportunidades, esta Sección es competente para conocer de la apelación de las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de diputados, de una parte, en virtud del artículo 48, parágrafo 2°, de la Ley 617 de 2000, que establece la segunda instancia para tales procesos y, de la otra, atendiendo el pronunciamiento de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de enero 25 de 1995, según el cual las impugnaciones contra las sentencias de pérdida de investidura,

proferidas por los tribunales administrativos, son de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado.⁶¹

Debemos destacar también las acciones populares con excepción de las que se atribuyan a la sección tercera de lo contencioso administrativo, habida cuenta que esta función incorporada al ordenamiento jurídico por el acuerdo 55 de 2003, busca generar líneas jurisprudenciales estables, echadas de menos cuando tales acciones podían ser conocidas por cualquier sección de la Corporación al azar, cada una con una óptica particular de nuestro ordenamiento jurídico conforme a su especialidad. Sin embargo, considerábamos que esta competencia tendía a desaparecer, pues con la entrada en funcionamiento de los Jueces Administrativos, la primera instancia de las acciones populares era avocada por ellos y la segunda por los Tribunales Administrativos correspondientes, sin que hubiera posibilidad de que subieran al Consejo de Estado; lo cual era gravísimo en materia de seguridad jurídica, pues la multiplicidad de líneas jurisprudenciales era incontrolable, ante las diferentes tesis que se podían plantear en cada uno de los distritos judiciales del País, lo que generaba la necesidad de una instancia de cierre que unificara la jurisprudencia.

Llamábamos la atención del legislador en este tópico, con el objeto de que en el futuro se corrigiera el desafuero jurídico descrito. Situación que evidentemente ya fue corregida en parte con el advenimiento del artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, por medio del cual se modificó el artículo 36A de la Ley 270 de 1996 y se creó un mecanismo eventual de revisión en materia de acciones populares y de grupo. Sin embargo se observa que es un mecanismo eventual, lo que implica que queda al arbitrio del Consejo de Estado acometer o no la competencia en estos asuntos. Por otro lado, con la llegada del artículo 57 de la Ley 1395 de 2010, que agregó el numeral 14 al artículo 132 del Código Contencioso

Administrativo, donde se estableció que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de las acciones populares y de cumplimiento que se interpongan contra entidades del nivel nacional, también se palió la situación expuesta en el párrafo anterior, dado que en estos eventos la Corporación de cierre de la jurisdicción conocerá en segunda instancia, lo que implica que en estos casos también habrá unificación jurisprudencial. Esta regla fue reiterada por el nuevo Código en el numeral 16 del artículo 152 del CPA

Aunado a lo anterior, recordemos que esta es la sección residual, toda vez que conoce de todos aquellos asuntos para los cuales no exista regla especial de competencia en segunda instancia.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 2 de diciembre de 2010. Radicación 41001-23-31-000-2010-00055-01. Consejera Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2011, páginas 559 a 564.

Sección Segunda: Los procesos contra los actos administrativos de naturaleza laboral expedidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Numeral 4to.

Sección tercera: Los procesos ejecutivos en virtud de Contratos Estatales. Numeral 11. De igual manera destacamos, con el objeto de estar en sintonía a propósito de lo comentado cuando nos referimos a la sección primera, que esta sección conoce de las acciones populares que versen sobre asuntos contractuales y aquellas relacionadas con el derecho a la moralidad administrativa. También remitimos al comentario hecho anteriormente, relacionado con la inexistencia de órgano de cierre en materia de populares, como consecuencia del advenimiento de los Jueces Administrativos, aunque corregido en parte con la expedición de las Leyes 1285 de 2009 y 1395 de 2010. Esta sección también conoce de los procesos de simple nulidad de actos administrativos del orden nacional que versen sobre temas contractuales, como sería el caso de una acción de simple nulidad contra un acto administrativo que declara la urgencia manifiesta, expedido por una Corporación Autónoma Regional. Así lo ha precisado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

De conformidad con lo establecido en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá, privativamente, en única instancia, de los procesos de nulidad contra los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional. Así mismo, de acuerdo con el artículo 1º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003 de esta corporación, corresponde a la Sección Tercera del Consejo de Estado conocer de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre temas contractuales.⁶²

Sección Cuarta: Las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos administrativos que decidan las excepciones y ordenen llevar adelante la ejecución en operaciones administrativas de jurisdicción coactiva. Por ejemplo: las que adelanta la DIAN. Numeral 6to.

Sección Quinta: Es necesario diferenciar el acto electoral de que habla el numeral 3ro, el cual hace referencia a cargos de elección popular o de libre nombramiento o remoción, con los actos de contenido electoral, los cuales son expedidos por entidades que están relacionadas con cuestiones electorales. De estos se hace referencia en los numerales 1 y 2. Por ejemplo, las resoluciones

⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 7 de febrero de 2011. Radicación 11001-03-26-000-2007-00055-00. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2011, páginas 598 a 603.

que expide el Consejo Nacional Electoral. Es importante aclarar que el numeral 5° del artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999, referente a la sección quinta, ya no se encuentra vigente, pues la impugnación de decisiones emitidas al interior del cobro coactivo desapareció y ahora solo procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra algunos actos administrativos que se expiden en dicha operación administrativa (art. 101 del CPA).

d. Sala de Consulta y Servicio Civil

(Artículo 98 del CCA, artículo 38 de la Ley 270 de 1996 y artículo 112 del CPA). La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro (4) Magistrados. Sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales salvo la excepción que se precisa más adelante. Los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario. A título de ejemplo posee las siguientes funciones, de conformidad a la categorización que realizamos.

Funciones colegisladoras: De conformidad al numera 2do del artículo 38 de la Ley 270 de 1996, se encarga de “preparar los proyectos de ley y de códigos que le encomiende el Gobierno Nacional”. El nuevo Código se refiere a esta atribución en los siguientes términos: “Revisar o preparar a petición del Gobierno Nacional proyectos de ley y de códigos. El proyecto se entregará al Gobierno por conducto del Ministro o Director del Departamento Administrativo correspondiente, para su presentación a la consideración del Congreso de la República” (Numeral 2° del artículo 112 del CPA).

Funciones Jurisdiccionales: De conformidad a lo contemplado en el artículo 4° de la Ley 954 de 2005, el cual adicionó el artículo 33 del Código Contencioso Administrativo con un párrafo, en el caso de conflictos de competencia administrativa, la actuación se remite a la Sala de Consulta y Servicio Civil para que esta los dirima. Esta es una función jurisdiccional y no meramente administrativa dado que adopta una decisión definitiva con efectos de cosa juzgada.⁶³ El nuevo Código precisa que la competencia en este ámbito se circunscribe a los conflictos de competencias administrativas entre organismos del orden nacional o entre tales organismos y una entidad territorial o descentralizada o entre cualesquiera de estas cuando no estén comprendidas en la jurisdicción territorial de un solo tribunal administrativo (Numeral 10° del artículo 112 del CPA).

Funciones consultivas: Según el numeral 1ro del artículo 38 de la Ley 270 de 1996 y el numeral 1° del artículo 112 del CPA, le compete “absolver las consultas

⁶³ Con otra opinión Ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Del 22 de junio de 2006. Expediente: No. 11001030600020060005900, Partes: Superintendencia de Sociedades y Superintendencia Nacional de Salud. Asunto: Conflicto de Competencias Administrativas.

generales o particulares que le formule el Gobierno Nacional, a través de sus Ministros y Directores de Departamento Administrativo”. De la nueva codificación se destaca que las consultas ya no solo se circunscriben a cuestiones jurídicas, tal como lo señalaba el artículo 38 anotado, por tanto, los cuestionamientos también podrían versar sobre asuntos políticos o temas económicos, entre otros. Otro tema es discutir si una ley ordinaria (Ley 1437 de 2011) puede modificar una estatutaria (Ley 270 de 1996), cosa que no resulta pertinente abordar en este momento. Los conceptos que surjan de tales consultas son de carácter reservado y solo a petición del Gobierno Nacional se levanta tal reserva, salvo que transcurra el término legal que la levanta por sí sola. El nuevo código procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo establece el término de la reserva en el párrafo 1° del artículo 112 del CPA, así: “Los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil estarán amparados por reserva legal de seis (6) meses. Esta podrá ser prorrogada hasta por cuatro (4) años por el Gobierno Nacional. Si transcurridos los seis (6) meses a los que se refiere este párrafo el Gobierno Nacional no se ha pronunciado en ningún sentido, automáticamente se levantará la reserva”. En este mismo párrafo se precisa que en todo caso, el Gobierno Nacional podrá levantar la reserva en cualquier tiempo. Cabe aclarar que los seis meses anotados corren a partir del día siguiente en que el Gobierno Nacional recibe el concepto.

De estas funciones se trae a colación una novedad que consagra el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y De lo Contencioso Administrativo. Esto es, el denominado concepto previo de la Sala de Consulta y Servicio Civil (Artículo 113 del CPA). En efecto, en algunos ámbitos a la luz de la nueva normativa, la Sala de Consulta y Servicio Civil debe ser previamente oída, en caso contrario, los actos administrativos que resulten de la preterminación de este paso, estarán expedidos de manera irregular. Los casos que trae el CPA son los siguientes:

- Proyectos de ley o proyectos de disposiciones administrativas, cualquiera que fuese su rango y objeto, que afecten la organización, competencia o funcionamiento del Consejo de Estado. Este concepto no tiene fuerza vinculante pero debe ser rendido.
- Todo asunto en que por precepto expreso de una ley, haya de consultarse a la Sala de Consulta y Servicio Civil. En este tópico se deben precisar los siguientes casos que trae la nueva codificación:
 1. El numeral 4° del artículo 112 del CPA consagra que la Sala que se estudia revisa a petición del Gobierno los proyectos de compilaciones de normas elaborados por este para efectos de su divulgación. En este punto se anotan dos cosas, en primer lugar, si la compilación sale a la luz pública sin la revisión previa que se mencionó, estará viciada de nulidad por expedición irregular. En segundo lugar, aquí no se trata de

- un mero concepto sino de una revisión de legalidad, por ende, lo que emite el Consejo de Estado no es un mero concepto sino una decisión con fuerza vinculante.
2. El numeral 6° del artículo 112 del CPA señala que la mencionada Sala tiene como atribución conceptuar sobre los contratos que se proyecte celebrar con empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos para efectuar el control fiscal de la gestión administrativa nacional, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución Política. Este caso también genera ilegalidad del contrato en caso de que se celebre sin escuchar previamente al Consejo de Estado, aunque se trate de un mero concepto, aunado a que es un precedente importante para futuras investigaciones disciplinarias, penales o fiscales en el caso de que no sea acogido.
 3. Así mismo el numeral 9° del artículo 112 del CPA establece que la anotada Sala ejerce control de previo de legalidad de los convenios de Derecho Público Interno con las Iglesias, Confesiones, Denominaciones Religiosas, sus Federaciones y Confederaciones, de conformidad con lo dispuesto en la ley. Obviamente este control previo tiene fuerza vinculante, es decir, la desaprobación del contrato o del convenio a través del pronunciamiento, implica la imposibilidad de celebrarlo. Igualmente se advierte que si en estos casos no se escucha al Consejo de Estado, el convenio que se celebre será ilegal.

Los conceptos serán remitidos al Presidente la República o al ministro o jefe de departamento administrativo que los haya solicitado, así como a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

Funciones administrativas: De acuerdo al numeral 5to del artículo 38 de la Ley 270 de 1996, verifica si cada candidato a la Presidencia de la República reúne o no los requisitos constitucionales. En caso de reunirlos, expide la correspondiente certificación. Esta atribución es reiterada por la nueva codificación en los siguientes términos “Verificar, de conformidad con el Código Electoral, si cada candidato a la Presidencia de la República reúne o no los requisitos constitucionales y expedir la correspondiente certificación” (Numeral 8° del artículo 112 del CPA). Se destaca de la nueva codificación la referencia al Código Electoral pues es el cuerpo normativo por excelencia que reglamenta lo relacionado con el acceso a la función pública a través del voto popular. Por ende, a la luz de la nueva normativa el análisis de viabilidad de las candidaturas ya no se circunscribe exclusivamente a un juicio de constitucionalidad sino también a un juicio de legalidad en relación con el Código Electoral.

B. Los Tribunales Administrativos

En el libro tercero que trata de “la organización y funciones de la jurisdicción contenciosa administrativa”, título XII, capítulo II que trata “de los tribunales administrativos”, el CCA en los artículos 106 a 109 regula lo relativo a estos organismos judiciales. La Ley 270 de 1996 en los artículos 40 y 41 trata aspectos relativos a dichos tribunales. En particular el artículo 41 de la Ley 270 de 1996 contempla una tipología plurifuncional en esta instancia (colegisladora, jurisdiccional, administrativa y consultiva). El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula este tópico en los artículos 122 y 123.

De conformidad con el artículo 106 del CCA modificado por la Ley 270 de 1996, artículo 40, los Tribunales Administrativos son creados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para el cumplimiento de las funciones que determine la ley procesal en cada distrito judicial administrativo. Tienen el número de Magistrados que determine la Sala Administrativa de dicho Consejo que, en todo caso, no será menor de tres. Esta fórmula se reitera en el inciso primero del artículo 122 del CPA.

Para ser magistrado de Tribunal Administrativo se requieren las mismas calidades que se exigen para ser magistrado de Tribunal Superior de Distrito Judicial (art. 109 CCA).

Conforme al artículo 127 de la Ley 270 de 1996, para ejercer cargos de Magistrados de Tribunal, Juez de la República o Fiscal, se requieren las siguientes calidades y requisitos generales:

- a) Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio y estar en pleno goce de sus derechos civiles.
- b) Tener título de abogado expedido o revalidado conforme a la ley, salvo el caso de los jueces de paz, y,
- c) no estar incurso en causal de inhabilidad o incompatibilidad.

Para el cargo de Magistrado de Tribunal debe tener experiencia profesional (con posterioridad a la obtención del título de abogado y en ejercicio de labores jurídicas, tal como lo indica el parágrafo del artículo 128 de la Ley 270 de 1996) por lapso no inferior a ocho (8) años.

Estructura orgánica de los tribunales: Todos los Tribunales Administrativos del País ejercen sus funciones por medio de la Sala Plena conformada por todos sus miembros; la Sala de Gobierno integrada por el presidente de la corporación, el vicepresidente y los presidentes de las salas especializadas o secciones, si las

hubiere, y; por las secciones o subsecciones si las hubiere o salas especializadas y por las demás salas de decisión plurales e impares, de acuerdo con la ley (Inciso segundo del artículo 122 del CPA).

Por ejemplo, los tribunales administrativos de Antioquia y Valle del Cauca tienen una Sala Plena integrada por todos sus miembros (10 para cada tribunal), sin secciones, de conformidad con lo contemplado en los Acuerdos No. 416 de 1998 y No. 436 de 1999, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Sala que conocerá de los asuntos señalados por la Constitución y la Ley.

El Tribunal Administrativo del departamento del Quindío está compuesto por tres magistrados, por lo tanto, no posee secciones.

Estructura funcional de los tribunales: el artículo 123 del CPA establece las funciones que ejerce la Sala Plena de los Tribunales Administrativos, de las cuales se destacan:

Función colegisladora: el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no la contempla.

Función administrativa: elegir los jueces de lo contencioso administrativo de listas que, conforme a las normas sobre carrera judicial le remita la Sala Administrativa del respectivo Consejo Seccional de la Judicatura (Numeral 1° del artículo 123 del CPA).

Función judicial: dirimir los conflictos de competencias que surjan entre las secciones o subsecciones del mismo tribunal y aquellos que se susciten entre dos jueces administrativos del mismo distrito (Numeral 4° del artículo 123 del CPA).

Función consultiva: el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no la contempla.

C. Jueces Administrativos

Fueron creados por el artículo 42 de la Ley 270 de 1996 para integrar la jurisdicción contencioso Administrativa junto con el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a través del Acuerdo 3333 del 3 de marzo de 2006, creó 257 juzgados administrativos distribuidos en circuitos judiciales administrativos.

En el circuito judicial administrativo de Armenia, se crearon cuatro juzgados administrativos.

Para ser juez Administrativo, se debe cumplir con los mismos requisitos que para ser magistrado, con la diferencia de que, para el cargo de juez administrativo, en lo concerniente a tal, se equipara al juez civil del circuito, cuya particularidad es la siguiente: se debe tener experiencia profesional no inferior a cuatro años, en los términos del artículo 128 de la Ley 270 de 1996 y de conformidad a lo explicado en el párrafo de la misma disposición.

El artículo 124 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla a los Jueces Administrativos como integrantes de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y precisa que se rigen por lo dispuesto en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y por lo que reglamente la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en relación con sus características, denominación y número, teniendo en cuenta las necesidades que demande la administración de justicia y con el objeto de cumplir las funciones que prevea la ley procesal en cada circuito o municipio.

D. Competencias en la jurisdicción contencioso administrativa⁶⁴

Con el objeto de analizar la estructura funcional de los tribunales Administrativos y los jueces administrativos en concordancia con la del Consejo de Estado, utilizaremos la figura jurídico-procesal de las instancias⁶⁵ (factor funcional⁶⁶) y

⁶⁴ El Consejo de Estado ha definido la figura jurídica de la competencia “como la facultad que tiene un juez para ejercer, por autoridad de la ley y en determinado asunto, la jurisdicción que corresponde a la República o como la medida con base en la cual se distribuye la jurisdicción entre las distintas autoridades que la integran y cuya determinación atiende a factores universales que garantizan que el asunto debatido será conocido por el juez más cercano a quienes aspiran a obtener un pronunciamiento de la rama judicial del poder público”. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007. Expediente 15526. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2008, páginas 238 a 251.

⁶⁵ “Por último, por el factor funcional, las contenciones administrativas se conocen a través de las respectivas instancias, al adscribir la ley a funcionarios diferentes la cognición de los asuntos, sobre la base, como ya se indicó, de existir diversos grados jerárquicos, tal como ocurre con los procesos de nulidad instaurados contra actos administrativos dictados por funcionarios y organismos administrativos del orden departamental, intendencial, comisarial y distrital; atribuidos a los tribunales administrativos en primera instancia; o de restablecimiento del derecho de carácter laboral que son decididos en única o primera instancia por aquellas corporaciones jurisdiccionales según la cuantía, correspondiendo al Consejo de Estado su conocimiento de segunda instancia, también de acuerdo con determinada cuantía.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007. Expediente 15526. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2008, páginas 238 a 251. Es de resaltar que en esta providencia el Consejo de Estado encuentra un nexo inescindible entre el factor cuantía y el factor funcional.

⁶⁶ “Permite determinar la competencia en razón del principio de las dos instancias, entre la estructura vertical de los órganos de la jurisdicción, donde el juez de primera instancia, o juez a-quo, es competente para admitir la demanda, desarrollar el proceso y fallarlo, y el Juez de segunda instancia o Juez ad quem, tiene competencia para conocer del mismo proceso pero para revisar la decisión del inferior, en virtud de la apelación o de la

los factores de competencia⁶⁷ : objetivo (naturaleza del proceso⁶⁸ y cuantía⁶⁹), territorio⁷⁰ , subjetivo⁷¹ (naturaleza del sujeto)⁷² y conexión⁷³ .

consulta. Por el factor funcional, el artículo 134A dice qué procesos conoce el Juez administrativo en primera instancia y el 133 cuáles conoce el Tribunal Administrativo en segunda instancia.” PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., p. 149.

⁶⁷ “Tales factores guardan relación con la naturaleza del proceso y la cuantía de la pretensión –objetivo–; la calidad de las personas que han de ser partes dentro de la litis –subjetivo–; la distribución de los asuntos entre las diferentes jerarquías de funcionarios dentro de la jurisdicción, como corolario del principio de la doble instancia– funcional–; el reparto de los negocios atendiendo al lugar geográfico dentro del cual el juez o tribunal tiene atribuida la iuris dictio –territorial– o la acumulación de una pretensión a otra, cuando entre ellas existe conexión y un juez que en principio carece de competencia para conocer alguna de las acumuladas, puede asumir la obligación de decidir respecto de todas por ser legalmente competente para resolver una de las reclamaciones formuladas –conexión–.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007. Expediente 15526. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2008, páginas 238 a 251.

⁶⁸ “[...] como que el factor objetivo explica la facultad de conocer por la naturaleza de la manifestación de voluntad administrativa hecho u operación de idéntica índole, como acontece, *exempli gratia*, con los asuntos relativos a la propiedad industrial, las contenciones promovidas sobre aspectos petroleros en que sea parte la Nación, las controversias sobre actos eleccionarios del Presidente de la República, representantes y senadores que lo son de conocimiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo en única instancia, eventos los aludidos contemplados en el artículo 128 del Código Contencioso Administrativo.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991); Consejero Ponente: Rodrigo Vieira Puerta; Radicación 1170.

⁶⁹ “Por el valor de la controversia y la existencia o inexistencia de una cuantía, será determinante en otros eventos de procesos; *verbi gratia*, en las acciones de restablecimiento del derecho en que se enjuicien actos del orden nacional, que la competencia sea de la sala de lo contencioso administrativo o de un tribunal administrativo.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991); Consejero Ponente: Rodrigo Vieira Puerta; Radicación 1170.

⁷⁰ “Por el factor territorial, dentro del mismo plano de ejemplificación, ordena el *Legislador* fijar la competencia por el lugar en donde se ejercieron las funciones por el empleado público (acción de nulidad con restablecimiento del derecho de carácter laboral); donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato (acción contractual); donde se produjo el hecho o situación que compromete la responsabilidad del Estado (acción de reparación directa); etc.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991); Consejero Ponente: Rodrigo Vieira Puerta; Radicación 1170.

⁷¹ “El factor subjetivo fija la competencia, salvo los respectivos casos previstos en los artículos 131 y 132 del Código Contencioso Administrativo, en asuntos en que es parte la Nación o las entidades descentralizadas del orden nacional; en razón a que el Consejo de Estado es, por principio, el juez de la Nación y del tipo de los entes precisados; y por ese factor, igualmente radica la competencia en los tribunales administrativos para avocar el conocimiento de las controversias en que sean parte las entidades territoriales (departamentos, intendencias, comisarías, distritos, municipios).” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991); Consejero Ponente: Rodrigo Vieira Puerta; Radicación 1170.

⁷² “Los factores desarrollados en el derecho colombiano son los territoriales, de cuantía y de la naturaleza del sujeto; sus disposiciones se encuentran contenidas en el artículo 134 CCA y en el capítulo adicionado por el artículo 43 de la Ley 446 de 1998 y que corresponden dentro del Código Contencioso Administrativo a los artículos 134–D y 134–E.” SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, p. 389.

⁷³ La multicitada figura de la competencia se fija en el factor de conexión para el conocimiento de ciertas controversias administrativas denominadas conexas, entre las cuales, como lo indica el nombre y ya se ha dicho, existe un elemento de sustancial ligazón que determina o hace indispensable el ejercicio de la respectiva acción dentro de un solo proceso, como pudiera eventualmente acontecer por la existencia de responsabilidad conjunta entre un ente de derecho público y un sujeto de derecho privado (Estado y contratista; Estado y funcionario o ex funcionario público).” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección

Es necesario aclarar varias cosas:

- El Consejo de Estado solo conoce en única y en segunda instancia y de los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de la jurisprudencia. Los Tribunales Administrativos en única instancia, primera instancia y segunda instancia. Los Juzgados Administrativos en primera y única instancia; aunque la competencia de segunda instancia de los juzgados administrativos es discutible, como se comentará más adelante.
- Es necesario recordar los factores que determinan la competencia que contempla el Código de Procedimiento Civil.
- En cuanto al factor territorial, es una premisa a tener en cuenta que a nivel nacional conoce el Consejo de Estado (salvo algunas excepciones), lo demás se reparte entre los Jueces y los Tribunales.
- La única falta de competencia que generaba nulidad insaneable era la competencia funcional, por tanto, si se admitía la demanda en un proceso viciado por incompetencia en relación con otro factor y no se reponía el auto admisorio ni se proponía la excepción pertinente, el proceso quedaba saneado (art. 165 del CCA en concordancia con los arts. 140 y 141 del CPC). Sin embargo es importante aclarar en este punto que los factores cuantía y subjetivo pueden involucrar el factor funcional cuando alteran la instancia, por consiguiente, en estos eventos la falta de competencia se torna en insanable, aunque lo actuado conservará validez salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula (Inciso primero del artículo 16 de la Ley 1564 de 2012). Ahora bien, el nuevo Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) agregó como irregularidad insanable la falta de competencia por el factor subjetivo, por ende, por este ámbito también es inviable un eventual saneamiento a la luz de la nueva normativa. Veamos lo que expresa el inciso primero del artículo 16 de la mencionada codificación:

La jurisdicción y la competencia por los factores subjetivo y funcional son improrrogables. Cuando se declare, de oficio o a petición de parte, la falta de jurisdicción o la falta de competencia por los factores subjetivo o funcional, lo actuado conservará validez, salvo la sentencia que se hubiere proferido que será nula, y el proceso se enviará de inmediato al juez competente. Lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción o de competencia será nulo.

- El artículo 29 del Código General del Proceso señala que es prevalente la competencia establecida en consideración a la calidad de las partes. Así

Primera, sentencia de quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y uno (1991); Consejero Ponente: Rodrigo Vieira Puerta; Radicación 1170.

mismo advierte que las reglas de competencia por razón del territorio se subordinan a las establecidas por la materia y por el valor.

1. Sala plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado

Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en segunda instancia o recursos extraordinarios:

- a.** Resolver los recursos extraordinarios de revisión y unificación de jurisprudencia incoados contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones y los demás medios de impugnación que sean de su competencia.
- b.** Resolver los asuntos que le remitan las secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social, si por estimar fundado el motivo resuelve asumir competencia. Según el caso.
- c.** Conocer de los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar la jurisprudencia de la Corporación, según el caso.
- d.** Del recurso extraordinario de revisión en los casos de pérdida de investidura de los congresistas. En estos casos, los consejeros que participaron en la decisión impugnada no serán recusables ni podrán declararse impedidos por ese solo hecho.
- e.** Acometer los negocios que requieran de los Tribunales por su importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de unificar jurisprudencia.

Las demás funciones consagradas en el artículo 97 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 37 de la Ley 270 de 1996 y en el artículo 111 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se tramitan por *la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en única instancia*.

Es necesario tener en cuenta que, de conformidad a la última parte del artículo 97 del CCA, se establece que del control de legalidad sobre los actos administrativos expedidos por el Consejo de Estado, conoce la Corte Suprema de Justicia. Regla de competencia que fue reiterada por el parágrafo del artículo 111 del CPA.

1. Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a través de sus secciones

La Sala de lo Contencioso Administrativo a través de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, maneja en única instancia, los procesos contemplados en el art.

128 CCA, modificado por la Ley 446 de 1998, art. 36 y en el artículo 149 del CPA Es pertinente hacer los siguientes comentarios frente a algunos de estos procesos, así:

a. El numeral primero se refiere a la acción de simple nulidad, de la cual los jueces administrativos nunca podían conocer (art. 197, Ley 270 de 1996). Esta competencia se la repartían entre los Tribunales y el Consejo de Estado. Ahora bien, como veremos, en el nuevo Código se les otorga competencia a los Jueces Administrativos para conocer de acciones de simple nulidad.

b. Frente al segundo numeral es necesario hacer el siguiente comentario: a raíz de la cuantía, en materias de carácter laboral, se reparten entre los Juzgados y los Tribunales, no importa el nivel territorial de la Entidad que los expida.⁷⁴ Si se trata de una controversia del orden laboral carente de cuantía, conoce el Tribunal Administrativo correspondiente o el Consejo de Estado, según se trate de actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional o no.

Agregó el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que también conocerá de las demandas que en ejercicio de la indicada acción y sin atención a la cuantía, se promuevan en contra de los actos expedidos por el Procurador General de la Nación en ejercicio del poder disciplinario y las demás decisiones que profiera como supremo Director del Ministerio Público (Inciso segundo del numeral segundo del artículo 149 del CPA). Obviamente esta competencia debe incluir las decisiones que emitan los Servidores Públicos que por delegación del Procurador General de la Nación, profieran en ejercicio del poder disciplinario de este último o por su calidad de supremo Director del Ministerio Público.

c. El tercer numeral hace referencia a asuntos electorales, es decir, actos de nombramiento o elección de autoridades del orden nacional (Presidente, Vicepresidente, Senadores, Representantes, Representantes del Parlamento Andino, Alcalde Mayor de Bogotá, miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional –entidades atípicas del orden constitucional y órganos autónomos y de control- y de las comisiones de regulación. Se podría pensar que en ningún momento esta enumeración es taxativa, empero, si concordamos este numeral con el numeral 8º del artículo 132 del CCA, se observa que en esta última disposición se esgrime que los Tribunales Administrativos conocen en primera instancia de las acciones electorales que se impetren contra los actos de nombramiento o elección de autoridades nacionales cuyo control no esté expresamente adscrito al

⁷⁴ En este punto es importante tener en cuenta que, en virtud del factor territorial, cuando se trate de controversias laborales del orden nacional, se debe tener en cuenta el último lugar donde se prestó el servicio, además del factor cuantía. (Literal c del artículo 134 D del CCA y numeral 3º del artículo 156 del CPA).

Consejo de Estado, lo que nos obliga a considerar que la enumeración de que trata el numeral que se estudia si es taxativa, en caso contrario, perdería efecto útil la competencia residual que se le atribuye a los Tribunales Administrativos en esta materia. Así mismo, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo permite inferir esta interpretación de lo dispuesto en el numeral 12 del artículo 151, pues en este numeral se señala de manera genérica competencia electoral para los Tribunales Administrativos en única instancia en relación con los empleados públicos del orden nacional, sin precisar cargo alguno, cuya única novedad sería el cambio de instancia.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el cuarto numeral del artículo 149 agrega un listado que se podría enmarcar dentro del grupo de los asuntos electorales de conocimiento privativo y taxativo del Consejo de Estado, al señalar: “De la nulidad de los actos de elección expedidos por el Congreso de la República, sus Cámaras y sus Comisiones, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la Junta Directiva o Consejo Directivo de los entes autónomos del orden nacional y las Comisiones de Regulación”. Lo anotado en este párrafo también se debe predicar de los numerales 4 y 5 del artículo 149 del CPA

d. En cuanto al numeral quinto, el recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por una entidad pública, se tramita a través del proceso ordinario y contra la sentencia que lo resuelve solo procede el recurso extraordinario de revisión. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula esta materia en el numeral séptimo del artículo 149 del CPA

e. En cuanto a los numerales 8, 9, 10 y 11, es necesario concordarlos con el numeral 9º del artículo 131 del CCA, donde los procesos de expropiación son de competencia de los Tribunales⁷⁵ y cuando se trata de extinción, resoluciones

⁷⁵“El numeral 9 merece especial referencia en cuanto que atribuye a los tribunales administrativos en única instancia las acciones de nulidad y restablecimiento contra los actos de expropiación de que tratan las leyes sobre reforma urbana; en este aspecto se debe diferenciar los actos de expropiación ordinaria de los de expropiación por vía administrativa. Los primeros, o sea los originados en los procesos de enajenación voluntaria de que tratan los artículos 58 y siguientes de la Ley 388 de 1997 conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 9ª de 1989, son controlables a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acción esta que por expreso mandato de esta misma norma es de única instancia. Los segundos son los actos de expropiación derivados de las expropiaciones por la vía administrativa, los cuales de conformidad con el artículo 71.1 de la Ley 388 de 1997, son controlables también por la vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero esta vez en primera instancia. [...] Resulta oportuno destacar que la regla de competencia en análisis no prevé la segunda hipótesis del artículo 22 de la ley 9ª de 1989, que es la referente a la acción de simple nulidad contra el acto de expropiación; esta omisión creemos que debe ser subsanada entendiendo que en única instancia los tribunales administrativos también conocen de este caso específico y concreto de acción de simple nulidad, por así disponerlo la ley urbanística en la norma que nos ocupa”.

y los demás contemplados en los numerales del artículo que se analiza, conoce el Consejo de Estado. El nuevo Código se refiere a estos casos en los numerales 9, 10, 11 y 12 del artículo 149 del CPA y deben leerse en armonía con los numerales 13 y 14 del artículo 152 de la misma codificación.

f. En cuanto al numeral 12 del artículo 128 del CCA, se trata de una acción constitucional que tiene fundamento en el artículo 90 de la Carta Magna. La competencia se funda en el factor subjetivo, es decir cuando se repita contra algunas autoridades del orden nacional, esta enumeración es taxativa, en concordancia con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 7° de la Ley 678 de 2001. Para las demás autoridades, la competencia se arraiga de conformidad a la cuantía cuando se trata de condenas diferentes a las contenciosas administrativas u otras formas de pago ventiladas en la justicia ordinaria (art. 132, numeral 10mo y art. 134B, numeral 8vo)⁷⁶. El parágrafo segundo de este mismo artículo aclara que de las acciones de repetición que se ejerzan contra Consejeros de Estado, conoce la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena. La nueva codificación trae la enumeración de las autoridades que pueden ser objeto de esta acción en el numeral 13 del artículo 149 del CPA

g. En cuanto al numeral 13, la competencia residual debe ser de carácter contencioso administrativo, es decir, que exista litis, o sea, demandante versus demandado. Sobre este numeral el tratadista Juan Ángel Palacio Hincapié acota lo siguiente:

Dentro del objeto precitado de la Jurisdicción Administrativa, los jueces de ésta tienen asignadas sus competencias en el Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con los factores que la estructuran, en los artículos 128 a 134D, modificados por la Ley 446 de 1998, pero asignándole la cláusula general de competencia en el artículo 128, numeral 13, al señalar que este conocerá, en Sala de lo Contencioso Administrativo y en única instancia, “de todas las demás de carácter Contencioso Administrativo, para los cuales no exista regla especial de competencia”⁷⁷.

Ahora bien, un ejemplo de la competencia residual que le compete al Consejo de Estado en única instancia a través de sus secciones, son las acciones de nulidad

SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, p.373 y 374.

⁷⁶ Se debe tener en cuenta también el factor territorial, que en estos casos lo constituye la sede del Juez o Tribunal Administrativo que profirió la sentencia condenatoria de primera instancia en contra de la entidad pública que repite, o aprobó el acuerdo conciliatorio, o donde se logró el pago por otra forma de solución alternativa de conflictos, esto de conformidad a lo contemplado en el literal f del artículo 134D del CCA en concordancia con el inciso segundo del artículo 86 del CCA, *ibidem*, y el artículo 7° de la ley 678 de 2001.

⁷⁷ Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., Página 139.

y restablecimiento con cuantía o sin cuantía contra sanciones disciplinarias que involucran el retiro del servicio, pues es inequitativo que el Consejo de Estado conozca de estas acciones cuando carecen de cuantía y, cuando la tienen, se las repartan entre Jueces y Tribunales, por ende, por naturaleza del asunto todos estos casos deben ventilarse ante el Consejo de Estado.⁷⁸ Sin embargo, con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este asunto ya es tipificado como de competencia del Consejo de Estado en única instancia, tal como se anotó en su oportunidad, en el inciso segundo del numeral segundo del artículo 149 del CPA, siempre y cuando se trate del poder disciplinario asignado al Procurador General de la Nación.

Por otro lado, al interior de esta competencia también se podría ubicar la acción electoral en contra de la elección de los Gobernadores, toda vez que el nuevo Código no la contempló de manera expresa ni por vía de remisión en su normativa.

El artículo 129 del CCA (art. 37, Ley 446 de 1998) y el artículo 150 del CPA, establece *la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia*, la cual se surte a través del recurso de apelación de Sentencias o Autos (art. 181 CCA y art. 243 del CPA). Existe la discusión en el Consejo de Estado sobre si esta enumeración es taxativa o no), el recurso de queja o la consulta en los casos contemplados en el artículo 184 del CCA y en el artículo

245 del CPA. Es importante aclarar que el mecanismo de consulta desaparece con el advenimiento del nuevo código. También conoce de los recursos extraordinarios de revisión y de unificación de jurisprudencia y del mecanismo de eventual revisión de acciones populares o de grupo y, si la ley así lo establece, también opera dicho mecanismo frente a acciones ordinarias (Artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 que aprobó como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el artículo 36A).

El artículo 130 del CCA (art. 38, Ley 446 de 1998), establece la posibilidad de que las secciones remitan asuntos a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, cuando están a punto de fallarse, a petición del Ministerio Público o de oficio, cuando la importancia jurídica del tema lo amerite. Esta regla fue ratificada por el numeral 3º del artículo 111 del CPA y se agregó que dicha solicitud también podía realizarse a petición de parte interesada, que en este caso sería alguno de los intervinientes en el proceso y si se trata de una acción pública, cualquier persona.

⁷⁸ Ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto 11001032500020100016300 (1203-10) de agosto 4 de 2010, Consejero Ponente: Gerardo Arenas.

2. Los Tribunales Administrativos y los Jueces Administrativos

Los Tribunales Administrativos conocen en única instancia de los asuntos consagrados en el artículo 131 del CCA (art. 39, Ley 446 de 1998) y en el artículo 151 del CPA, de algunos de los cuales resulta importante hacer los siguientes comentarios:

a. En cuanto al numeral primero, interpretándolo en concordancia con el numeral 2do del artículo 128 del CCA y el inciso primero del numeral 2do del artículo 149 del CPA, si se trata de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, carente de cuantía, donde la autoridad que expidió el acto administrativo es del orden nacional, el competente es el Consejo de Estado en única instancia⁷⁹. Por ejemplo: cuando se discute la calificación satisfactoria de un servidor público de carrera administrativa.

b. En cuanto al numeral segundo, es importante aclarar que si se trata de un acto administrativo que origina retiro temporal o definitivo del servicio expedido por las autoridades del orden departamental, dependiendo de la cuantía de la hipotética reparación del daño, la competencia se distribuirá entre Tribunales y Jueces. Por otro lado, un ejemplo del numeral segundo referido es la discusión en torno a la legalidad de una amonestación donde no se pide reparación del daño. Aquí también opera el factor territorial.

c. En cuanto al numeral 3ro del artículo 131 del CCA, en materia de la acción de definición de competencias administrativas, fue derogado por el artículo 4º de la Ley 954 de 2005. 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 es competente para dirimir el conflicto. Esto lo afirmamos porque el artículo 4º de la Ley 954 de 2005, el cual le agregó un párrafo al artículo 33 del CCA, derogó tácitamente el artículo 131 numeral 3ro de la mencionada codificación, pues el artículo 33 es una norma especial que no distingue en su tenor, el orden nacional o territorial de las autoridades que se puedan ver involucradas en el conflicto. Es por lo anterior que no compartimos tesis de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que predica 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.⁸⁰

⁷⁹ Consejo de Estado, Sala Plena, Auto de julio 19 de 1984, Código Contencioso Administrativo, hojas sustituibles, *Legis*, Página 239.

⁸⁰ Ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Del 22 de junio de 2006. Expediente: No. 11001030600020060005900, Partes: Superintendencia de Sociedades y

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo le devuelve esta competencia a los Tribunales Administrativos en el ámbito de su jurisdicción, así: “Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente en única instancia: 1 [...], 2 [...], 3. De los de definición de competencias administrativas entre entidades públicas del orden departamental, distrital o municipal o entre cualesquiera de ellas cuando estén comprendidas en el territorio de su jurisdicción”. (Numeral 3° del artículo 151 del CPA).

d. La pérdida de investidura de congresistas le compete al Consejo de Estado, esto se advierte con relación a la pérdida de investidura de Concejales de que habla el numeral 4to del artículo 131 del CCA Sin embargo, el nuevo código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo convierte este tipo de proceso de única a primera instancia y lo extiende a los diputados y a los ediles, en los siguientes términos: “Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: 1., 2., 3., 4., 5., 6., 7., 8., 9., 10., 11., 12., 13., 14., 15. De la pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles, de conformidad al procedimiento establecido en la ley. En estos eventos el fallo se proferirá por la Sala Plena del Tribunal”. (Numeral 15 del artículo 152 del CPA).

e. El numeral 8vo del artículo 131 del CCA hace referencia al recurso de insistencia, consagrado en los artículos 21 y 24 de la Ley 57 de 1985, el cual se presenta cuando la entidad pública le niega al interesado el suministro de información. Si se trata de una entidad privada no es procedente el recurso de insistencia sino la acción de tutela. En materia de jueces administrativos, de conformidad al artículo 134A, este era el único caso en que conocían en única instancia.

En lo atinente al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se prevé en el numeral 7° del artículo 151 que los Tribunales Administrativo conocen en única instancia del recurso de insistencia previsto en la primera parte del nuevo Código, cuando la autoridad que profiera o deba proferir la decisión sea del orden nacional o departamental o del Distrito Capital de Bogotá. En lo atinente al nivel nacional se debe aplicar el factor territorial. Por otro lado, cabe aclarar, que la nueva codificación asigna otro proceso en única instancia a los Jueces Administrativos en el artículo 154 del CPA

f. El numeral 9no del artículo 131 del CCA hace referencia a la expropiación consagrada en las leyes de reforma urbana. Este numeral constituye una contradicción con el artículo 71 de la Ley 388 de 1997, dado que este último refiere que el conocimiento de estos asuntos es del Tribunal Administrativo en primera instancia y no en única instancia. Consideramos que esta contradicción

Superintendencia Nacional de Salud. Asunto: Conflicto de Competencias Administrativas.

debe resolverse a favor del CCA, dado que se trata de una norma posterior (art. 39, Ley 446 de 1998), sin embargo, habrá quienes adviertan que el artículo 71 de la Ley 388 de 1997 es una norma especial, que no puede ser derogada por una norma posterior de carácter general. Así las cosas, cabe resaltar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo corrigió esta contradicción, pues asignó todos los procesos de expropiación de que tratan las leyes agrarias y por vía administrativa a los Tribunales Administrativos en primera instancia (Numerales 13 y 14 del artículo 152 del CPA).

El artículo 132 del CCA, modificado por el artículo 40 de la Ley 446 de 1998, establece la competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece la mencionada competencia en el artículo 152. De tal enumeración es pertinente realizar los siguientes comentarios:

a. El primer numeral habla de la acción de simple nulidad que, cuando se trata de entidades del orden nacional, le corresponde al Consejo de Estado. Este numeral en el nuevo Código restringe la acción de simple nulidad a los actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden departamental o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas de los citados órdenes, como ocurre con las Cámaras de Comercio. Lo que quiere decir que los Jueces administrativos conocen de las acciones de simple nulidad de los actos administrativos que se expidan del orden distrital o municipal (Numeral 1º del artículo 155 del CPA).

b. El segundo caso se refiere a cuando se trate de actos administrativos de carácter laboral, cuyo restablecimiento exceda los 100 SMLMV. (Igual o menos los jueces administrativos: Núm. 1ro, art. 134B). La cuantía se determina por la reparación del daño en lo atinente al lucro cesante en asuntos donde están involucradas prestaciones periódicas de carácter indefinido. Si no es este el caso, la cuantía se determina por la pretensión mayor, sin incluir los perjuicios morales, salvo que estos últimos constituyan la única pretensión. Es pertinente anotar en este punto que las controversias jurídicas que se susciten alrededor de contratos de trabajo, es decir, lo referente a trabajadores oficiales, se ventilan en la justicia ordinaria y no en la contenciosa. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo disminuyó el tope anotado a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Igual o menos los jueces administrativos: Núm. 2º, art. 155 del CPA).

c. En cuanto al tercero del artículo 132 del CCA y del 152 del CPA, ver el artículo 134B, núm. 3ro del CCA y el artículo 155, núm. 3ro del CPA Estas disposiciones se aplican, a título de ejemplo, al derecho administrativo sancionador diferente del poder disciplinario asignado a los funcionarios de la Procuraduría General de

la Nación, que no sea del que corresponde al Procurador General de la Nación. En este último caso, conforme a los lineamientos trazados por el nuevo Código, no se tiene en cuenta la cuantía.

d. En cuanto al numeral 4o del artículo 132 del CCA y del 152 del CPA, ver el núm. 4o del artículo 134B y el artículo 155, núm. 4to. En este caso (derecho tributario) no importa si la entidad pública que profiere el acto administrativo es del orden nacional. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo disminuyó la cuantía en estos casos a 100 SMLMV.

e. En cuanto al numeral 5to del artículo 132 del CCA., respecto a las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, este se encuentra derogado, al igual que el numeral 5º del artículo 134B, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 1107 de 2006 que atribuyó competencia a la jurisdicción contencioso administrativa para conocer de todos los contratos estatales que celebren este tipo de empresas, siempre y cuando se traten de entidades públicas o sociedades de economía mixta con un capital social de naturaleza pública superior al 50%.⁸¹

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y De lo Contencioso Administrativo cambia el panorama en esta materia, pues advierte que en materia de actos jurídicos de esta naturaleza celebrados por las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, se debe tener en cuenta el criterio de la cláusulas excepcionales para atribuir competencia a la jurisdicción en lo contencioso administrativo. Por otro lado, en lo atinente a los demás contratos estatales celebrados por entidades públicas diferentes a las prestadoras de servicios públicos domiciliarios, se mantiene el criterio orgánico que en su momento impuso la Ley 1107 de 2006 que modificó en su momento el artículo 82 del CCA

f. En cuanto al numeral 6to, ver el artículo 134B, numeral 6to y el numeral 6to del artículo 154 del CPA Esto en lo atinente a las acciones de reparación directa. Se observa como novedad de la nueva codificación que se incluye la responsabilidad en lo atinente a la acción u omisión de los agentes judiciales, aunque es menester recordar que lo que en realidad genera responsabilidad en estos aspectos es la operación administrativa que materializa los efectos jurídicos de las decisiones judiciales o que deviene del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia o del error jurisdiccional, así como las omisiones administrativas que se puedan configurar por estos aspectos.

⁸¹ Ver: 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.

g. En cuanto al numeral 7mo, hace referencia a títulos ejecutivos a cargo de una entidad pública que señalan una obligación a favor de un particular o de otra entidad estatal que no tenga jurisdicción coactiva (es lo contrario a la jurisdicción coactiva). Ahora bien, es pertinente advertir en este punto que el art. 5° de la Ley 1066 de 2006 trae una redacción que permitiría inferir que todas las entidades públicas poseen jurisdicción coactiva, sin embargo, dicha redacción es un poco confusa y no es el momento de comentarla. Ahora bien, el numeral 7° del artículo 152 del CPA no circunscribe los procesos ejecutivos solo a un tipo de títulos ejecutivos, por ende, es destacable que esta disposición se apertura a todos los títulos ejecutivos que se pueden hacer valer al interior de la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, esta norma es menester armonizarla con el numeral 9° del artículo 156 del CPA, es decir, el factor cuantía opera para títulos ejecutivos diferentes a las condenas impuesta por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o de las obligaciones contenidas en una conciliación aprobada por esta jurisdicción, pues en estos últimos casos será competente el juez que profirió la providencia respectiva en primera instancia.

h. En cuanto al numeral 8vo del artículo 132 del CCA, conocen por el factor subjetivo, de lo relativo a la nulidad de las elecciones de los gobernadores y diputados de asambleas departamentales (los jueces administrativos conocen, en primera instancia, de la nulidad de la elección del alcalde o de los miembros del concejo hecha en municipios que no sean capital de departamento -134ª del CCA, núm. 9°-). Y en general de la acción electoral contra elección o nombramiento del orden Departamental. De igual manera conoce de las elecciones y nombramientos nacionales del lugar donde se realicen y que no estén atribuidas expresamente al Consejo de Estado. Ejemplo: Nulidad de nombramiento de Citador de un Juzgado.

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo modifica de manera ostensible el panorama en lo atinente a la acción electoral, toda vez que, en primer lugar, no le atribuye competencia expresa de la acción electoral en contra de los gobernadores, en cuyo caso le compete a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo conocer de estos asuntos en única instancia por competencia residual. Por otro lado, los Jueces Administrativos ya no conocen de acciones electorales en contra de elecciones obtenidas por voto popular (Numeral 9° del artículo 156 del CPA), lo cual termina siendo conocido por los Tribunales y el Consejo de Estado en atención al factor objetivo naturaleza del proceso (Numeral 10° del artículo 151 del CPA y Numerales 8° y 9° del artículo 152 del CPA). Finalmente, cabe destacar que en relación con los demás nombramientos y elecciones no populares del orden nacional cuyo control no le corresponda al Consejo de Estado, se atribuye al Juez unipersonal o corporativo competente por factor territorial, dado que se tiene en cuenta el lugar donde el nombrado o elegido preste o deba prestar los servicios (Última parte del numeral 8° del artículo 152 del CPA).

i. El numeral 10° del art. 132 del C.C.A y el numeral 8° del art. 134B, son inaplicables en materia de acciones de repetición originadas en condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa o en virtud de mecanismos alternativos de solución de conflictos que finiquitan procesos dentro de esa misma jurisdicción, en virtud de lo contemplado en el artículo 7° de la Ley 678 de 2001, pues esta última es una ley posterior y especial, por ende, de la acción de repetición con ocasión de una sentencia condenatoria contencioso administrativa conoce el Juez o Tribunal que la dictó con base en la reglas de competencia, esto es, en primera instancia el Juez o Tribunal que ofició en dicha instancia en el proceso primigenio y en segunda instancia el Tribunal o la sección del Consejo de Estado, según el caso, que conoció en segunda instancia en el proceso que dio lugar a la sentencia que originó la acción de repetición. Ahora bien, sin embargo, los numerales 10° y 8° de los artículos 132 y 134B, respectivamente, del CCA, son aplicables cuando se trata de condenas impuestas por la justicia ordinaria o por tribunales de arbitramento e, incluso, provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] para determinar la competencia en acciones de repetición originadas en procesos que hayan cursado ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, basta acudir en forma exclusiva al principio de conexidad, previsto como principal en el artículo 7 (1) de la Ley 678 de 2001, sin perjuicio del criterio subjetivo de atribución de competencias que para los dignatarios con fuero legal contempla la misma Ley (7 párr. 1) y sin que se requiera establecer la cuantía de la demanda, según lo disponían los artículos 132 y 134B del CCA, antes de la entrada en vigencia de la citada ley, por cuanto la aplicación de dichos artículos en estos casos está excluida en razón de que contrarían el factor de conexidad.

No ocurre lo mismo para determinar el Juez competente en los eventos que no encuadran dentro de los presupuestos de la aludida regla de competencia, como sucede con las acciones de repetición iniciadas con base en “condenas en la jurisdicción ordinaria en materia laboral a favor de trabajadores oficiales, condenas al Estado Colombiano en tribunales de arbitramento, o en la Corte Interamericana de Derechos humanos [...]”, entre otros casos, frente a los cuales el Consejo de Estado ha dicho que deben aplicarse plenamente las reglas de competencia del Código Contencioso Administrativo,[...] ⁸²

⁸² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Héctor J. Romero Díaz, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil nueve (2009), Radicación número: 11001-03-15-000-2008-00422-00 (c), Actor: Empresa Colombiana de Vías Férreas en Liquidación.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo mantiene el factor subjetivo de competencia en relación con la acción de repetición atribuida al Consejo de Estado. Sin embargo la nueva codificación no precisa el factor de conexidad en cuanto a quien profiere la sentencia condenatoria, por ende, consideramos que la regla esbozada en el aparte jurisprudencial transcrito continuará vigente con el advenimiento de la nueva normativa (Numeral 11 del artículo 152 del CPA). Por otro lado, si la repetición se origina en una conciliación u otra forma permitida por la ley para solucionar un conflicto con el Estado; será competente el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar en que se haya resuelto el conflicto (tercer inciso del artículo 7° de la Ley 678 de 2001). En este último caso también es importante el factor cuantía.

El artículo 133 señala la competencia de los Tribunales Administrativos en segunda instancia: De esta disposición cabe hacer el siguiente comentario, el numeral 2do señalaba cuatro providencias, cuya apelación el contencioso podía conocer al interior de los procesos de jurisdicción coactiva –mandamiento de pago, sentencia de excepciones, auto aprobatorio de liquidación del crédito y el auto que decreta nulidades procesales-. (Ver el artículo 134C, Núm. 1ro respecto a jueces administrativos y el numeral 3ro. Ver también el artículo 134C, Núm. 2do referente a jueces administrativos), sin embargo, consideramos que con el advenimiento de la Ley 1066 de 2006, que unificó el procedimiento de la jurisdicción coactiva al establecido en el estatuto tributario, ya no es viable sino la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que resuelve las excepciones y ordena seguir adelante con la ejecución (artículo 835 del Estatuto Tributario), por tanto los artículos referidos en este párrafo están derogados. Sin embargo, se aclara, esta posición no es compartida por un sector de la doctrina bajo la tesis de que los regímenes especiales no fueron derogados por el artículo 5° de la Ley 1066 de 2006, tal como acontece en materia de responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000), posición que no podemos compartir porque la disposición de la Ley 1066 de 2006 se refiere en forma genérica al concepto de recaudo de caudales fiscales y en ningún momento lo excepciona a determinados ámbitos o rubros. La posición que se critica fue expuesta por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina, Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00014-00 (1882) A. Actor: Ministerio del Interior y de Justicia. Referencia: Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva por la Contraloría General de la República. Alcance de la remisión al estatuto tributario por la Ley 1066 de 2006. Bogotá, D.C. quince de diciembre de dos mil nueve. Extracto doctrinal publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2010, páginas 641 a 656.

Ahora bien, observamos que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no incluye en el artículo 153 la apelación de

actos administrativos ejecutorios que se profieran al interior del cobro coactivo, por ende, la nueva codificación oficializó la derogación que en su momento realizó el artículo 5° de la Ley 1066 de 2006 a las normas pertinentes del antiguo Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, el CPA amplió el número de actos administrativos al interior de la jurisdicción coactiva que pueden ser acusados ante la jurisdicción contenciosa, así: los actos administrativos que deciden las excepciones a favor del deudor, los que ordenan llevar adelante la ejecución y los que liquiden el crédito (Inciso primero del artículo 101 del CPA).

Los artículos 134A, 134B y 134C del CCA tratan de la competencia de los jueces administrativos. En el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo están contempladas en los artículos 154 y 155.

De estas competencias se destaca que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo le atribuye una nueva competencia en única instancia a los Jueces Administrativos en el numeral 2° del artículo 154, así: “De la nulidad y restablecimiento del derecho que carezca de cuantía, en que se controviertan sanciones disciplinarias administrativas distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio, impuestas por las autoridades municipales”.

Así mismo, el inciso segundo 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), le asigna otra competencia a los Jueces Administrativos en única instancia, esto es: la acción de simple nulidad en contra de la inscripción del Registro Único de Proponentes.

También cabe destacar que la nueva codificación le atribuye a los Jueces Administrativos en primera instancia el conocimiento de acciones de simple nulidad, cuando se trate de actos administrativos proferidos por funcionarios u organismos del orden distrital y municipal, o por las personas privadas sujetas a este régimen del mismo orden cuando cumplan funciones administrativas (Numeral 1° del artículo 155 del CPA). Un caso típico en este evento es la incoación de la acción de simple nulidad en contra de actos administrativos producidos por parte de los notarios o curadores, pues se trata de particulares que cumplen funciones administrativas en ámbitos municipales o distritales.

Así mismo cabe advertir que a la luz del nuevo código los Jueces Administrativos ya no conocen de acciones electorales en contra de elecciones populares, por ende, solo conocen de elecciones no populares y nombramientos en los términos del numeral 9° del artículo 155 del CPA

Finalmente y al igual que se esbozó en relación con los Tribunales Administrativos, los Jueces Administrativos ya no conocen en segunda instancia contra decisiones que se profieran al interior de procesos de jurisdicción coactiva, en armonía con la derogación que en su momento realizó el artículo 5° de la Ley 1066 de 2006 a la normativa pertinente del antiguo Código Contencioso Administrativo.

3. Competencia por razón del territorio

El artículo 134D del CCA, estipula la competencia por razón del territorio, asunto que es regulado en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 156: Advertiremos algunas reglas a las cuales se les debe hacer especial hincapié, así:

Se destaca el numeral primero de la antigua codificación, ya que facilitaba al administrado la posibilidad de defenderse, toda vez que si se demandaba a un particular cuando cumplía funciones administrativas o cuando la entidad pública debía repetir contra un servidor, ex servidor o agente del Estado en materia contractual, el juez competente era el del domicilio del demandado. En la nueva codificación esta regla de competencia desaparece y se circunscribe al tipo de pretensión que se plantee en la demanda, tal como se pasa a explicar.

Cuando se trate de acción de simple nulidad, la competencia se determina por el lugar donde se expidió el acto administrativo (Numeral 1° del artículo 156 del CPA). Si se trata de nulidad y restablecimiento del derecho, por el lugar donde se expidió el acto o por el domicilio del demandante, siempre y cuando la entidad demandada tenga sede en dicho lugar (Numeral 2° del artículo 156 del CPA). Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en el artículo 29 del C.G.P., donde se consagra expresamente que las reglas de competencia por razón del territorio se subordinan a las establecidas por la materia y por el valor, por ejemplo: si se trata de la simple nulidad de un acto administrativo expedido por la Corporación Regional del Quindío, al ser esta una entidad del orden nacional, el Juez competente es el Consejo de Estado y no el Tribunal Administrativo del Quindío, a pesar de que la sede territorial de dicha Corporación es el Departamento del Quindío.

Por otro lado, el literal f del numeral segundo de la disposición en comento del antiguo *Código Contencioso Administrativo*, referente a la acción de reparación directa, ofrece comentario aparte en materia de privación injusta de la libertad, porque la competencia por factor territorial se determina por el lugar donde estaba recluida la víctima o a prevención cuando el privado haya sido recluido en diferentes centros carcelarios⁸³. A esto hay que agregar que de los procesos por

⁸³ Sentencia del 20 de junio de 2000, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Expediente No. C-648, conflicto de competencias, Actor: Jhon Jaime Villa Díaz y Otros. Consejero Ponente:

error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, y privación injusta de la libertad solo conocían en primera instancia los Tribunales y en segunda el Consejo de Estado, a la luz de lo contemplado en el artículo 73 de la Ley 270 de 1996.⁸⁴

Ahora bien, con el advenimiento del nuevo *Código de Procedimiento Administrativo* y de lo Contencioso Administrativo, los asuntos referidos en el párrafo anterior vuelven a ser de competencia de los Jueces Administrativo de conformidad a la cuantía, pues el numeral 6° del artículo 155 del CPA señala que tales autoridades judiciales conocerán de los de reparación directa, *inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales*, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Por otro lado, la nueva codificación agrega, en relación con los procesos de reparación directa, la regla del domicilio o sede principal de la entidad demandada a elección del demandante (numeral 6° del artículo 156 del CPA). Es pertinente acotar que, desde nuestro punto de vista, domicilio y sede principal son dos conceptos sinónimos para los efectos de esta disposición, por tanto, la demanda puede ser presentada en el lugar de ocurrencia de la operación o hecho o en la sede principal, que al nivel nacional estaría ubicada en la mayoría de los casos en Bogotá. Si la interpretación fuere en el sentido contrario, es decir, en considerar que domicilio y residencia son dos conceptos disímiles, se llegaría al absurdo de sostener que una demanda de reparación directa podría ser impetrada en cualquier regional o seccional del país, lo que terminaría acabando con el factor territorial en estos menesteres y atentaría contra el principio de inmediación de la prueba.

En los contractuales, en el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato y si la anterior eventualidad se da en varios Departamentos, a prevención el que elija el demandante (art. 134 D, numeral 2°, literal d del CCA). Esta regla de competencia la hace extensiva la nueva codificación a los procesos ejecutivos originados en contratos estatales (Numeral 4° del artículo 156 del CPA). En los precontractuales en el lugar donde se expidió el acto.

Se advierte que en materia laboral, la competencia se determina por el último lugar donde se prestó o se debieron prestar los servicios (Literal c, del numeral 2°, del artículo 134D del CCA). Esta regla es reiterada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el numeral 3° del artículo 156.

Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁸⁴ Ver: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 110010326000200800009 oo (34985), de septiembre 9 de 2008, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo.

El literal g se refiere a temas tributarios y es determinante el lugar donde se presentó o debió presentarse la declaración o donde se realizó la liquidación. Esta regla es reiterada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el numeral 7° del artículo 156.

Ahora, en lo atinente al literal h se resalta que el Juez que debe asumir el conocimiento en materia sancionatoria es el del lugar del hecho que originó el acto sancionatorio, tal como lo explica el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en los siguientes términos:

[...] La ley 446 de 1998, puesta en vigencia por la ley 954 de 2005, tiene como propósito descongestionar la jurisdicción de lo contencioso administrativo y facilitar el acceso a la justicia. La norma según la cual el lugar donde se realizó el acto o hecho que dio origen a la sanción es determinante para fijar la competencia por razón del territorio, sin tener en cuenta el lugar donde se expidió el acto, tiene el propósito de descongestionar la jurisdicción en lo que atañe a Bogotá, que por ser la capital del país es el lugar donde tiene sede o domicilio la mayoría de las autoridades y entidades con capacidad y competencia para imponer sanciones. La ley con buen juicio, abandona el criterio simple de la expedición del acto, para indicar ahora que tanto el domicilio del actor como el lugar donde ocurrió el acto o hecho que originó la sanción es el que define la competencia del Tribunal o juez⁸⁵.

Esta regla de competencia es reiterada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el numeral 8° del artículo 156.

Ahora bien, respecto a las acciones de repetición iniciadas en virtud de condenas impuestas por jurisdicción diferente a la contencioso administrativa o por otros mecanismos alternativos de solución de conflictos autorizado por la ley para estos menesteres, la competencia se determina por el lugar donde se produjeron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas, pues se aplica la regla de competencia prevista para las acciones de reparación directa en el artículo 134 D (numeral 2, literal f) del Código Contencioso Administrativo y en el numeral 6° del artículo 156 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.⁸⁶ Así mismo, es importante aclarar que de las

⁸⁵ Auto del 1° de diciembre de 2005. Magistrado Ponente: Dr. Hugo F. Bastidas Barcéas. Exp. 05-0803- demandante: Cooperativa Norteña de Transportadores Ltda.).

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Héctor J. Romero Díaz, Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil nueve (2009), Radicación número: 11001-03-15-000-2008-00422-00 (c), Actor: Empresa Colombiana de Vías Férreas en Liquidación.

acciones de repetición que se inicien como consecuencia de condenas impuestas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o de obligaciones contenidas en una conciliación aprobada por esta jurisdicción, será competente el juez que profirió la providencia respectiva en virtud del factor de conexión que consagra los incisos 2° y 3° del artículo 7° de la Ley 678 de 2001.

Finalmente, en lo atinente a acciones ejecutivas que se deriven de condenas impuestas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o de las obligaciones contenidas en una conciliación aprobada por esta jurisdicción, será competente el juez que profirió la providencia respectiva (numeral 9° del artículo 156 del CPA). Esta regla es una novedad respecto a la anterior codificación, pues estos asuntos se atribuían en virtud del factor cuantía y el factor territorial, sin embargo, la nueva codificación establece un factor de conexión como se acaba de anotar. Es importante aclarar que si el ejecutivo se deriva de un título contractual, el Juez competente es el del lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato. Si este comprendiese varios departamentos será tribunal competente a prevención el que elija el demandante (Numeral 4° del artículo 156 del CPA). Esta misma regla de competencia debe aplicarse en relación con los laudos arbitrales dependiendo del lugar donde se ejecutó o debía ejecutarse el contrato que contenía la cláusula arbitral. En cuanto al compromiso, consideramos que la regla de competencia debe ceñirse al lugar donde operó el Tribunal de Arbitramento, pues la constitución de dicho Tribunal constituye la ejecución del contrato compromisorio. En estos últimos casos también resulta determinante el factor cuantía.

4. Competencia por razón de cuantía

El artículo 134E del CCA y el artículo 157 del CPA, consagran la competencia por razón de la cuantía: El primer inciso de la antigua codificación señalaba con claridad que en lo relacionado a lo allí dispuesto se aplicarán los numerales 1 y 2 del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil. Por tanto, en el caso de que se acumulen varias pretensiones; que, en el caso del contencioso administrativo, va de la mano con la tipología del perjuicio, es decir, perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente) o perjuicios inmateriales (perjuicio moral o perjuicio a la vida de relación); la determinación de la cuantía se fundará en el valor de la suma de todas las pretensiones acumuladas al momento de la presentación de la demanda⁸⁷, es decir, si se acumuló varios perjuicios, se suman todos los montos por concepto de indemnización y si son varias personas las que componen la parte demandante y cada una de ellas pide individualmente, se suman todos los montos de cada una de las pretensiones de todas las personas que compongan la parte demandante, empero, si se trata de varias personas que piden una indemnización

⁸⁷ El numeral 2° del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil fue modificado por el artículo 3° de la Ley 1395 de 2010. Normas que fueron derogadas por el numeral 1° del artículo 26 del Código General del Proceso.

de perjuicios en conjunto, será la suma de todos los montos indemnizatorios considerados en conjunto, la que determine la cuantía.

Ahora bien, la anterior premisa se modifica de manera sustancial con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues en el inciso segundo del artículo 157 del CPA se estipula que cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor. Aunado a esta regla, en el inciso primero de la misma disposición, se advierte que el monto por perjuicios morales no debe ser tenido en cuenta para determinar la competencia por este factor, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen. Como corolario, con el advenimiento de la nueva codificación ya no se pueden sumar todos los perjuicios reclamados, ya de manera individual ora de manera colectiva. Es menester identificar el perjuicio que constituya el monto mayor y en caso de varios perjuicios de igual naturaleza y pedidos por diferentes integrantes de la parte demandada, se escogerá uno de ellos para determinar la competencia. 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).

Es pertinente realizar un comentario al margen de la nueva disposición en lo atinente a la observancia o no de los perjuicios morales para determinar la cuantía del proceso. Esta regla surge como consecuencia de una mala práctica que venían realizando los abogados, en el sentido de “inflar” la cuantía con el objeto de alterar de manera artificial la competencia sometiéndola a sus propios caprichos. Sin embargo, consideramos que el legislador con la norma en comento se quedó corto en su intención de ponerle coto a esta mala práctica, por dos razones básicamente. En primer lugar, si se piden solo perjuicios morales se podrá evidenciar nuevamente probables cuantías salidas de tono y extravagantes con sus consecuentes alteraciones de la competencia. Pensamos que el legislador debió establecer que en estos eventos, en todo caso, la cuantía deberá tener en cuenta el límite máximo que la jurisprudencia ha reconocido en materia de “*pretium doloris*”, sin que esto sea óbice para que en el acápite de las pretensiones, se pueda solicitar un reconocimiento mayor por las circunstancias especiales que rodeen el caso. En segundo lugar, el legislador omitió referirse al daño a la vida de relación, tópico de los perjuicios inmateriales que también puede ser considerado de manera artificial en lo atinente a su indemnización y, por ende, terminar afectando la competencia de manera arbitraria. En cuanto a esta clase de perjuicio hacemos extensivos los comentarios que se acaban de realizar en este párrafo en torno a los perjuicios morales. Es importante resaltar en este punto que el nuevo

Código General del Proceso, en el inciso sexto del artículo 25, limitó la cuantía fundada en los perjuicios inmateriales a los baremos pretorianos que surgen de los criterios vigentes que arrojan las líneas jurisprudenciales⁸⁸, desafortunadamente esta premisa normativa no se aplica en el proceso contencioso administrativo, porque la materia está regulada en su integridad en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En cuanto al inciso tercero, hay que entenderlo en el sentido de que no se incluya en el libelo un acápite denominado *estimación razonada de la cuantía*, ya que, en caso de que se incluya, no desaparece el restablecimiento, simplemente el juez analiza si la estimación se hizo conforme a la ley. Ahora, es pertinente anotar que este inciso resulta atentatorio contra el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia y privilegia el formalismo sobre la sustancia, pues convierte una acción de nulidad y restablecimiento del derecho en una de simple nulidad, lo que implica un excesivo castigo por una irregularidad que podría subsanarse en virtud de un auto inadmisorio de la demanda. Esta última solución es propuesta por la doctrina colombiana a propósito de cómo se debe calcular la cuantía de los perjuicios, veamos:

De acuerdo con la estimación razonada de la cuantía que el actor debe hacer siempre en la demanda y teniendo en cuenta las reglas del artículo 20 del CPC Por eso no se justifica la regla que trae el artículo 134E en el inciso segundo, cuando dice: “en las acciones de nulidad y restablecimiento no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento”, pues en estas acciones es además un requisito de la demanda que le permitirá determinar la competencia del juez y las instancias que tendrá el proceso y si no lo tiene, habrá que inadmitirla.⁸⁹

A pesar de lo expuesto en el aparte doctrinal transcrito, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo volvió a consagrar esta regla absurda en el inciso tercero del artículo 157, la que se nos antoja inconstitucional y, por ende, los operadores judiciales deben inaplicarla a través de la excepción de inconstitucionalidad, mientras se promueve la acción de inexecuibilidad pertinente que erradique del todo dicho inciso de nuestro ordenamiento jurídico.

Por otro lado, respecto al inciso tercero del artículo 134E del CCA, en lo que tiene que ver con asuntos laborales, no se aplica lo dispuesto en el inciso primero,

⁸⁸ “Cuando se reclamen la indemnización de daños extrapatrimoniales se tendrá en cuenta, solo para efectos de determinar la competencia por razón de la cuantía, los parámetros jurisprudenciales máximos al momento de la presentación de la demanda.”

⁸⁹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., p. 146.

es decir, en la estimación razonada de la cuantía solo se puede tener en cuenta el perjuicio que se busque resarcir de carácter material en su modalidad de lucro cesante, empero, los de carácter inmaterial no pueden ser incluidos para estimar la cuantía, en virtud de la filosofía de la ley que introdujo este artículo en el Código Contencioso Administrativo, esto es, un reparto equitativo de los negocios entre Jueces y Tribunales con el objeto de contribuir en la descongestión de la jurisdicción contencioso administrativa y con el fin de hacerla más eficiente. Este punto de vista es compartido por el doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié en los siguientes términos: “Ya solo las sumas debidas por los valores que directamente consagra la ley a favor del servidor por su relación laboral, son las que pueden contribuir a formar la cuantía. De ahí que no sea admisible contabilizar el valor de los daños morales que algunos de los actores reclaman, para fijar la competencia”.⁹⁰

Sin embargo el nuevo *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* no diferencia entre acciones en el artículo que regula el factor cuantía (artículo 157 del CPA), lo que implica considerar que bajo la égida de la nueva codificación, en materia laboral y cuando no estén inmersas prestaciones periódicas de carácter indefinido, se seguirá la regla general de considerar la pretensión mayor sin incluir los perjuicios morales.

Ahora bien, en este punto y bajo la óptica del CCA, no se podrá tomar en cuenta frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados de carácter accesorio, es decir, que se deriven del lucro cesante, sin embargo, la indexación si procede como factor para determinar la cuantía, pues la pérdida del poder adquisitivo de la moneda hace parte del mismo perjuicio y no es un concepto accesorio. Por ejemplo: los intereses moratorios que se deriven de la condena son accesorios y están proscritos para estimar razonadamente la cuantía en estos casos, sin embargo, esto no es un obstáculo para incluirlos en las pretensiones de la demanda, porque, recordemos, la cuantía solo es un factor que determina competencia.

Con el advenimiento de la nueva codificación, la imposibilidad de incluir frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, solo incluye a los que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda, pues la cuantía se determina al momento de incoar el libelo, por ende, tales conceptos, en vigencia de la nueva normativa, si pueden ser tenidos en cuenta para estimar la cuantía al tiempo de la demanda (Inciso 4o del artículo 157 del CPA). Aunado a lo anterior, esta regla se extiende a todas las acciones y no solo se circunscribe a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral. Como corolario, dentro de la cuantía no se puede incluir el daño emergente futuro o el lucro cesante no consolidado, pues tales aspectos de los perjuicios materiales

⁹⁰ Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., p. 147.

solo se causan luego de impetrada la demanda. Ahora, lo accesorio es aquello que deviene del perjuicio principal, por ejemplo, el no pago oportuno del lucro cesante obviamente genera intereses remuneratorios (frutos del capital), los cuales normalmente están incluidos en las fórmulas de matemática financiera que contempla el Consejo de Estado para liquidar lucro cesante.

Por otro lado, si se trata de reclamar el pago de prestaciones periódicas de carácter indefinido, es decir, aquellas que solo se pierden con la muerte o aquellas que se causan durante una relación laboral a término indefinido, además de que no se podrán incluir multas, frutos, intereses o perjuicios accesorios como ya se explicó, en materia de estimación razonada de la cuantía, solo se incluirá hasta un máximo de tres años en que se dejó de percibir la mesada respectiva, contados desde que se causó el derecho según lo estime el libelista, hasta la presentación de la demanda o la consumación del lapso señalado, lo que ocurra primero.⁹¹ Es importante señalar en este punto que las demandas que acusan actos administrativos de retiro del servicio y que se limitan a solicitar la reparación del daño correspondiente sin solicitar reintegro alguno, no pueden ser consideradas como solicitudes que buscan el reconocimiento de prestaciones periódicas de carácter indefinido, pues el demandante pretende un pago único y no un reconocimiento por instalamentos de las prestaciones sociales y salariales correspondientes, con base en una relación laboral vigente de carácter indefinido. *A contrario sensu*, si lo que se pretende es el reintegro, la cuantía debe determinarse con base en el pago de prestaciones periódicas de carácter indefinido, siempre y cuando la relación laboral que se alega tenga este carácter.

Prácticamente la misma regla expuesta en el párrafo anterior se reitera en el inciso 5° del artículo 157 del CPA, sin embargo, a diferencia de lo que ocurría en la normativa anterior, en este caso si se pueden tomar en cuenta frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios al tiempo de la demanda. Ahora bien, en este evento solo se considera el lucro cesante pues la cuantía se refleja en el pago de prestaciones periódicas de término indefinido.

Por último, en lo relacionado con las acciones de repetición iniciadas en virtud de condenas impuestas por jurisdicción diferente a la contencioso administrativa, la cuantía de la demanda de repetición se fija por el valor total y neto de la condena impuesta al Estado más el valor de las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas, sin tomar en cuenta los intereses que se llegaren a causar.⁹²

⁹¹ No confundir esta situación con la prescripción trienal de que hablan las normas laborales, lo cual es propio del derecho prestacional periódico que se reclama y no tiene nada que ver con el factor cuantía (artículo 151 del Código Procesal del Trabajo). Esta norma señala que la prescripción se interrumpe cuando se presenta el derecho de petición, es decir, impide que el trienio interrumpido se pierda, sin embargo, en una interpretación que a nuestro modo de ver es errónea, algunos consideran que el término de prescripción se contabiliza hacia atrás, partiendo del momento en que se incoa la petición, lo cual riñe con el tenor literal de la norma referida.

⁹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Héctor J. Romero Díaz,

5. Factor de la naturaleza del sujeto

En el artículo 134 del CCA y en el párrafo del art. 33 de la Ley 446 de 1998: se consagra el factor de la naturaleza del sujeto, en donde la primera norma referida se dirige a los asuntos de conocimiento de los Tribunales Administrativos en que sea parte la Nación o una entidad del orden nacional, la competencia por razón del territorio se determina por el domicilio del demandado y la segunda disposición se refiere al caso de actos administrativos proferidos por el Consejo de Estado, donde conoce la Corte Suprema de Justicia. Este factor resulta complementado con lo contemplado en el numeral 12 del art. 128 del C.C.A en materia de acción de repetición, tal como se anotó líneas atrás. Estos artículos compaginan con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por ende, en relación con la nueva codificación no se hará comentario adicional.

Nota: Para finalizar este acápite es pertinente anotar que para un sector de la doctrina al interior del cual nos incluimos, surgió una fuerte preocupación de la manera como habían quedado diseñadas las competencias con el advenimiento de la Ley 446 de 1998, dado que, el Consejo de Estado había perdido en gran medida su carácter de órgano de cierre, dejando esta atribución en muchos casos en cabeza de los Tribunales Administrativos, lo que podría generar una disparidad de pronunciamientos con la consecuente inseguridad jurídica y vulneración del derecho a la igualdad. En este sentido se ha pronunciado el Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié en los siguientes términos:

Dichas cuantías actualizan las acciones contenciosas, pero da lugar también a una preocupación relacionada con el desplazamiento del Consejo de Estado hacia los tribunales administrativos, con un aspecto que amerita una nueva evaluación del tema: con la imposibilidad de que muchos asuntos no lleguen al Consejo de Estado, éste perderá la capacidad para ser quién unifique la jurisprudencia en estos temas, salvo que se prevea algún mecanismo para permitir su control.⁹³

Ahora bien, el párrafo primero del artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009, prevé que la ley podrá regular un mecanismo de revisión eventual en acciones ordinarias, de lo cual se intuye que el legislador responde al clamor que se deja expuesto en esta nota, clamor que se materializó en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo como se analizará en su oportunidad cuando abordemos el asunto de los recursos extraordinarios. Por otro lado, de conformidad

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil nueve (2009), Radicación número: 11001-03-15-000-2008-00422-00 (c), Actor: Empresa Colombiana de Vías Férreas en Liquidación.

⁹³ Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., p. 145.

a lo contemplado en el artículo 3° de la Ley 1395 de 2010 que modificó el numeral 2° del artículo 20 del CPC, se estableció que cuando se acumulen varias pretensiones al momento de la presentación de la demanda, se deben sumar todas ellas, lo que da vía libre al hecho de que la mayoría de las reparaciones directas y acciones contractuales se ventilen en segunda instancia ante el Consejo de Estado, lo que permite de igual manera paliar de una manera considerable la preocupación expuesta líneas atrás. Sin embargo el artículo 157 del CPA vuelve al sistema de la pretensión mayor e impide la suma de todas las pretensiones, por tanto, la solución traída por la Ley 1395 de 2010 fue efímera, máxime si tenemos en cuenta que la reciente Ley 1450 de 2011, 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).

6. Competencia en materia de Seguridad Social Integral.

Ahora bien, ofrece comentario especial el numeral cuarto (4°) del artículo 2° de la Ley 712 de 2001, el cual ha suscitado innumerables dificultades en materia de competencia, en lo relacionado con el régimen pensional, la falla del servicio médico y los Contratos a través de los cuales se administra dinero perteneciente al sistema de Seguridad Social Integral.

Debemos entender a cabalidad que significa y que comprende “El Sistema de Seguridad Social Integral”, para lo cual traemos a colación el siguiente párrafo de pronunciamiento reciente del Consejo Superior de la Judicatura, así: “Sobre la comprensión del “Sistema de Seguridad Social Integral”, el propio legislador se encargó de definirlo, establecer los principios que inspiran su prestación, sus características y su campo de aplicación, según las voces de los primeros artículos de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con los cuales, “el Sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que incorporen normativamente en el futuro.” (Ar. 1°, Inc. 2°) “y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios [...]”, definidos en la citada Ley 100/93 (art.8°)”⁹⁴.

Por otro lado, el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, establece la cobertura de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social y

⁹⁴ Bogotá, Distrito Capital, (5 de marzo de 2003), Magistrada Ponente: Leonor Perdomo Perdomo, Rad. N° 20021169-01-.

en su numeral cuarto (4°) consagra: “Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan”.

Ahora, como corolario a lo expuesto, podría pensarse que las controversias que se susciten alrededor de la prestación de servicios de salud entre las Empresas Sociales del Estado, entidades de carácter público que hacen parte del sistema de seguridad social integral (recordemos que el capítulo III de la Ley 100 de 1993, regula todo lo concerniente a las Empresas Sociales del Estado), tal como lo contempla el numeral tercero (3°) del artículo 155 de la Ley 100 de 1993 y los usuarios que resultan beneficiarios de los servicios prestados por las mencionadas entidades, sin interesar si están afiliados al régimen contributivo o al régimen subsidiado o son vinculados, basta con que sean unos simples usuarios, serían dilucidadas por la justicia ordinaria de carácter laboral.⁹⁵ Sin embargo, las acciones de reparación directa contra E.S.E'S por fallas del servicio originadas en una indebida atención médica, serán conocidas por la jurisdicción contencioso administrativa, pues el Consejo de Estado circunscribió exclusivamente la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral en lo atinente a las controversias que se susciten alrededor de los actos jurídicos que se dicten al interior del sistema de seguridad social integral (incluidos en ellos los administrativos)⁹⁶, mediante una interpretación literal del numeral 4° del artículo 2° de la Ley 712 de 2001, por ende, las controversias por falla del servicio quedan por fuera y son del resorte de la jurisdicción contenciosa, porque dicha falla se origina en hechos u operaciones administrativas, no en actos administrativos. Veamos el pronunciamiento en su parte pertinente:

⁹⁵ No se puede compartir la tesis según la cual las Empresas Sociales del Estado por el solo hecho de ser entidades públicas, se sujetan a la regla general contemplada en el artículo 82 del CCA, ya que, precisamente, esta es la regla general y como tal está sujeta a las excepciones que la misma ley consagre, como sería la dispuesta en el numeral cuarto (4°) del artículo segundo de la ley 712 de 2002. (Es por esto que la posición del Magistrado Rubén Darío Henao Orozco en providencia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, de enero 31 de 2003, Radicación 20022224 01 340, es errónea. Afortunadamente esta posición se revaluó en sentencia del 23 de abril de 2003, Magistrado Ponente Dr. Eduardo Campo Soto, Radicación 20031426 01 78–15).

⁹⁶ Aquí es menester anotar que dentro del contexto de la providencia referida, se infiere que el Consejo de Estado se refiere a los actos jurídicos como hechos jurídicos humanos o voluntarios o acontecimientos voluntarios, por ende, dentro de los mismos no están los hechos administrativos dado que son, por esencia, involuntarios, ni las operaciones administrativas, toda vez que estas son ejecutoras de la voluntad previamente plasmada en un acto jurídico, específicamente, un acto administrativo, es decir, son sus consecuencias de derecho. Esta forma de ver a los actos jurídicos es explicada por el profesor Eduardo García Máynez en los siguientes términos: “a) Clasificación de los hechos jurídicos de acuerdo con su naturaleza.–Examinados desde este ángulo, los hechos jurídicos aparecen divididos en dos grupos: naturales o causales y humanos o voluntarios. Como las denominaciones lo indican, los primeros son fenómenos de la naturaleza y los segundos acontecimientos voluntarios, a los que la ley enlaza consecuencias de derecho. Los últimos son también conocidos con el nombre de actos jurídicos.” Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, México, 2008, página 181.

Nótese como en la Ley 712, al regular la competencia de la jurisdicción del trabajo, el legislador definió las materias que le corresponde conocer atendiendo a un factor material y así estableció que la jurisdicción ordinaria laboral es la competente para conocer de los **actos jurídicos** y por lo mismo no comprende los juicios derivados de la responsabilidad extracontractual de la administración que siguen de esta suerte siendo del conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

A pesar de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, es de otro parecer, dado que considera que la Jurisdicción Laboral puede resolver casos de responsabilidad médica, toda vez que para la Corte, la competencia se deriva de la unidad del sistema de seguridad social. Por eso, aduce, considerar que quienes ejecutan las prestaciones son ajenos a él y que la competencia del juez laboral se limita a las relaciones instrumentales es contrario a la Ley 1122 de 2007. Empero, sostiene que de estos asuntos también puede conocer la jurisdicción civil, cuando se trate de medicina particular, o la contenciosa administrativa cuando se trate de entidades públicas que le prestan servicios de salud a quienes no están afiliados o vinculados al sistema.⁹⁷ Sin embargo, la posición de la Sala Laboral expuesta en este párrafo, no corresponde a la tesis unánime de la máxima corporación de la justicia ordinaria, dado que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia comparte la tesis del Consejo de Estado.⁹⁸

Por otro lado, el sistema integral de seguridad social también comprende el de pensiones, es por esta razón que a la justicia ordinaria de carácter laboral le corresponde dirimir los conflictos que se susciten con este tipo de prestaciones periódicas (reconocimientos, reliquidaciones o controversias por bonos pensionales –cuotas partes-) entre empleadores y administradoras de pensiones o entre estas últimas, salvo que se trate de aquellos asuntos exceptuados expresamente por la Ley 100 de 1993 en su artículo 279: “miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, personal civil del Ministerio de Defensa y Policía Nacional -salvo vinculación a partir del 1° de abril de 1994, vigencia de la Ley 100 de 1993- miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas, afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, Trabajadores de Empresas que estén en concordato al empezar a regir la Ley 100 de 1993 con pacto de protección de pensiones y mientras dure el concordato, Servidores públicos de la Empresa

⁹⁷ Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia 30621, enero 22 de 2008, Consejero Ponente: Eduardo López Villegas. El Consejo de Estado en réplica a este pronunciamiento expone que los principios de universalidad e integralidad que rigen al sistema de seguridad social tiene que ver con la cobertura y no alteran para nada las regulaciones especiales sobre jurisdicción. Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 17062, abril 24 de 2008, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁹⁸ Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 05001310300220020009901 de mayo 4 de 2009, Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

Colombiana de Petróleos y sus Pensionados, Pensión Gracia y la pensión a los Servidores Públicos de la Rama Judicial o del Ministerio Público regulada en la Ley 126 de 1985 -Muerte como consecuencia de homicidio durante el desempeño de su cargo y sin haber cumplido el tiempo de servicios-”. Al anterior listado se deben agregar los regímenes que se llegaren a aplicar en virtud del régimen de transición regulado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por ser anteriores al sistema de seguridad social integral.⁹⁹ Así mismo, también se deben entender incluidos aquellos eventos donde se haya reconocido pensiones antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Pues bien, no solo la Ley 100 de 1993 regula lo concerniente a pensiones, es posible que existan otros regímenes, como es el caso de los Servidores Públicos de la Rama Judicial, sin embargo, las controversias que se susciten alrededor del status pensional o del monto de las mesadas o similares se ventilan por la justicia ordinaria laboral y no por la contencioso administrativa, porque tal normativa se entiende incorporada a la de la Ley 100 y no se exceptúa como podría pensarse.

Aquí no importa si el Servidor público es un Trabajador Oficial o un Empleado Público o si es del orden central nacional o del orden descentralizado territorial o por servicios, es decir, si se trata de vinculación laboral a través de contrato de trabajo o de acto administrativo o si dicha vinculación es del orden nacional o no, porque el sistema de seguridad social integral cubre ambas modalidades de vinculación.

Ahora bien, el sistema de seguridad social integral también comprende los recursos que se destinen a la cobertura de la prestación de los servicios de salud, por tanto, las controversias jurídicas contractuales que se susciten alrededor de los mismos también serán conocidas por la justicia ordinaria de carácter laboral, pues tales negocios jurídicos estarían contemplados dentro del ámbito del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001, pues estaríamos en presencia de actos jurídicos bilaterales. Este es el caso de las controversias que se susciten entre el ente territorial departamental y las IPS, en materias relacionadas con los contratos que se celebren con ocasión del dinero adscrito al subsidio a la oferta, para atender los requerimientos del régimen subsidiado en materia de salud, situación que desaparece con la unificación del pos. Otro caso típico son las

⁹⁹ El Consejo de Estado ha señalado que dentro de las excepciones al sistema de seguridad social integral, también deben estar contemplados los regímenes de transición previstos por el artículo 36 de la ley 100 de 1993, ya que esta disposición se refiere a la aplicación de normas anteriores a su creación. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia del 30 de abril de 2003, Expediente 0581-02. Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante. De este mismo parecer es la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, tal como lo expuso en la Sentencia 27561 de septiembre 18 de 2007, Magistrado Ponente: Camilo Tarquino Gallego. Y en este mismo sentido se ha pronunciado la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia del 16 de octubre de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Angelino Lizcano Rivera, Rad. No. 110010102000200801375.

controversias que se originan por las glosas a las facturas que emiten las IPS por parte de las EPS. Así mismo, es posible también incluir dentro de este tópico los contratos de prestación de servicios que celebran las IPS con personas jurídicas privadas para prestar servicios de salud. Podría concluirse entonces que esta sería una excepción al criterio orgánico contemplado en el numeral 2° del artículo 104 del CPA

Es pertinente anotar que el numeral 4° del artículo 2° de la Ley 712 de 2001 no fue derogado por la Ley 1107 de 2006, por ende, la justicia laboral conserva su competencia para los asuntos señalados en dicha disposición.

Ahora, en relación con la materia pensional el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo alteró de manera ostensible el panorama competencial. En efecto, el numeral 4° del artículo 104 del CPA estableció la siguiente regla de competencia en lo atinente al conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: “Los relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, y la seguridad social de los mismos, cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público”.

De la anterior regla de competencia trascrita se colige que en materia de seguridad social integral la jurisdicción de lo contencioso administrativo ya no se torna en un juez de excepción, siempre y cuando se trate de una controversia pensional donde resulte involucrado un servidor público vinculado a la función pública a través de una relación legal y reglamentaria, aunado a que la entidad demandada sea una persona de derecho público administradora del régimen de seguridad social correspondiente.

E. El Ministerio Público

Puede ser demandante o sujeto procesal especial y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo y promoverá las conciliaciones extrajudiciales e intervendrá en los procedimientos contencioso administrativos en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales¹⁰⁰ (art. 127 CCA, modificado por la Ley 446 de 1998 art.35 e inciso primero del artículo 303 del CPA). Sobre la capacidad procesal que tiene el Ministerio Público, el Consejo de Estado puntualizó que conforme con el artículo 303 del CPA, el

¹⁰⁰ “[...] constituye una importante función garantista, de raigambre constitucional, fundada de la idea de proporcionar a la sociedad una permanente defensa, promoción y vigilancia de sus intereses, concretizados en el mantenimiento del orden legal, administrativo y público”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op.cit.* p. 385 y 386.

Ministerio Público mantiene la potestad de intervención en todos los procesos e incidentes contenciosos administrativos. Esta postura tiene su génesis en la Sentencia 6995 del 14 de mayo de 1993 de la Sección Tercera, según la cual la defensa de la legalidad no es del ámbito privado ni negociable. Por tanto, el agente del Ministerio Público podrá intervenir en todas las etapas del proceso, en forma independiente y no condicionada por la conducta procesal de alguna de las partes¹⁰¹.

El Procurador General de la Nación es el supremo director del Ministerio Público (art. 275 CP) y a él le corresponde designar de acuerdo con sus competencias a los procuradores delegados y judiciales ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (art. 302 del CPA). Sin embargo esta facultad del Procurador General de la Nación fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, toda vez que dichos Servidores Públicos se equiparan a los Jueces en calidades, tal como se precisa en el párrafo siguiente y estos últimos solo acceden a sus cargos en propiedad por concurso público. Como corolario, los aspirantes a agentes del ministerio público en esos menesteres deberán concursar para acceder a tales cargos¹⁰².

Tal como se advirtió en el párrafo anterior, los agente del Ministerio Público tendrán las mismas calidades, categorías, remuneración, derechos y prestaciones de los Magistrados y Jueces de mayor jerarquía ante quienes ejerzan el cargo (art. 280 CP, arts. 122 y 125 CCA y art. 301 del CPA). Esto porque los agentes del Ministerio Público al igual que los Jueces, colaboran en la administración de justicia desde su órbita, tal como lo expone la jurisprudencia de la siguiente manera:

No es por inadvertencia, ni por casualidad ni por economía de lenguaje que el constituyente menciona simultáneamente, en varias normas, para someterlos a equivalente tratamiento, a los jueces y al Ministerio Público como puede leerse por ejemplo en los artículos 159, 161 y 162, sino porque ambos jueces y fiscales, contribuyen a la administración de justicia. Es cierto que la decisión está reservada al juez pero es igualmente verdadero que las partes representadas por sus apoderados y los agentes del Ministerio Público, al cumplir cada uno en su órbita la función que le es propia, colabora a la mejor administración de justicia y ayuda al juez a discernir para que sus providencias contribuyan a asegurar lo justo, que es condición

¹⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto 08001233100020080055701 de septiembre 27 de 2012, Consejero Ponente: Enrique Gil.

¹⁰² Sentencia C- 101 del 2013, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. A través de ella se declaró inexecutable la expresión “Procurador Judicial” del numeral 2, del artículo 182 del Decreto Ley 262 de 2000, por la vulneración del artículo 280 de la Constitución Política.

para disfrutar de la libertad individual y alcanzar la paz de los pueblos. Los agentes del Ministerio Público son representantes de la sociedad, como lo son los jueces con competencias distintas pero con finalidades coincidentes, y por eso se han adoptado reglas iguales para asegurar su independencia, su dignidad y sus privilegios y prestaciones”.¹⁰³

La Ley determinará lo relativo a la estructura y al funcionamiento de la Procuraduría General de la Nación, regulará lo atinente al ingreso y concurso de méritos y al retiro del servicio, a las inhabilidades, incompatibilidades, denominación, calidades, remuneración y al régimen disciplinario de todos los funcionarios y empleados de dicho organismo (El artículo 279 de la CP, derogó el artículo 123 del CCA).

El artículo 277 de la Constitución Política establece las funciones que debe cumplir el Procurador General de la Nación y agrega, en su último inciso, que tiene atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.

Al Ministerio Público como parte que es en todos los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se le notificará personalmente el auto admisorio de la demanda, el que fije fecha para audiencia de conciliación, la sentencia proferida en primera instancia y el primer auto dictado en segunda instancia (art. 127 CCA modificado por la Ley 446 de 1998 art. 35). Las demás providencias se notificarán por estado. Es pertinente aclarar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que en el auto admisorio de la demanda se deberá disponer la notificación personal al Ministerio público (Numeral 2º del artículo 171 del CPA) y, así mismo, consagra que de la demanda se correrá traslado al Ministerio Público (Artículo 172 del CPA).

En los procesos ejecutivos se le notificará personalmente el mandamiento de pago, la sentencia y el primer auto en la segunda instancia (Inciso segundo del artículo 303 del CPA). Las demás providencias se le notificarán por estado.

Es importante acotar que no citar al Ministerio Público y como consecuencia no garantizar su comparecencia en los procesos y actuaciones procesales anotadas, es una causal de nulidad, tal como lo contempla el numeral 9º del artículo 140 del CPC y el numeral 8º del artículo 133 del C.G.P.

¹⁰³Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de febrero 27 de 1973, Consejero Ponente: Miguel Lleras Pizarro. Extracto Publicado en el Código Contencioso Administrativo de *Legis* de Hojas Sustituibles, página 236.

El artículo 127 del CCA y el artículo 303 del CPA consagran las atribuciones especiales del Ministerio Público en los procesos contencioso Administrativos, entre las cuales es pertinente comentar las siguientes:

- a.** El numeral primero hace referencia al llamamiento en garantía con fines de repetición, esto es, la vinculación al proceso contencioso del servidor público que con su conducta presuntamente dolosa o culposa, ocasionó la demanda y podría provocar una posible condena, con el objeto de que en caso de darse la misma, en el mismo proceso sea condenado a reembolsar lo pertinente.
- b.** El numeral segundo hace relación a la acción de simple nulidad.
- c.** El numeral tercero hace referencia a la acción contractual.
- d.** El numeral cuarto de la antigua codificación hacía referencia a la etapa de alegatos en los procesos contencioso administrativos, sin embargo, la nueva codificación omite señalar expresamente esta atribución, empero, consideramos que continúa ostentándola pues es sujeto procesal especial dentro de los procesos contencioso administrativos.
- e.** En cuanto al numeral cuarto, es menester advertir que se puede recurrir el auto que aprueba o imprueba la conciliación judicial por parte del Ministerio Público, empero, los intervinientes en la audiencia solo pueden aprobar o improbar el acta de forma total o parcial. Otro tanto se puede mencionar en la conciliación extrajudicial, habida cuenta que el Ministerio público al suscribir el acta respectiva solo da fe de que se celebró la diligencia sin que necesariamente este de acuerdo con su contenido. Ahora bien, el auto que imprueba el acuerdo conciliatorio puede ser recurrido por las partes intervinientes pero en reposición.
- f.** Como novedad la nueva codificación, en el numeral 6° del artículo 303, le atribuye al Ministerio Público la posibilidad de solicitar la aplicación de la figura de la extensión de la jurisprudencia y agrega en el párrafo de la misma disposición que en materia de conciliaciones extrajudiciales, el Ministerio Público debe verificar si sobre el asunto que se busca conciliar obra precedente de unificación y, en caso afirmativo, deberá involucrarlo en las fórmulas de arreglo, en cuyo caso, la falta de ánimo conciliatorio impondrá que se manifiesten las razones por las cuales se considera que no es aplicable la jurisprudencia unificada. Si se celebra la audiencia sin tener en cuenta la sentencia de unificación, el Juez estudiará en la aprobación si la misma se ajusta a los lineamientos de la providencia.

Las funciones del Ministerio Público en la vía jurisdiccional se ejercerán a través de la siguiente estructura:

1. Ante el Consejo de Estado, por los procuradores delegados (a partir de la Constitución del 91 esta es la denominación que adoptaron) previstos en el Decreto 2288 de 1989, art. 8º, distribuidos por el Procurador General de la Nación entre las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el volumen de los negocios (Numeral 1º del artículo 300 del CPA);
2. Ante el Tribunal Administrativo del Quindío, por un Procurador Delegado (art. 121 CCA, modificado por el Decreto 2288 de 1989, art. 8º) y ante los Jueces administrativo mínimo por otro procurador delegado, este es el caso del Departamento del Quindío donde oficia uno ante ellos (Numeral 2º del artículo 300 del CPA).

Los Agentes del Ministerio Público están sujetos a las prohibiciones e incompatibilidades previstas en la Constitución y en la Ley (art. 126, CCA), que son las consagradas en el art. 150 del C. De P.C. y en el art. 50 de la Ley 446 de 1998 (art. 161 CCA modificado D. 2304/89, Art, 36, Ley 446/98, art. 53). Así mismo se encuentran sujetos a las causales de recusación y de impedimento previstas para los magistrados del Consejo de Estado, magistrados de los Tribunales y Jueces Administrativos (art. 133 del CPA).

Los impedimentos y las recusaciones de los agentes del ministerio público: El art. 162 CCA, modificado por la Ley 446 de 1998, art. 54 y el artículo 134 del CPA, señalan la oportunidad y el trámite de los impedimentos y las recusaciones de los Procuradores Delegados, así:

El Agente del Ministerio Público en quien concurra algún motivo de impedimento deberá declararse impedido expresando la causal y los hechos en que se fundamente, mediante escrito dirigido al juez, Sala, Sección o Subsección que esté conociendo del asunto para que decida si se acepta o no el impedimento. En caso positivo, se dispondrá su reemplazo por quien le siga en orden numérico atendiendo a su especialidad. Si se tratare de agente único se solicitará a la Procuraduría General de la Nación, la designación del funcionario que lo reemplace (Inciso primero del artículo 134 del CPA).

La recusación del Agente del Ministerio Público se propondrá ante el Juez, Sala, Sección o Subsección del Tribunal o del Consejo de Estado que conozca del asunto, para que resuelva de plano, previa manifestación del recusado, sobre si acepta o no la causal y los hechos. Si se acepta la recusación, dispondrá su reemplazo por quien le siga en orden numérico atendiendo a su especialidad. Si se tratare de agente único, se solicitará a la Procuraduría General de la Nación la designación del funcionario que lo reemplace (Inciso segundo del artículo 134 del CPA).

Si el Procurador General de la Nación es separado del conocimiento, por causa de impedimento o recusación, lo reemplazará el viceprocurador (Parágrafo del artículo 134 del CPA).

F. Otras Particularidades del funcionamiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

1. Tal como se precisó líneas atrás, *el Consejo de Estado tiene un presidente y un vicepresidente*, que serán elegidos por la misma Corporación en el mes de enero, para periodo de un (1) año y podrán ser reelegidos indefinidamente. El Vicepresidente deberá reemplazar al Presidente en sus faltas temporales y deberá cumplir las demás funciones que le asigne el reglamento (Incisos primero y segundo del artículo 108 del CPA).

Cada Sala o Sección elegirá un Presidente para el periodo de un (1) año y podrá reelegirlo indefinidamente (art. 94, CCA y último inciso del artículo 108 del CPA).

El Presidente del Consejo de Estado posee las atribuciones administrativas que le señalan los artículos 7mo y 8vo del acuerdo 58 de 1999.

El orden de actuación de los Consejeros con las investiduras que venimos estudiando, es el siguiente: el Presidente, en caso de falta de este, el vicepresidente, en caso de falta de este, el Consejero más antiguo y si hubiere varios en estas condiciones, se utiliza el orden alfabético, teniendo en cuenta la letra del primer apellido.

El sistema para elegir presidente y vicepresidente (siempre en el mes de enero), sigue en la práctica, con la paridad, es decir, se turnan los miembros por cada partido político. (Presidente conservador y vicepresidente liberal, por ejemplo).

El Presidente actúa o preside en la Sala Plena, de Gobierno y de lo Contencioso Administrativo (Si pertenece a la de Consulta o Servicio Civil, presidirá también esta). Si pertenece a la de consulta, no actúa en funciones decisoriales (fallos), solo podrá actuar como moderador en las sesiones o salas.

Los Presidentes de salas, secciones o subsecciones, cumplirán las funciones del presidente del Consejo de Estado pero bajo un nivel más restringido. El inciso segundo del artículo 9º del Acuerdo 58 de 1999, dice que puede haber presidentes de las subsecciones.

2. Los Conjuceces, son particulares elegidos de una lista previamente elaborada por los despachos judiciales, tienen por finalidad reemplazar a los Consejeros o Magistrados para conocer de determinado proceso, cuando estos se encuentren impedidos para hacerlo (Impedimentos o recusaciones), o cuando se presenten empates en las Salas Plenas de lo Contencioso Administrativo de los organismos colegiados y en la Sala de Consulta y Servicio Civil (Consejo de Estado), o cuando el quórum establecido por la Ley para tomar decisiones, desaparezca (Se busca celeridad en el trámite de los procesos) arts. 99. CCA y 120 CCA e inciso primero del artículo 115 del CPA

El artículo 99 de CCA indica que para ser Conjuez se requerirán las mismas calidades que para ser Consejero de Estado o Magistrado, sin que obste el haber llegado a la edad de retiro forzoso (Inciso cuarto del artículo 115 del CPA).

La elección y el sorteo de Conjuceces se hará por la Sala de Consulta y Servicio Civil y por las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo y se regirán por lo dispuesto en el artículo 16 del decreto 1265 de 1970 (Incisos segundo y quinto del artículo 115 del CPA)

El artículo 61 de la Ley 270 de 1996 regula lo relativo a los requisitos e incompatibilidades de los Conjuceces para las Corporaciones Judiciales.

El artículo 34 de la Ley 446 de 1998 dispuso que el Código Contencioso Administrativo tuviera un artículo nuevo, del siguiente tenor:

“Artículo 99A. Posesión de Conjuceces. Designado el Conjuez, deberá tomar posesión del cargo ante el Presidente de la Sala o Sección respectiva, por una sola vez, y cuando fuere sorteado bastará la simple comunicación para que asuma sus funciones”.

Esta disposición implica que el respectivo Conjuez toma posesión del cargo por una sola vez que le sirve para todos los procesos en los que llegue a intervenir y una vez presentado el caso concreto, con la sola comunicación de su sorteo es suficiente para que empiece a actuar en el proceso respectivo.

Esta misma lógica fue acogida por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 116. Esta disposición aclara que si se modifica la integración de la sala, los nuevos Magistrados desplazarán a los conjuceces, siempre que respecto de aquellos no se les predique causal de impedimento o recusación que dé lugar al nombramiento de estos.

Los Conjucees deben ser remunerados, tal como lo consagra el artículo 61 de la Ley 270 de 1996.

Todo lo relativo al funcionamiento de los Conjucees, se regula por los códigos y por las demás leyes ordinarias vigentes y que se dicten en el futuro, tal como lo estableció la Corte Constitucional en la Sentencia C-037 de 1996. Por ende, el reglamento no puede regular lo relativo a esta figura.

3. Quórum: Existen cuatro tipos de quórum: el deliberatorio (art. 100 C.C.A y artículo 126 del CPA), que es el que se necesita para empezar a discutir los temas, este se aplica para tribunales administrativos (art. 120, CCA). Por ejemplo: son 27 Consejeros, para que haya quórum deliberatorio, se necesita 14 consejeros (art. 54, Inc. 1ro, Ley 270 de 1996 y art. 20, acuerdo 58 de 1999).

El quórum para elecciones (art. 101. CCA y artículo 127 del CPA). Aquí el voto es secreto y se hace mediante papeleta. Se depositan en una urna y dos escrutadores públicamente los cuentan (art. 45, Acuerdo 58 de 1999). El consejero puede intervenir en la elección de su reemplazo, a menos que el cargo esté vacante, por ejemplo, por muerte (art. 233, CP, los Consejeros no son reelegibles). Por ejemplo: Son 27 Consejeros, para que haya quórum, se necesita 18 Consejeros. En caso de empate en la elección, tal situación se dirimirá a través de Conjucees. Se pueden proponer procedimientos diferentes para hacer viable la votación.

En relación con la nueva codificación, el quórum en los eventos de elecciones se deja en manos del reglamento de la respectiva Corporación, lo que surge como una reacción del legislador al trámite engorroso y paquidérmico de elecciones que reinaba en la anterior normativa, donde se exigía una mayoría cualificada, asunto que implicaba un procedimiento dispendioso que se podía prolongar por tiempo considerable hasta obtener la elección del nuevo dignatario. Al dejar en manos del reglamento este acápite, la regulación es más flexible y puede ser sometida a ensayos que permitan perfeccionarla.

El Quórum para tomar decisiones es el mismo que se necesita para deliberar (art. 102. CCA, art. 128 del CPA y artículo 20 del acuerdo 58 de 1999). El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo aclara que si en la votación no se lograre la mayoría absoluta, se repetirá aquella, y si tampoco se obtuviere, se procederá al sorteo de conjucees o conjucees, según el caso, para dirimir el empate o para conseguir tal mayoría. Así mismo, dicho articulado establece como un deber el que los Magistrados acudan a las deliberaciones tendientes a adoptar decisiones y agrega que el incumplimiento sin justa causa de este deber es causal de mala conducta.

Quórum especial cuando se trate de fallar el recurso extraordinario de revisión en los casos determinados por la ley, por la Sala de lo Contencioso Administrativo (27 integrantes), - arts. 39 y 54 de la Ley 270 de 1996-. Es el caso, por ejemplo, de un proceso de carácter laboral, adelantado por una subsección de la sección segunda, donde exista sentencia ejecutoriada. Los integrantes de la Subsección se retiran de la Sala y no podrán intervenir, empero, podrán intervenir si son llamados para que expliquen la providencia. La decisión la tomará la mitad más uno del número de consejeros que quede, exceptuando a los miembros de la sección o subsección que emitió la sentencia recurrida.

4. El trámite para firmar providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto es el consagrado en los artículos 103 del CCA y 129 del CPA. La fecha de la providencia siempre será la de cuándo se tomó la decisión, así sean muchos los que hayan salvado el voto, aunque este trámite bajo la antigua codificación resultaba dispendioso (El artículo 33, del acuerdo 58 de 1999, trae las reglas para el estudio de los proyectos). Para aclarar o salvar el voto y en procura de dinamizar este trámite, el nuevo Código contempla que una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término de cinco (5) días. Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho.

5. Los artículos 104 y 105 del CCA, regulan lo relativo a los auxiliares de los Consejeros de Estado y el medio oficial de publicidad del Consejo de Estado (Anales del Consejo de Estado). El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo trata el tema de los Auxiliares de los Magistrados del Consejo de Estado en el artículo 120 del CPA. Por otro lado, la nueva normativa sustituye el medio oficial de publicidad del Consejo de Estado (Anales del Consejo de Estado) por el de Órgano oficial de divulgación del Consejo de Estado, término que resulta más laxo dado que incluye cualquier medio de divulgación necesario para realizar la publicidad de las actuaciones de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo. Agrega que para cada vigencia fiscal se deberá incluir en el presupuesto de gastos de la Nación una apropiación especial destinada a realizar la publicidad anotada (art. 121 del CPA).

6. Las Actas de las Sesiones de las Salas, Secciones y de los Tribunales son públicas (El término de reserva fue derogado para todos los efectos del artículo 110 del Código Contencioso Administrativo). La reserva de tales actas 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 son públicas. (Art, 57, incisos 1ro y 3ro, Ley 270 de 1996). Por tanto, las actas, por regla general, son públicas (art. 57, inc. 2do, Ley 270 de 1996).

7. Los Ministros, Jefes de Departamento Administrativo y los Funcionarios que se requieran, podrán concurrir a las deliberaciones del Consejo de Estado a motu proprio o por petición y de la misma manera presentar informes, cuando ejerce sus funciones consultivas, pero la votación se hace cuando se retiren (art. 111, CCA y parágrafo 2º del artículo 112 del CPA). Los conceptos se remiten al Presidente de la República o al Ministro o Jefe de Departamento Administrativo que los haya solicitado, así como a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República (art. 112, CCA y parágrafo del artículo 113 del CPA). Los conceptos que emite la Sala de Consulta y Servicio Civil son reservados y solo el Gobierno tiene la potestad de levantar la reserva (Inciso segundo del parágrafo 1º del artículo 112 del CPA).

8. Los Consejeros de Estado tendrán voz en el Congreso en la discusión de los proyectos que presente la Corporación (art. 113 CCA). El nuevo Código no señala expresamente esta facultad, sin embargo consideramos que continúa vigente en virtud del principio democrático que inspira nuestro Estado Social de Derecho.

9. Las medidas correccionales del artículo 114 del CCA, se pueden aplicar por los Tribunales Administrativos (art. 120, CCA) y por los Jueces Administrativos en atención a que hacen parte de la jurisdicción especializada. Asunto que se encuentra vigente a la luz de la nueva codificación, dado que la facultad de imponer medidas correccionales es una atribución que se otorga a todos los funcionarios que administran justicia, en virtud de lo contemplado en la Ley 270 de 1996.

10. En cuanto a la comisión para práctica de diligencias:

- El Consejo de Estado podrá comisionar a los Magistrados Auxiliares, a los Tribunales Administrativos y a los Jueces de la jurisdicción contenciosa u otras jurisdicciones para la práctica de las diligencias necesarias para el ejercicio de sus funciones e imponer las sanciones de ley en caso de demora o desobediencia (Inciso primero del artículo 117 del CPA).
- El Consejo de Estado podrá comisionar mediante exhorto directamente a los cónsules o a los agentes diplomáticos de Colombia en el país respectivo para que practiquen la diligencia, de conformidad con las leyes nacionales y la devuelvan directamente (Inciso segundo del artículo 117 del CPA)
- No podrá comisionar para la práctica de pruebas que hayan de producirse en su sede (art. 116, CCA). Sin embargo, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no distingue, lo que quiere decir que el Consejo de Estado podrá comisionar para recepcionar pruebas al interior de su sede, cuando entre en vigencia la nueva normativa.
- Lo anterior también es aplicable a los Tribunales Administrativos, conforme con el artículo 120 del CCA y a los Jueces Administrativos porque hacen

parte de la jurisdicción especializada. Aunque la nueva codificación no extiende este tema a los otros órganos de la jurisdicción especializada, lo que quiere decir que, en materia de comisión para la práctica de pruebas por parte de los Tribunales y de los Jueces, a la luz de la nueva regulación, las normas aplicables serán las especiales de la nueva normativa y en su defecto las del Código de Procedimiento Civil, o Código General del Proceso, según el caso.

- De conformidad a lo dispuesto en el artículo 32 del C. De P. C. a los alcaldes y demás funcionarios de Policía no se les puede comisionar para la receptación o práctica de pruebas (Se encuentra derogado en lo pertinente, lo dispuesto en el artículo 116 del CCA, derogación que continuará vigente cuando entre en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). Sin embargo, el nuevo Código General del Proceso dispone que dichas autoridades pueden asumir comisiones diferentes a la recepción o práctica de pruebas (Inciso tercero del artículo 38).
- En atención a que la notificación personal de las entidades públicas es especial, en el Contencioso Administrativo se puede comisionar para llevar a cabo notificaciones personales de providencias judiciales de esta naturaleza, a pesar de la derogación de tal hipótesis en el Código de Procedimiento Civil.
- En armonía con lo expuesto en estos puntos es importante señalar que se puede comisionar para la práctica de inspecciones judiciales por fuera de la sede del Despacho o la Corporación respectiva, dado que los artículos citados así lo facultan. Sin embargo, cuando entre en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las reglas relacionadas con la práctica de las inspecciones judiciales serán las especiales de la nueva regulación y las generales del Código General del Proceso, en lo atinente a Tribunales y Jueces.
- Los Magistrado Auxiliares del Consejo de Estado pueden ser comisionados para la práctica de pruebas, para adoptar decisiones relacionadas con asuntos de trámite o sustanciación y para resolver los recursos que se interpongan en relación con las mismas (Parágrafo del art. 93 de la Ley 270 de 1996, modificado por el art. 18 de la Ley 1285 de 2009.). Es importante aclarar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo deja latente la posibilidad de que los Magistrados Auxiliares puedan ser comisionados para adelantar otras diligencias necesarias para el ejercicio de sus funciones sin precisar las mismas, lo cual implica que la taxatividad competencial anotada en este punto quedó derogada por la nueva codificación (Inciso primero del artículo 117 del CPA).

11. El Consejo de Estado deberá actuar, aún en época de vacaciones, por convocatoria del Gobierno Nacional, cuando sea necesario su dictamen, por disposición de la Constitución Política. También podrá el Gobierno convocar a la Sala de Consulta y Servicio Civil, cuando a juicio de aquél las necesidades públicas lo exijan (arts. 237 numeral 3 y 189 numeral 7 CP).

12. El Consejo de Estado podrá conceder licencia a los Consejeros y a los Magistrados de los Tribunales Administrativos para separarse de sus cargos hasta por noventa (90) días en un año y designar los interinos a que haya lugar.

El Presidente del Consejo de Estado podrá conceder permiso hasta por cinco (5) días en un mes a los consejeros (art. 119 CCA).

El artículo 142 de la Ley 270 de 1996 le señala a la licencia un término máximo de tres meses. El Artículo 143 *ibídem*, indica que dichas licencias serán concedidas por la Sala de Gobierno de la Corporación nominadora, o por la entidad o funcionario que haya hecho el nombramiento.

El art. 144 *ibídem*, dice que los funcionarios y empleados de la rama judicial tienen derecho a permiso remunerado por causa justificada. Tales permisos serán concedidos por el Presidente de la Corporación a que pertenezca el Magistrado o de la cual dependa el Juez, o por el superior del empleado.

El término del permiso para los Magistrados de los Tribunales Administrativos es de cinco (5) días, conforme al artículo 119 inciso 2 del C.C.A y el de los Jueces Administrativos de tres (3) días.

13. Son causales de recusación e impedimento para los Consejeros, Magistrados y Jueces Administrativos, además de las señaladas en el artículo 141 del C.G.P., las siguientes (art. 160 CCA modificado por la Ley 446 de 1998, art. 50 y art. 130 del CPA):

a. Cuando el juez, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, Hubieren participado en la expedición del acto enjuiciado, en la formación o celebración del contrato, o en la ejecución del hecho u operación administrativa materia de la controversia. En este caso no se exige que el Juez o sus familiares hayan suscrito el acto administrativo o el contrato estatal, basta la mera participación en la actividad administrativa (Numeral 1º del artículo 130 del CPA).

b. Cuando el juez, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, hubieren intervenido en condición de árbitro, de parte o de tercero interesado, de apoderado, de testigo, de perito o de agente del Ministerio Público, en el proceso arbitral respecto de cuyo laudo se esté surtiendo el correspondiente recurso de anulación ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Numeral 2° del artículo 130 del CPA).

c. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la condición de servidores públicos en los niveles directivo, asesor o ejecutivo en una de las entidades públicas que concurren al respectivo proceso en calidad de parte o de tercero interesado (Numeral 3° del artículo 130 del CPA).

d. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, tengan la calidad de asesores o contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados vinculados al proceso, o tengan la condición de representantes legales o socios mayoritarios de una de las sociedades contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados (Numeral 4° del artículo 130 del CPA).

Es pertinente anotar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no contempló una de las causales especiales de impedimento consagradas en el antiguo Código Contencioso Administrativo. En efecto, la anterior normativa especificaba como causal de impedimento el haber conceptuado sobre el acto que se acusa, o sobre el contrato objeto del litigio (Numeral 2° del artículo 160 del CCA).

Consideramos que esta derogación tácita es afortunada dado que el Código de Procedimiento General del Proceso ya contempla una causal que evidentemente contiene el tópico que hoy nos ocupa. En efecto, el numeral 12 del artículo 141 del Código General del Proceso consagra como causal de recusación el hecho de que el juez haya dado consejo o concepto fuera de la actuación judicial sobre las cuestiones materia del proceso. Por otro lado, el legislador del Decreto 01 de 1984 no diferenció si el concepto se emitía por fuera de una actuación judicial o al interior de una actuación judicial, sin embargo, el Consejo de Estado ha señalado que las decisiones que se emiten en las providencias judiciales no pueden ser consideradas como conceptos o consejos en los términos anotados por el antiguo código, por tanto, esta falta de técnica legislativa también permite inferir el porqué de la derogación a que se hace referencia en este párrafo.

Ahora bien, es necesario hacer algunos comentarios puntuales respecto a las causales de impedimento contempladas en el artículo 141 del C.G.P. así:

- Con relación al numeral 12 del artículo 141 del Código General del Proceso, es necesario precisar que las afirmaciones que se hagan al interior de una providencia judicial no pueden ser consideradas como consejos o conceptos que configuren la causal de impedimento consagrada en el mencionado numeral, veamos:

Precisado lo anterior, dirá la Sala que el criterio que una autoridad judicial expresa o fija en sus providencias frente a determinado punto de hecho o de derecho no constituye un simple consejo o concepto, dado que mientras aquél lleva implícita una orden, éstos apenas constituyen un parecer y/o una idea que una persona puede tener sobre algo, pero que como tal no obliga, de donde se desprende que el criterio expuesto por los magistrados del Tribunal Administrativo del Quindío en el proceso de nulidad electoral a que se hizo referencia, de manera alguna puede tenerse como un consejo o un concepto en los términos a que alude la causal de impedimento invocada, pues la decisión allí adoptada envuelve carácter imperativo que en nada se asemeja a los verbos a que alude la causal del artículo 150 del estatuto procesal civil.¹⁰⁴

Así mismo, cabe anotar sobre este caso que los conceptos emitidos por Jueces con anterioridad a su desempeño judicial en ejercicio de funciones administrativas, tampoco pueden ser tenidos en cuenta como hechos que configuran esta causal, pues tales conceptos son genéricos y no se refieren solamente al caso objeto de la *litis*. Por ejemplo: la interpretación de la Oficina Jurídica de la DIAN es abstracta e independiente de la situación concreta de algún contribuyente. Su finalidad es determinar la forma en que debe entenderse una norma tributaria. En cambio, en la interpretación judicial, el operador jurídico no se limita a interpretar la norma jurídica, sino que la aplica para solucionar un caso particular y concreto.¹⁰⁵

- En lo que tiene que ver con la causal contemplada en el numeral 5° del artículo 141 del C.G.P., es pertinente anotar que las demandas presentadas por los subalternos de los Jueces, Magistrados o Consejeros de Estado, generan impedimento en caso de que se materialice la incoación del libelo en el Juzgado o la Corporación a la cual pertenece, pues serían dependientes en los términos contemplados en dicha causal. Veamos:

¹⁰⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá D.C., doce (12) de abril de dos mil cinco (2005), Radicación: 1100115000200500076 00, Referencia: Impedimento, Actor: Hugo Tabares Sánchez, Demandados: Departamento del Quindío – Asamblea Departamental–.

¹⁰⁵ Ver: Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto 25000232700020 070013901 (17180) de junio 16 de 2011, Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas.

El sentido natural y obvio de la expresión dependiente, esto es persona que sirve a otra o es subalterna de una autoridad, está probado en el expediente. El Despacho del Consejero Sustanciador solicitó certificación sobre la calidad que ostenta la demandante, señora Sarahim Londoño Londoño, a la Secretaría General del Tribunal Administrativo del Quindío. Y a este requerimiento se respondió, mediante el oficio 2.321 que tiene como anexo el Acta de posesión de la señora Sarahim, que devela su condición de empleada de carrera judicial de esa Corporación¹⁰⁶.

- En lo atinente al numeral 2º del artículo 141 del C.G.P., es necesario puntualizar que el solo hecho de conocer el proceso en instancia anterior no configura la causal de impedimento. Por ejemplo: si el negocio se conoce por el juez *ad-quem* por un recurso de apelación contra un auto emitido durante el trámite de un proceso judicial y luego dicho juez lo conoce en virtud de apelación en contra de la sentencia, este funcionario judicial no se puede declarar impedido invocando la causal que se estudia en este ítem. Así mismo, la Corte Constitucional ha señalado que la decisión de un juez en sede constitucional de tutela no condiciona su criterio en casos ordinarios, toda vez que en el primer caso el operador jurídico se ocupa de derechos fundamentales y deja por fuera otros ámbitos¹⁰⁷.

- En cuando al numeral 9º del art. 141 del C.G.P., es importante sostener que si el abogado que da lugar al impedimento sustituye el poder, desaparece la causal, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Del análisis del caso se observa que la persona frente a la cual, esgrimen los Magistrados, existir enemistad grave, ya no detenta la representación judicial de la parte actora, al haber sustituido el poder al doctor José Luis Giraldo Peláez, como se aprecia a folio 20 del expediente, en tales condiciones no se advierten situaciones que puedan afectar la independencia e imparcialidad de los magistrados impedidos, no sin antes recabar el carácter personalísimo de la causal esgrimida y la imposibilidad de trasladarla frente a las personas que de algún modo le sucedan en el juicio.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Bogotá D.C., once (11) de mayo de dos mil seis (2006), Radicación: No. 63001-23-31-0002005-01729-01, actor: Nohora Londoño Londoño y otro, Referencia: AP-1729. Impedimento de Magistrados Tribunal.

¹⁰⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-319A de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas.

¹⁰⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001/03/15/000/2003/01370/01. Actor: María Cristina Ocampo Mejía. Auto de 27 de julio de 2004. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez.

También es importante acotar en este punto que si se modifica la integración de la sala, los nuevos magistrados desplazarán a los conjuces, siempre que respecto de aquellos no se les predique causal de impedimento o recusación que dé lugar al nombramiento de estos. Por tanto, por ser esta causal de carácter personalísimo es imposible que se traslade al nuevo o los nuevos magistrados que integren la sala.

Para el trámite de los impedimentos se seguirán las siguientes reglas (art. 160 A CCA adicionado por la Ley 446 de 1998 art.51 y art. 131 del CPA):

- La recusación se propondrá por escrito ante el Juez, Magistrado o Consejero a quien se trate de separar del conocimiento del proceso, con expresión de la causa legal y de los hechos en que se fundamente, acompañando las pruebas que se pretenden hacer valer (Numeral 1º del artículo 132 del CPA).
- Cuando el recusado sea un Juez Administrativo, mediante auto expresará si acepta los hechos y la procedencia de la causal y enviará el expediente al Juez que le siga en turno para que resuelva de plano si es o no fundada la recusación; en caso positivo, asumirá el conocimiento del asunto, si lo encuentra infundado, lo devolverá para que aquel continúe el trámite. Si se trata de Juez único, remitirá el expediente al correspondiente Tribunal para que decida si la recusación es fundada, caso en el cual designará Juez AD-Hoc que lo reemplace, en caso contrario, devolverá el expediente para que el mismo Juez continúe el trámite del Proceso. También es posible que la recusación opere sobre todos los Jueces de un Circuito; en tal caso se debe nombrar un Juez AD-Hoc, si sale adelante la mencionada recusación, en caso negativo, conoce del asunto el último recusado (Numeral 2º del artículo 132 del CPA).
- Cuando el recusado sea un Consejero de Estado o Magistrado, en escrito dirigido al ponente, o a quien le siga en turno si el recusado es este, expresará si acepta o no la procedencia de la causal y los hechos en que se fundamenta, para que la Sala, Sección o Subsección resuelva de plano sobre la recusación. Si la encuentra fundada, la aceptará y solo ordenará sorteo de conjuces cuando se afecta el quórum decisorio (Numeral 3º del artículo 132 del CPA).
- Si la recusación comprende a toda la sección o subsección del Consejo de Estado o del Tribunal, se presentará ante los recusados para que manifiesten conjunta o separadamente si aceptan o no la recusación. El expediente se enviará a la sección o subsección que le siga en turno, para que decida de plano sobre la recusación, si la declara fundada, avocará el conocimiento del proceso, en caso contrario, devolverá el expediente para que la misma sección o subsección continúe el trámite del mismo (Numeral 4º del artículo 132 del CPA).

- Si la recusación comprende a todo el Tribunal Administrativo, se presentará ante los recusados para que manifiesten conjunta o separadamente si aceptan o no la recusación. El expediente se enviará a la Sección del Consejo de Estado que conoce del tema relacionado con la materia objeto de controversia, para que decida de plano. Si se declara fundada la recusación, enviará el expediente al Tribunal de origen para el sorteo de conjueces, quienes deberán conocer del asunto. En caso contrario, devolverá el expediente al referido Tribunal para que continúe su trámite. (Artículo 6° de la Ley 954 de 2005, que modificó el numeral 5° del artículo 165B del Código Contencioso Administrativo y numeral 5° del artículo 132 del CPA).
- Cuando la recusación comprenda a todos los miembros de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de la Sala de Consulta o Servicio civil del Consejo de Estado, se presentará a los recusados para que manifiesten en forma conjunta o separada si aceptan o no la recusación. Declarada la recusación por la Sala respectiva, se procederá al sorteo de Conjueces para que asuman el conocimiento del proceso, en caso contrario, la misma sala continuará el trámite del proceso (Numeral 6° del artículo 132 del CPA).

Las decisiones que se profieran durante el trámite de las recusaciones no son susceptibles de recurso alguno y tampoco se notifican (Numeral 7° del artículo 132 del CPA).

En el mismo auto mediante el cual se declare infundada la recusación, si se encontrare que la parte recusante y su apoderado han actuado con temeridad o mala fe, se les condenará solidariamente a pagar una multa, a favor del Consejo Superior de la Judicatura, de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales legales, sin perjuicio de la investigación disciplinaria a que hubiere lugar (Penúltimo inciso del artículo 132 del CPA).

La decisión en cuanto a la multa, será susceptible únicamente de reposición (Último inciso del artículo 132 del CPA).

14. Conflictos de jurisdicción y competencia: Estos conflictos se encuentran contemplados bajo un trámite especial de conformidad a lo regulado en los artículos 143, 215 y 216 del CCA y 158 y 168 del CPA, así:

a. Conflictos de competencia: Son aquellos que se presentan al interior del Contencioso Administrativo y se rigen por las siguientes reglas:

- Los conflictos de competencia serán resueltos por las respectivas secciones o subsecciones del Consejo de Estado, de acuerdo con su especialidad, de conformidad a lo dispuesto en el parágrafo del numeral primero del

artículo 37 de la Ley 270 de 1996, modificado y adicionado por el artículo 12 de la Ley 1285 de 2009. Esta Competencia es ratificada en el inciso primero del artículo 158 del CPA Los conflictos de competencia entre jueces del mismo distrito judicial o entre secciones de un mismo Tribunal Administrativo, los dirime el Tribunal Administrativo correspondiente en pleno, de conformidad a lo contemplado en la norma anotada y en lo dispuesto en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Numeral 4º del artículo 123 del CPA e inciso cuarto del artículo 158 del CPA).

- Es pertinente anotar que la incompetencia, diferente a la funcional o a la subjetiva¹⁰⁹ (esto es la referente a la investidura de las partes o a las instancias), debe ser declarada por el Juez¹¹⁰ antes de admitir la demanda, de oficio o en virtud de recurso de reposición contra el auto admisorio del libelo o de proposición de excepción de falta de competencia. En caso contrario, la irregularidad queda saneada y la competencia del proceso queda definitivamente radicada en cabeza del juez que omitió declararla. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

Cuando se trata de incompetencia diferente de la funcional, si el tribunal da curso al proceso y el demandado no propone la excepción de falta de competencia utilizando los medios que le otorga la ley, ésta queda radicada definitivamente en el Juez o Tribunal que admitió la demanda, pues ha operado una causal de saneamiento que está prevista en el artículo 144.5 CPC, aplicable al proceso, de conformidad con el artículo 165 CCA. Por tratarse de una situación procesal que es subsanable, si no se presentan en su oportunidad objeciones de la parte demandada, la ley dispone expresamente que el juez siga conociendo del proceso, no siendo procedente invocar su incompetencia en otra etapa posterior.¹¹¹

Es importante acotar que el nuevo Código General del Proceso estableció otro factor cuya incompetencia es insanable, esto es, el factor subjetivo (Inciso segundo del artículo 16 del C.G.P.).

¹⁰⁹Es decir, la incompetencia a raíz de los factores cuantía, territorio, materia y conexidad, si es saneable. Así lo contempla el inciso segundo del artículo 16 del Código General del Proceso, en los siguientes términos: “*La falta de competencia por factores distintos del subjetivo o funcional es prorrogable cuando no se reclame en tiempo, y el juez seguirá conociendo del proceso. Cuando se alegue oportunamente lo actuado conservará validez y el proceso se remitirá al juez competente*”.

¹¹⁰ Se aclara: cuando utilizamos la expresión Juez en este acápite, nos referimos al administrador de justicia tanto individual como corporativo.

¹¹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto del 21 de agosto de 2001, exp. C-744, C.P.: Ligia López Díaz.

- En el momento en que el Juez declare la incompetencia, en el mismo auto deberá ordenar la remisión del expediente a quién estime competente, providencia que es susceptible del recurso de reposición (Inciso 4to del artículo 143 del CCA, en concordancia con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 215 ibídem e inciso segundo del artículo 158 del CPA en concordancia con lo dispuesto en el artículo 168 ibídem). Lo anterior quiere decir que en el Contencioso Administrativo no hay lugar al rechazo de la demanda por incompetencia sino a la remisión de la misma al juez competente.
- Si el Juez que recibe el expediente también se considera incompetente para conocer del asunto, enviará el negocio a la sección o subsección correspondiente de la Sala de lo Contencioso Administrativo, según la naturaleza del asunto donde se presenta el conflicto, para que dirima la controversia, dándosele cumplimiento al trámite contemplado en el inciso tercero del artículo 215 del CCA o en el inciso tercero del artículo 158 del CPA, en este último evento en caso de que se aplique la nueva codificación. El auto que ordene remitir el expediente al Juez que definitivamente conocerá del asunto, no es susceptible de recurso alguno.
- Al juez, como consecuencia de la incompetencia, no le es dable declarar nulidades de ningún tipo, por tanto, las actuaciones que se surtan durante el trámite ante juez incompetente conservarán su validez, de conformidad a lo dispuesto en el último inciso del artículo 215 del CCA, en el último inciso del artículo 158 del CPA y en el artículo 16 del C.G.P. Es importante acotar que solo será nula la sentencia dictada o las actuaciones que se realicen luego de declarada la falta de competencia.
- La competencia se puede ver suspendida, como ocurre cuando se declara un impedimento y se tramita el mismo. En tal interregno el juez no tiene competencia para actuar.
- Si la competencia la asigna el superior, el inferior debe asumirla y no puede proponer conflicto alguno (art. 148 del CPC). Sin embargo, consideramos que las decisiones que emite el órgano de cierre deben generar que el artículo 148 del CPC se inaplique por inconstitucional, dado que la Carta Magna le asigna a las máximas corporaciones de cada jurisdicción la obligación de unificar la jurisprudencia.

b. Conflictos de jurisdicción: En este evento nos encontramos ante conflictos entre diferentes jurisdicciones, esto es, controversias en torno al conocimiento de asuntos en donde puede existir duda de cuál jurisdicción es la competente: la ordinaria, la contenciosa, la constitucional, la penal militar, la coactiva o una especial (indígena o de paz)¹¹². Su trámite es el siguiente:

¹¹² “Esta Corte, acogiendo doctrina del Consejo Superior de la Judicatura, ha señalado que conforme a la Constitución actual pueden ser entendidas como jurisdicciones en sentido lato: la ordinaria, la contencioso-

- La autoridad competente para dirimir este tipo de conflictos es la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura (numeral 6º del artículo 256 de la Constitución).
- Los conflictos de jurisdicción se pueden suscitar de oficio o a petición de parte, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 4to del artículo 143 del CCA que modificó el inciso primero del artículo 216 de la misma codificación, habida cuenta que la primera disposición es clara en señalar que cuando el juez detecte la falta de jurisdicción, debe remitir el expediente al juez competente sin dilación alguna y lo más rápido posible. A lo anterior se suma que el artículo 143 del CCA fue modificado por el artículo 45 de la Ley 446 de 1998, lo que lo hace una norma posterior al artículo 216 referido cuyo contenido debe adaptarse a la misma¹¹³. La nueva codificación ratifica esta tesis en el artículo 168 del CPA
- A diferencia de lo que acontece en materia de conflictos de competencia, tratándose de conflictos de jurisdicción, el asunto se puede remitir en cualquier estado del proceso, toda vez que la irregularidad nunca se sana, aunque en virtud de lo contemplado en el artículo 16 del C.G.P., ya no tiene la virtualidad suficiente de generar nulidad procesal, salvo en lo atinente a la sentencia y a las actuaciones realizadas luego de declarada la falta de jurisdicción, disposición que acoge lo expuesto por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] el competente asumirá su conocimiento, tomando como válido lo actuado, siempre y cuando sea compatible con la acción propuesta, porque aunque formalmente figuran en el ordenamiento distintas jurisdicciones (la ordinaria, la contencioso administrativa, la constitucional, etc.) para una mejor y más técnica distribución del trabajo judicial, la jurisdicción como función pública es una sola. Tan consciente de esto fue el legislador que el mismo artículo

administrativa, la constitucional, la especial (la de indígenas y jueces de paz), la coactiva y la penal militar, sin ser esta una enumeración excluyente. Sobre el particular el Consejo Superior de la Judicatura –organismo competente para resolver conflictos entre jurisdicciones– ha afirmado en este sentido: “Desde el punto de vista de la naturaleza o del tipo de relaciones reguladas normativamente, se distinguen dentro de la jurisdicción ordinaria las que se refieren a ramas o áreas del derecho como son la civil, de familia, agraria, laboral, etc., las cuales constituyen especialidades de esa determinada jurisdicción y no jurisdicciones independientes, habida cuenta de que integran una misma jurisdicción (CSJ. Sala Disciplinaria. Auto de ene. 25/93. M.P. Álvaro Echeverri Uruburo).” –Corte Constitucional, Sentencia C–227 de 30 de marzo de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2009, páginas 1138 a 1148.–

¹¹³No compartimos la tesis del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en el sentido de que solo a petición de parte se puede suscitar un conflicto entre jurisdicciones, toda vez que tal tesis sería atentatoria contra la economía procesal, porque el conflicto se puede alegar en cualquier momento procesal, lo que originaría una dilación del proceso en instancias críticas del mismo, como por ejemplo, el momento del fallo. Ver: SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, p. 609.

216 del CCA le permite a los jueces que acepten ser los competentes, luego de propuesto el conflicto, que asuman el conocimiento del proceso.¹¹⁴

Sin embargo en este tópico en particular la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido pacífica, a tal punto que ha sostenido tesis totalmente contraria a la expuesta, aplicando de manera taxativa las causales de nulidad procesal consagradas en artículo 140 del CPC, posición que en nuestra opinión no prevalece en virtud de lo contemplado en el artículo 16 del C.G.P., pues es una disposición posterior a la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, así:

El artículo 145 CPC enseña que el juez deberá declarar las nulidades insanables que observe. En efecto: el artículo 165 CCA, en materia de nulidades procesales remite a las causales señaladas en el Código de Procedimiento Civil. En el estatuto procesal civil se prevé entre otras, como causal insanable de nulidad la de falta de jurisdicción (arts. 140.1 y 144 últimos Inciso). Por lo tanto, de acuerdo con las normas citadas, le corresponde a la Sala declarar oficiosamente la nulidad de todo lo actuado por falta de jurisdicción y, en consecuencia se dispondrá la remisión del expediente a la justicia ordinaria. Lo anterior porque el Código Contencioso Administrativo dispone que en caso de falta de jurisdicción [...] mediante decisión motivada el juez ordenará remitir el expediente al competente, a la mayor brevedad posible. Para todos los efectos legales, se tendrá en cuenta la presentación inicial hecha ante la corporación o juzgado que ordena la remisión (inc. 4º art. 143).¹¹⁵

- A pesar de lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito líneas atrás, consideramos que no es posible que el Juez que remite declare la nulidad de la sentencia proferida o de lo actuado con posterioridad a la declaratoria de falta de jurisdicción, dado que si no tiene jurisdicción para tramitar y fallar el asunto, mucho menos la tiene para declarar la nulidad del proceso. Esto mismo se puede esgrimir en materia de remisión por falta de competencia.
- El juez que se declare incompetente lo remite al competente, cuya decisión no es susceptible de recurso alguno. Si el juez que recibe la actuación también se considera incompetente, remitirá la actuación al Consejo Superior de la Judicatura.

¹¹⁴Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 29 de agosto 1996, exp. 9808, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo.

¹¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 3 de agosto de 2000, exp. 18256, C.P.: María Elena Giraldo Gómez.

- El último inciso del artículo 216 del CCA se refiere al conflicto de competencia entre jurisdicciones de carácter positivo.
- El Juez que remite debe proponer en el auto remisorio el conflicto de jurisdicción o competencia, dado que, si no lo hace, corre el riesgo de que el Juez que recibe se declare incompetente y le devuelva el expediente para poder trabar el conflicto, lo cual implicaría un trámite innecesario antes del envío del negocio a la autoridad competente para que resuelva el asunto.
- Ahora bien, es necesario acotar que si un Juez Civil vincula a una entidad pública en el asunto sub iudice bajo su jurisdicción, este conserva competencia por la *perpetuatio jurisdictionis* y el fuero de atracción, por ende, no es viable que un Juez de la justicia ordinaria que conoce de un asunto, pierda la competencia por el ingreso de una entidad pública al proceso en etapas posteriores a la *litis contestatio*. Así lo ha reconocido el Consejo Superior de la Judicatura en los siguientes términos: “Ahora bien, ese fuero de atracción opera en doble vía, pues atrae a particulares hacia la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como igualmente hacia la Ordinaria Civil cuando se da lo contrario”.¹¹⁶
- Finalmente es pertinente anotar que la nueva codificación no consagra un artículo específico que reglamente el trámite en estos eventos, tal como sucedía con el antiguo CCA, lo cual lo encontramos lógico dado que el procedimiento en estos casos es ajeno a la jurisdicción contencioso administrativa.

¹¹⁶ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Bogotá D.C., diez (10) de julio de dos mil trece (2013), Magistrado Ponente: Doctor José Ovidio Claros Polanco. Radicación No.1100110102000201301413 00 / 2003 C. Aprobado según Acta No. 52 de la misma fecha.

CAPÍTULO II. EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Introducción

Los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, garantizan los principios del libre acceso a la justicia por parte de los asociados y de la prevalencia del Derecho sustancial sobre el procesal, donde queda proscrita la posibilidad de finiquitar procesos judiciales por meros formalismos, sin expedir Sentencias de Fondo y se procura, en lo posible, de evitar sentencias inhibitorias. La Corte Constitucional circunscribe los derechos que componen el contenido del acceso efectivo a la administración de justicia a lo siguiente:

(i) el derecho de acción o de promoción de la actividad jurisdiccional, el cual se concreta en la posibilidad que tiene todo sujeto de ser parte en un proceso y de utilizar los instrumentos que allí se proporcionan para plantear sus pretensiones al Estado, sea en defensa del orden jurídico o de sus intereses particulares; (ii) el derecho a que la promoción de la actividad jurisdiccional concluya con una decisión de fondo en torno a las pretensiones que han sido planteadas; (iii) el derecho a que existan procedimientos adecuados, idóneos y efectivos para la definición de las pretensiones y excepciones debatidas; (iv) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable, sin dilaciones injustificadas y con observancia de las garantías propias del debido proceso, y, entre otros, (v) el derecho a que subsistan en el orden jurídico una gama amplia y suficiente de mecanismos judiciales –acciones y recursos- para la efectiva resolución de los conflictos.¹¹⁷

Los principios consagrados en los artículos superiores citados, posibilitan dos efectos prácticos para un Estado Social de Derecho, así:

- a.** Queda proscrita toda forma de autocomposición, autotutela, o justicia por propia mano, ya que, al garantizar el libre acceso a la administración de justicia, sin trabas procesales insidiosas y violatorias de las sentencias de fondo, se logra que la rama jurisdiccional del Estado adquiera legitimidad frente al conglomerado y los asociados dejen a un lado las soluciones de hecho para dirimir sus conflictos.
- b.** Se logra armonía social, paz social y justicia social, ya que los asociados suprimen como mecanismo para solucionar sus conflictos, toda forma de violencia física o moral, accediendo a un plano más civilizado y acorde a las nuevas generaciones.¹¹⁸

¹¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime, Tratado de Derecho Administrativo cita la siguiente sentencia de la

De conformidad a lo expuesto anteriormente, es interés del orden Constitucional, del Estado colombiano, que los procesos judiciales culminen efectivamente, como deben terminar, a través de Sentencia de fondo.

En el ordenamiento jurídico colombiano se pueden establecer dos tipos de justicia desde el punto de vista de los intereses que se protegen. Esta diferenciación se hace necesario establecerla para, de esta manera, identificar los efectos jurídicos de las sentencias que se profieran en cada jurisdicción:

La Justicia Ordinaria: (No confundir con el concepto de jurisdicción ordinaria que surge como contraposición de jurisdicción especializada)

Estas Sentencias se profieren dentro de una modalidad de justicia identificada en solucionar los conflictos que se susciten entre los asociados, de manera efectiva, en procura de aplicar el ordenamiento jurídico para darle certeza a los derechos individuales (Con excepción de las que surgen como consecuencia de las acciones públicas que se ejercen ante la jurisdicción contencioso administrativa). Las sentencias emanadas de la justicia ordinaria implican una confrontación de la norma con el caso concreto y la aplicación de la misma para darle solución al conflicto.

La Justicia Constitucional: está consagrada en los artículo 116 y 239 de la Constitución Política y busca, básicamente, proteger el interés general del conglomerado social, es decir, trasciende de los intereses personales a los intereses de la colectividad. La sentencia emanada de la justicia constitucional, aunque también implica una confrontación de la norma (en este caso la constitucional) con la realidad jurídica, su contenido traza principios filosóficos y directrices que deben cumplir los diferentes estamentos sociales, para, de esta manera hacer efectivo lo dispuesto en el contrato social.

Las sentencias provenientes de la justicia constitucional, son de interés general (Con excepción de las proferidas en virtud de la acción de tutela). Surgen como consecuencia del control previo; antes de que entre en vigencia la ley; o del control posterior; luego de la entrada de su vigencia. Normalmente el mecanismo que las produce es la acción pública de inconstitucionalidad (violación directa de la Constitución), lo cual genera inexecutableidad (inejecutabilidad de la norma inconstitucional)¹¹⁹.

Corte Constitucional, la cual analiza los artículo 228 y 229 de la carta magna a los cuales venimos haciendo referencia, veamos: “[...] Los artículos 228 y 229 de la Constitución Política atribuyen a las personas el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia. Por esta vía los particulares solicitan a los jueces la protección de sus derechos, tanto de los consagrados en la Constitución como en otras normas. Este derecho se asienta sobre la concepción de un Estado Material de Derecho que por definición no agota su pretensión ordenadora en la proclamación formal de los derechos de las personas, sino que se configura a partir de su efectiva realización [...] (Corte Constitucional T 00-6, mayo 12 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.)”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 310. El paréntesis es mío.

¹¹⁹ El profesor José Gregorio Hernández Galindo, explica sobre el particular: “En el primer supuesto, que implica una identidad entre la norma inferior y la superior (constitucionalidad), la corte declara que el precepto es

Como corolario de lo anterior, consideramos que las decisiones que emanan de la Corte Constitucional como consecuencia del ejercicio de la acción pública de constitucionalidad, son superiores a las de las demás cortes (Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Consejo Superior de la Judicatura), porque trascienden lo jurídico y se inmiscuyen en lo político, lo que implica directrices o políticas de gobernabilidad. El profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa explica lo expuesto de la siguiente manera:

El compromiso institucional de la Corte Constitucional dentro de nuestro Estado de derecho emana directamente de los ingredientes finalísticos que se desprenden del preámbulo constitucional de los artículos 1º y 2º C.N., y en especial de las responsabilidades que le asigna el artículo 241 constitucional cuando le indica específicamente a la Corte Constitucional que no que se le atribuye, sino que se le confía, esto es, se le entrega en un nivel superior al de la simple atribución de funciones y competencias, y más de cercanía con el alto mundo de la responsabilidad del poder. “La guarda de la integridad y supremacía de la constitución”. Confianza que la obliga y compromete a la permanente y suprema función de garantizar la prevalencia de la Carta como norma de normas, según el artículo 4º C.N.¹²⁰

Sin embargo, a pesar del nivel de abstracción de las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional, existe una corriente contemporánea que permitiría visualizar hechos concretos en el interés específico y el propósito jurídico-político que se busca con el examen de la norma legislativa. Esto implicaría que no solamente serían directrices o pautas políticas sino verdaderas *ratio decidendi* para resolver casos posteriores en sede judicial. Veamos lo que expone la doctrina sobre este aspecto:

El carácter formal del recurso parece esconder la presencia de los mismos, pero es cada vez más claro que el recurso de constitucionalidad es utilizado, como la mayor parte de las acciones judiciales disponibles, para defender o avanzar reclamos individuales o colectivos detrás de los cuales es posible identificar un interés social concreto. El interés concreto y el propósito jurídico-político que se busca con el examen de la norma legislativa pueden, bajo una nueva teoría de la acción de inconstitucionalidad, ser considerados como

exequible (ejecutable); en la segunda hipótesis, que encierra el dictamen con fuerza jurídica en el sentido de la incompatibilidad entre el mandato subalterno y las reglas y principios fundamentales (inconstitucionalidad), el Tribunal Constitucional declara que aquél es inexequible (inejecutable), lo que significa excluir la norma afectada por el fallo del sistema jurídico, o, en otros términos, ordenar que deje de regir por atentar contra el imperio de la Constitución”. Poder y Constitución, Editorial *Legis*, Páginas 351 y 352.

¹²⁰ Tratado De Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, páginas 49 y 50.

hechos relevantes. La posición dominante, sin embargo, continúa reservando la ficción según la cual la acción de inconstitucionalidad protege siempre intereses generales y abstractos.¹²¹

Finalmente: es necesario advertir en este preámbulo que la justicia contencioso administrativa pertenece a la ordinaria, empero, esto no implica que la jurisdicción que se ocupa de dirimir los conflictos de naturaleza contencioso administrativa, no conozca de asuntos propios de la justicia constitucional, tal como es el caso de la acción de tutela o la acción de nulidad por inconstitucionalidad, empero, como se advirtió líneas atrás, el Consejo de Estado debe acoger las directrices de la Corte cuando se pronuncie por su posición como máxima garante de nuestra Constitución y controladora del poder institucional.¹²²

Como corolario del acápite introductorio que se expone, tenemos que el proceso contencioso administrativo siempre debe tender a configurar una administración de justicia material, esto es, libre de formalismos que impidan el acceso efectivo a la administración de justicia y productora de decisiones de fondo pero, en todo caso, acordes a los lineamientos que en materia constitucional disponga la Corte Constitucional como máxima garante de nuestra carta magna, sin perjuicio de las críticas que de tipo académico se puedan realizar a dichos lineamientos. Es en este sentido paradigmático que abordamos el tema del proceso contencioso administrativos en las líneas que siguen.

I. Naturaleza jurídica del proceso contencioso administrativo

A. Definición y notas características del proceso contencioso administrativo

El proceso Contencioso Administrativo se puede definir como el conjunto de actos procesales coordinados, los cuales poseen sus ritualidades propias, que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el objeto de controlar el comportamiento de la Administración Pública en procura de que este busque materializar el interés general, restablecer los derechos subjetivos de las personas y salvaguardar el orden jurídico general. Obviamente el proceso contencioso administrativo se surte a través de diferentes tipos de procedimiento de conformidad a su naturaleza¹²³.

¹²¹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, *El Derecho de los Jueces*, Segunda Edición, Editorial *Legis* y la Universidad de los Andes, 2006, pie de página 82, páginas 252 y 253.

¹²² Sin embargo, el Consejo de Estado fijó una posición que riñe con nuestro ordenamiento jurídico, en sentencia del 4 de marzo de 2003, proveniente de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, exp. 8302, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola, habida cuenta que considera que la Corte Constitucional no se puede inmiscuir en los asuntos del contencioso administrativo. Esta posición es criticable, toda vez que lo contencioso administrativo es a su vez constitucional porque se somete a nuestra carta magna y no es una rueda suelta atentatoria de nuestro sistema positivo.

¹²³ Sobre la diferencia entre proceso y procedimiento remitimos al lector a lo expuesto a propósito del proceso administrativo y su diferencia con el procedimiento administrativo.

El proceso contencioso administrativo debe cumplir con los lineamientos propios de la teoría general del proceso y de los principios consagrados en el Código General del Proceso, siempre y cuando estos últimos sean compatibles a su naturaleza jurídica. Aunado a lo anterior, en los aspectos no regulados por el Código Contencioso Administrativo, se aplica el Código General del Proceso, teniendo en cuenta que lo aplicado de esta última codificación sea compatible a la naturaleza de la primera como ya se anotó (art. 267, CCA). Esta remisión continúa vigente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como lo contempla el artículo 306. Tal naturaleza le otorga las siguientes notas características ¹²⁴:

1. Es un proceso de carácter inquisitivo en materia probatoria: Con el objeto de dilucidar si la facultad oficiosa que tiene el Juez para practicar pruebas de oficio debe obedecer a ciertos límites o, por el contrario, debe ser ilimitada en procura de obtener la verdad, es necesario en primer lugar indagar qué se entiende por esta última.

Dice la doctrina que “la verdad como propiedad de ser verdadero, no puede predicarse directamente de objetos o de hechos, sino de enunciados descriptivos o de creencias. La verdad es una propiedad de enunciados o de creencias, que tienen como función transmitir información acerca de la realidad. Este concepto de verdad es conocido con la designación de teoría de la verdad como correspondencia”. ¹²⁵

Partiendo de la anterior premisa podemos inferir que la verdad no son los hechos o los objetos en sí mismos, sino los enunciados descriptivos¹²⁶ o de creencias¹²⁷ que los hombres se plantean de ellos para fincar una realidad. Ahora bien, tales

¹²⁴ Se tendrá en cuenta lo explicado por el tratadista Carlos Betancur Jaramillo, en su obra *Derecho Procesal Administrativo*, Quinta Edición, Señal Editora, Páginas 128 a 131

¹²⁵ PEÑA AYAZO Jairo Iván, *Prueba Judicial, Análisis y Valoración*, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, página 24, 2008.

¹²⁶ Cuando se trata de percibir hechos, la fuente de los mismos son nuestros sentidos, pero a la luz de Descartes tales sentidos nos pueden engañar, como cuando no podemos distinguir la vigilia del sueño (lo que nos ocurre cuando creemos estar despiertos estando dormidos), o cuando introducimos un palo en el agua y parece quebrado, o cuando una torre me parece redonda en la lejanía y al acercarme observo que era cuadrada o cuando observo que dos personas aparentemente están peleando y en realidad están jugando o cuando degusto algo que me parece simple y en realidad esta salado, etc.

¹²⁷ Con la exposición del “símil de la caverna” a través de la cual comienza el libro VII del “Diálogo” sobre la esencia de las ideas (VII, 514a, 2–517a 7), Platón nos da un buen ejemplo de cómo la verdad compagina con las creencias de las personas, pues en dicho símil un grupo de hombres perciben el mundo real a través del reflejo que se incrusta en una pared de una caverna, y cuando uno de ellos se libera y observa directamente dicho mundo a la luz del sol, regresa y al comentarlo a los otros, estos amenazan con matarlo por “revolucionario”. Así mismo, es pertinente traer a colación al maestro Galileo Galilei, quién fue un revolucionario de su época, sostuvo la presencia de satélites alrededor de Júpiter y que la tierra era redonda, a pesar de que no le creyeron los más connotados científicos, firmemente afincados en las creencias aristotélicas. Ver: *Ámbito Jurídico*, del 14 al 27 de marzo de 2011, de Legis, página 13, opinión, fragmento Berran Russell, tomado de la perspectiva científica (1949). Madrid: Sarpe, 1983.

enunciados son expuestos al interior de un proceso judicial en la demanda y en la contestación de la demanda, en otras palabras, la argumentación discursiva sobre el acaecimiento de los hechos se le presenta al juez a través de sendos escritos.

Siguiendo con este orden de ideas, la verdad, entonces, dentro de la dinámica judicial, no es la correspondencia de los hechos con lo que realmente sucedió sino la correspondencia de los hechos con lo que se describe por parte del demandante o del demandado. Tal situación pone al juez en un interregno que no lo puede desequilibrar, es decir, él debe abordar la versión de los hechos con absoluta imparcialidad, en caso contrario, si da por sentada una de las dos verdades planteadas, sencillamente su dirección del proceso irá dirigida a sacar a flote dicha verdad. Esta es precisamente la posición que asumió el nuevo Código General del Proceso al consagrar:

Artículo 169. Prueba de oficio y a petición de parte. Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes. Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que éstos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas (Negrillas fuera de texto).

Veamos un ejemplo que nos permitirá visualizar lo expuesto en este numeral: en un proceso de reparación directa donde se plantea que la Nación –Ministerio de Defensa- Policía Nacional- es responsable de la muerte de un ciudadano durante un operativo policial, la parte demandante plantea la siguiente versión de los hechos: “el policía le disparó a pesar de que portaba un arma de juguete con la que lo amenazó”. Seguidamente la parte demandada señala lo siguiente: “el policía le disparo porque a pesar de que portaba un arma de juguete esta en apariencia era real”. Si se observa con detenimiento el caso se visualiza que ambas versiones compaginan en su esencia: “muerte a ciudadano que portaba arma de juguete por parte de un miembro de la policía”.

Ahora bien, los esfuerzos probatorios de la parte demandante estarán dispuestos en el sentido de demostrar que el arma de juguete no tenía la apariencia de una real arma de fuego y la parte demandada tendrá que realizar tales esfuerzos probatorios en el sentido contrario. Así las cosas cabe hacernos el siguiente cuestionamiento: ¿qué papel debe asumir el Juez en esta dinámica probatoria? Quienes abogan por la prueba de oficio sin ningún límite, señalarán que el juez debe practicar todas

las pruebas técnicas y demás para verificar la apariencia de tal artefacto. Por el contrario, quienes consideramos que las pruebas de oficio son excepcionales, manifestamos que el Juez debe estar atento del esfuerzo probatorio brindado por las partes y en caso de falencias en dicho esfuerzo, el proceso deberá salir adelante para quien logró demostrar el supuesto de hecho planteado en la demanda o en su contestación.

Consideramos que la respuesta debe ser así y no de otra manera porque las descripciones que se realizaron de los hechos en la demanda o en la contestación de la demanda, no corresponden a lo realmente sucedido sino a lo planteado por las partes, como ya se vio, por ende, si el Juez “ayuda probatoriamente” a alguna de las dos partes, estará prejuzgando, pues estará creyendo de antemano en la versión que una de las dos sostuvo. Piénsese por ejemplo que con relación al acontecer de los hechos cuyo ejemplo se viene abordando, las partes dejaron por fuera un evento fáctico, es decir, una situación que no fue planteada ni en la demanda ni en la contestación de la demanda y que resultaba crucial para resolver el problema jurídico. Sería el caso, por ejemplo, de que la víctima hubiera avisado con antelación al policía que portaba un arma de juguete y que, por ende, le solicitaba que no le hiciera daño y sin embargo dicho policía hubiera hecho caso omiso a tal advertencia y haya dado muerte al ciudadano. Si el Juez decidió practicar una prueba de oficio para dilucidar la apariencia del artefacto y como consecuencia concluyó que el mismo era muy similar a las armas de fuego tradicionales, absolvería a la Nación- Ministerio de Defensa-Policía Nacional-, con base en la “verdad” que le planteó el Estado y no con lo que realmente sucedió que, entre otras cosas, no lo podría abordar en el proceso porque no haría parte de la *causa petendi* señalada en el plenario y como consecuencia, no sería objeto de prueba, en caso contrario se vulneraría el debido proceso y el derecho de defensa de la persona vencida en juicio, pues su condena se sustentaría en un hecho frente al cual no tuvo oportunidad de defenderse.

En conclusión, la “verdad” que plantean las partes en un proceso judicial nunca es una verdad absoluta y el Juez no se puede prestar para inclinarse a priori en uno u otro sentido, pues estaría parcializado en detrimento de la justicia. Son las partes las que deben convencer al Juez que su versión de los hechos es la que más se acerca a la realidad y el Juez en la sentencia dilucidará lo pertinente, teniendo siempre presente que la verdad planteada en la causa petendi y que es la que se aborda en el proceso, puede no ser la que realmente sucedió en el mundo fenomenológico¹²⁸.

¹²⁸ Sobre la imposibilidad de exceder la causa petendi por parte del Juez Administrativo, la doctrina lo explica en los siguientes términos: “En la aplicación del principio *iura novit curia* el juez no puede violar el derecho de defensa de la parte demandada, permitiendo que su fallo se sustente en hechos nuevos que no fueron probados y conocidos en el proceso. Lo anterior ocurriría en los eventos en los cuales, sin haber formado parte del proceso un hecho constitutivo de falla del servicio, el juez decida que dicho hecho es el fundamento de una falla.” HENAO, Juan Carlos, Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia, Memorias de las II jornadas colombo venezolanas de derecho público, 1996, página 802.

A continuación pasamos entonces a observar bajo que parámetros deben operar las pruebas de oficio en el proceso contencioso administrativo, así:

El carácter inquisitivo en materia probatoria significa que no solo a las partes les corresponde aportar o solicitar pruebas, sino que la iniciativa probatoria también la posee el Juez Administrativo, quién tiene la facultad, en procura de lograr la verdad procesal proveniente de la *causa petendi* objeto de la controversia, de decretar las pruebas de oficio que considere pertinentes, legales y útiles¹²⁹.

A pesar de lo explicado, es menester señalar que la capacidad oficiosa que tiene el Juez para decretar pruebas en el contencioso administrativo, solo opera para dilucidar puntos oscuros o dudosos cuya presencia puede generar sentencias inhibitorias o nulidades procesales, por tanto, por ningún motivo se pueden decretar pruebas que desequilibren la balanza entre demandante y demandado porque se desnaturalizaría el equilibrio de la contienda y el administrador de justicia, operaría violentando el debido proceso de la parte vencida en juicio gracias a la “ayuda probatoria” que le brindó al vencedor¹³⁰. Por ejemplo: es perfectamente viable decretar la práctica de una prueba de oficio para dilucidar el tema de la caducidad de la acción, como sería el caso de la solicitud de que se allegue al expediente la constancia de notificación del acto administrativo acusado, cuando fue imposible aclarar el punto durante el trámite del proceso. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Acerca de este punto, aclara la Sala que en procesos contenciosos o controversiales como el presente, el juez no puede adoptar decisiones que no estén fundadas en las pruebas debidamente allegadas al proceso, ni le corresponde descargar a las partes de sus deberes probatorios, puesto que se incurriría en una violación flagrante de los artículos 174 y 177 del Código de Procedimiento Civil, así como también se estarían vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa del interviniente que resulte afectado. Si bien es cierto que el juez debe cumplir un papel activo dentro

¹²⁹ Artículo 37 del Decreto 2304 de 1989 que modificó el alcance del artículo 169 del CCA De conformidad a lo dispuesto en esta disposición, el Juez Administrativo puede decretar pruebas de oficio conjuntamente con las partes en el auto respectivo, empero, si no lo hiciere conjuntamente, lo podrá hacer al momento de fallar. Regla reiterada en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 213 del CPA

¹³⁰ En relación con los correos electrónicos, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que si los mismos carecen de firma digital, el interesado debe demostrar su autenticidad por otros medios, como el reconocimiento de la persona a quien se le atribuye. Ante la ausencia de ese reconocimiento, debe proponer un incidente de autenticidad y emprender la demostración pertinente. Agrega la máxima corporación de la justicia ordinaria que al Juez no le corresponde demostrar la autenticidad de dicho documento, pues las facultades oficiosas de los jueces no fueron previstas para suplir la inactividad de las partes. Ver: Corte Suprema de Justicia, Sentencia 11001311000520040107401 de diciembre 16 de 2010, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar.

del trámite procesal, pues a este le corresponde dirigir el proceso, no es menos cierto que debe actuar de conformidad con los límites y procedimientos señalados en la ley. De allí que no sea admisible que cada vez que alguna de las partes omita allegar al proceso las pruebas tendientes a probar los supuestos de hecho en que se fundamentan sus pretensiones o su defensa, sea el juez quien deba entrar a llenar tales vacíos o deficiencias probatorias, so pretexto de que actúa amparado bajo la facultad oficiosa que le asiste para decretar pruebas, puesto que tal prerrogativa solo puede ser ejercida cuando quieran que existan dudas o puntos oscuros respecto de un determinado tema (CCA, art. 169), lo cual, en nada exime del deber probatorio que radica en cabeza de las partes.¹³¹

Esta posición fue ratificada en reciente providencia donde el Consejo de Estado advirtió que la totalidad de las ofertas presentadas en el proceso de selección debieron ser incorporadas al plenario, toda vez que el accionante pretendía acreditar que poseía la mejor oferta, asunto que solo podía ser dilucidado mediante la comparación de esta con las demás ofertas. En este proceso se negaron las pretensiones por falta de pruebas y en ningún caso el Consejo de Estado decreto pruebas de oficio para allegar al proceso las ofertas mencionadas, veamos:

Las consecuencias de la omisión probatoria advertida en el plenario obedecen, como lo ha señalado esta sección, a lo dispuesto por el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el cual “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, norma que consagra, en estos términos, el principio de la carga de la prueba que le indica al juez cuál debe ser su decisión cuando en el proceso no se acreditan los hechos que constituyen la causa petendi de la demanda o de la defensa, según el caso. Carga de la prueba sustentada, como ha precisado la Sección, en el principio de autorresponsabilidad de las partes, que se constituye en requerimiento de conducta procesal facultativa predicable a quien le interesa sacar avante sus pretensiones y evitar una decisión desfavorable.¹³²

De los apartes jurisprudenciales se infieren algunos eventos en que procederían las pruebas de oficio en el contencioso y aunque es menester aclarar que las

¹³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente 16188. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis* de febrero de 2007, páginas 280 a 282.

¹³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 8 de febrero de 2012. Radicación 17001-23-31-000-1997-08034-01. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2012, páginas 889 a 891.

mismas pueden ser decretadas en cualquiera de las instancias en el momento procesal oportuno o antes de dictar sentencia (Incisos primero y segundo del artículo 213 del CPA), esta diferencia no implica que en el primer caso dicha potestad sea ilimitada y en el segundo no, pues, se reitera, el Juez no puede “ayudar probatoriamente” a alguna de las partes en contienda. Ahora, los eventos en que el Juez puede decretar pruebas de oficio son los siguientes:

- Cuando se está en presencia de puntos oscuros o dudosos. Ahora bien, en atención a que el artículo pertinente no nos precisa lo que debemos entender por puntos oscuros o dudosos, en nuestra opinión se trata de aquellos asuntos contemplados en el numeral 4º del artículo 37 del CPC, el cual se aplica en este punto por analogía, pues se trata de una disposición que complementa el artículo 169 del CCA o el artículo 213 del CPA, dado que tales artículos tienen una propiedad en común: la posibilidad de decretar pruebas de oficio¹³³. Los asuntos que trae a colación dicha disposición son dos: para verificar la posible ocurrencia de sentencias inhibitorias y para dilucidar nulidades procesales insanables. Por ejemplo: si se trata de establecer si en realidad el juez de segunda instancia tiene competencia para conocer del recurso de apelación, o cuando se está en presencia de un experticio técnico de elevada erudición que impide al Juez valorarlo, pero que resulta clave para fallar de fondo, a tal punto que sin su presencia no se podría adoptar una decisión a favor o en contra de las pretensiones. Así mismo, cuando se esgrime la excepción de cosa juzgada y en el expediente no obra la providencia judicial pertinente que permita establecerla. Es importante anotar que estos puntos oscuros o dudosos normalmente se detectan al momento de proferir sentencia. Por otro lado, si se equivoca el acto acusado en el libelo, este yerro no se puede subsanar con pruebas de oficio, porque es carga de la parte demandante individualizar con toda precisión el acto administrativo demandado.
- Cuando las partes despliegan todos sus esfuerzos para allegar las pruebas decretadas y sin embargo, dichas pruebas no se allegan por causas ajenas a su voluntad. Este es el evento en que las partes estuvieron pendientes durante el término probatorio que los elementos de juicio fueran allegados al expediente, a tal punto que solicitaron ampliación del término probatorio y requerimientos adicionales a las autoridades o personas obligadas a acercarlos al expediente, sin embargo, dichos elementos nunca llegaron. En este punto, las partes no se apartaron de su deber probatorio y, por ende,

¹³³ “La analogía supone que un caso que no recibe ninguna solución normativa tiene alguna propiedad común con otro caso que sí la recibe por lo que estaría justificado aplicar al primero la solución normativa prevista para este último.” UPRIMNY YEPES, Rodrigo y RODRÍGUEZ VILLABONA, Andrés Abel, Interpretación Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, página 261.

el juez está facultado para decretar de oficio dichas pruebas, dado que debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, a lo que se suma que no se está alterando la balanza, porque el Juez responde a los esfuerzos desplegados bajo la órbita del artículo 177 del CPC. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en un caso donde al momento del fallo ofició a dos entidades para obtener la prueba de existencia y representación de la entidad demandada y así fallar de fondo, dado que las pruebas aportadas en el proceso indicaban que la omisión no se debió a un descuido del demandante, sino a que era físicamente imposible obtener los documentos necesarios para demostrar dicha existencia y representación.

¹³⁴También ocurre que las entidades obligadas a expedir dictámenes médico laborales, en ocasiones no pueden aportar el experticio dentro del término probatorio o su ampliación, por el cúmulo de trabajo, situación que no se le puede endilgar a la parte petente de la prueba, en cuyo caso el juez debe incorporar de oficio el peritaje que se acerca al expediente de manera extemporánea y debe valorarlo al momento de fallar.

- Otro caso para decretar pruebas de oficio al momento de fallar es la posibilidad de decretar medios de convicción para desvirtuar las excepciones presentadas en la contestación de la demanda, pruebas que en la práctica deben ser pedidas en el escrito de alegatos dado que en materia contencioso administrativo no existe traslado de excepciones y, por ende, la contradicción de las excepciones se materializa en la etapa para alegar. Aunque también se podría pensar en presentar memoriales antes de que se decrete el periodo probatorio, en cuyo caso, el Juez podrá decretar pruebas de oficio en dicho momento, con el objeto de darle trámite a la práctica de pruebas que buscan desvirtuar las excepciones alegadas. Sin embargo, esta posibilidad de decretar pruebas de oficio en el contencioso desaparecerá cuando entre en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dado que cuando se formulen excepciones se correrá traslado de las mismas por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene y, obviamente, en dicho lapso la parte demandante podrá solicitar la práctica de pruebas pertinente para desvirtuarlas (Parágrafo 2º del artículo 175 del CPA).
- La Corte Constitucional considera que también proceden las pruebas de oficio cuando se busca amparar derechos fundamentales y proteger los bienes del Estado, cuando los Jueces conocen de procesos en los que se cuestiona su propiedad. En este último caso, por ejemplo, cuando se necesita establecer con certeza la naturaleza pública o privada del bien

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 196 de julio 15 de 2008, Magistrado Ponente: William Namén V.

objeto de prescripción, lo cual es indispensable para desvirtuar la excepción de imprescriptibilidad. Este pronunciamiento lo hizo en la Sentencia T-1013 de diciembre 7 de 2010, Magistrada Ponente: María Victoria Calle.

2. Es un proceso contradictorio: al ser un proceso de carácter jurisdiccional, la desigualdad que se presenta entre la Administración Pública y el particular en el tráfico jurídico, desaparece y ambos sujetos adquieren la connotación de partes procesales. Lo anterior quiere decir que al interior del proceso se ubican en un plano de igualdad, y aunque se trate de la acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, donde está en juego la presunción de legalidad de los actos administrativos, tal presunción solo invierte la carga de la prueba, la cual queda en cabeza del particular, empero, la administración deberá defender su legalidad, sin tener ninguna atribución o prerrogativa especial de carácter procesal.

3. Es un proceso mixto: el proceso Contencioso Administrativo a la luz del antiguo CCA era escrito, aunque se podían dar ciertos actos procesales, los cuales se caracterizaban por desarrollarse de manera oral, así se observaba cierta oralidad en la práctica de medios probatorios tales como el interrogatorio de parte, los testimonios, el reconocimiento de documentos y la inspección judicial, diligencias que se practicaban en audiencia pública. También se daba en el antiguo código esta oralidad en las audiencias que potestativamente podían conceder los Jueces, los Tribunales o el Consejo de Estado para los efectos previstos en el art. 147 del CCA (art. 28 del Decreto 2304 de 1989).

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo modifica este panorama y convierte al proceso contencioso administrativo en mixto. Esto quiere decir que las etapas procesales se ventilan a través de audiencia (audiencia inicial, audiencia de práctica de pruebas, audiencia de alegatos y sentencia), sin embargo, permanece la obligación de presentar la demanda por escrito y toda la *litis contestatio* o conformación del contradictorio continúa incólume, esto es, a través de auto admisorio, traslado de la demanda y contestación del libelo por medio del escrito, aunado a los actos procesales de reforma o adición de la demanda y vinculación de terceros.

4. No es un proceso público: A él no puede llegar cualquier persona para conocer en determinado momento o etapa los expedientes. Solo es público entonces para los funcionarios en ejercicio de sus atribuciones, para las partes contendientes, terceros intervinientes, sus apoderados y representantes, el Ministerio Público y para aquellas personas que se introduzcan al proceso como coadyuvantes, impugnantes o intervinientes adhesivos en las acciones públicas, tales como la acción de simple nulidad, la acción electoral o la acción popular

(arts. 146, 235 CCA, 24 Ley 472 de 1998 y 223, 224, 225, 226, 227 y 228 del CPA). Es necesario precisar que esta característica no implica que el proceso sea subterráneo u oscuro, es decir, se actúe a espaldas de las personas mencionadas, como sería el caso de proferir sentencias sin los debidos antecedentes y la concerniente motivación.

Ahora bien, no es válida la tesis expuesta en el sentido de que una acción pública por el solo hecho de tener tal carácter, implica el acceso al expediente respectivo por todas las personas, toda vez que en este evento en particular se confunden los conceptos de acción con proceso, habida cuenta que el hecho de que la acción sea pública significa que puede ser impetrada por cualquier persona sin que medie un interés directo, empero, en ningún caso lo anterior significa que el proceso sea público, por la sencilla razón de que la intervención de terceros implica un pronunciamiento judicial previo exigido expresamente por la ley, lo cual es lógico respecto a la administración y conservación del expediente, para evitar su deterioro y pérdida de piezas procesales, sin dejar de observar la potencial congestión en las Secretarías Judiciales, lo que implica un atentado al principio de acceso efectivo a la administración judicial por el entorpecimiento de los trámites judiciales.

5. Prevalencia del Derecho Sustancial sobre el Procesal: El Juez Administrativo siempre debe tener en cuenta que los procedimientos están dispuestos para garantizar los derechos de las personas y preservar el orden jurídico, por lo tanto, las falla procedimentales que no impliquen vulneración al debido proceso de las partes, deberán subsanarse a través de los mecanismos jurídicos del caso. Por ejemplo: No se deben rechazar demandas por indebida acumulación de pretensiones, simplemente se inadmiten y se da el término de Ley para que se corrijan o se acumulen conforme a las reglas del artículo 165 del CPA, e incluso, el Juez podrá de oficio darles el trámite que corresponda (Inciso primero del artículo 171 del CPA). De igual manera es un ejemplo de esta característica la máxima jurisprudencial de que los autos manifiestamente ilegales no atan al juez, toda vez que en virtud de la misma se puede dejar sin efectos providencias judiciales que contrarían de manera ostensible nuestro ordenamiento jurídico¹³⁵.

¹³⁵ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñónez Pinilla, Bogotá D.C., 8 de marzo de 2001, Rad. 54001-23-31-000-2001-2152-01 (2515). Actor: Aurelio Aníbal Amariles Álvarez. Ahora bien, la Corte Constitucional, en la sentencia T-1274 de diciembre 6 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, ha sido enfática en señalar que esta facultad del juez solo opera en caso de que la ilegalidad no genere ninguna duda ni margen de interpretación, aunado a que la decisión que revoca debe ser inmediata o muy cercana a la producción del auto atentatorio del ordenamiento jurídico.

El Consejo de Estado, sobre este asunto a dicho: “[...] El objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Ley Sustantiva y por consiguiente, con tal criterio han de interpretar y aplicar las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho.”¹³⁶ El art. 228 de la Constitución consagra este principio. Se advierte que solo los errores no propiciados por las partes son susceptibles de ser subsanados mediante los efectos de esta característica, en caso contrario, el derecho procesal perdería su razón de ser porque todo se volvería subsanable con detrimento de la parte que no dio lugar al error, es decir, se reitera, no se puede alterar el equilibrio procesal porque implica vulneración del debido proceso para la parte afectada. Por otro lado, si el Despacho judicial crea derechos a favor de las partes por sus propias equivocaciones, posteriormente no los puede corregir dado que afectaría el principio de confianza legítima. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en un evento donde el Secretario, en el sistema electrónico del Juzgado, dispuso que la persona contaba con 10 días para proponer excepciones contra el mandamiento de pago, lo que desconoció la norma del Código de Procedimiento Civil según la cual este término es de cinco días. Como corolario, las excepciones se presentaron extemporáneamente, no obstante, la Corte Constitucional ordenó que se tramitaran (Sentencia T-656 de 2012, M.P. Humberto Sierra Porto).

Otro caso se encuentra en lo atinente a las personas que se encuentran en condición de discapacidad, en cuyo caso no se les puede exigir el cumplimiento de términos y etapas procesales, sobre todo si afectan sus intereses y el mejoramiento de sus condiciones de vida. Así lo advirtió la Sección Segunda del Consejo De Estado, al tutelar los derechos fundamentales al acceso a la justicia y al debido proceso de un joven que sufre una incapacidad física y mental permanente por causa de una negligencia médica que se presentó al momento de su nacimiento. En este caso, el accionante, representado por su madre y su curador provisional, interpuso una acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que rechazó por extemporáneo el incidente de liquidación de la condena que esa corporación le impuso a Cajanal por la lesión cerebral que sufrió momentos después de nacer.¹³⁷

6. La Celeridad en el Proceso Contencioso Administrativo: El Juez Administrativo siempre debe tener presentes, los términos judiciales, en la medida de lo posible, intentar que los mismos se cumplan con rigurosidad, ya que la observancia de estos garantizan el debido proceso de las partes y hacen de la administración de justicia una función pública eficiente y eficaz. La Corte Constitucional ha dicho al respecto: “La Consagración de los términos judiciales

¹³⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 19 de septiembre de 1.968.

¹³⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001031500020110170200, de marzo 15 de 2012, Consejero Ponente: Victor Hernando Avarado.

por el legislador y la perentoria exigencia de su cumplimiento, tiene íntima relación con el núcleo esencial del derecho al acceso a la justicia y al debido proceso, pues la indeterminación de los términos para adelantar las actuaciones procesales o el incumplimiento de estos por las autoridades judiciales, pueden configurar una denegación de justicia o una dilación indebida o injustificada del proceso, ambas proscritas por el constituyente[...].¹³⁸

7. Es un proceso eminentemente rogado: El Juez no le puede agregar argumentos a motu proprio, a la demanda o a la contestación de la demanda en la sentencia, es decir, se debe limitar a lo solicitado o pedido por el demandante y a lo excepcionado por el demandado, sin salirse de tales linderos –mínima *petita*-¹³⁹. Los fenómenos de la *ultra petita* y *extra petita*, están proscritos en el contencioso administrativo, por ende, el juez no puede modificar la “*causa petendi*” de la demanda agregando nuevos hechos o pretensiones y le está totalmente prohibido tomar decisiones con base en tales novedades¹⁴⁰, a lo que se suma que la cosa juzgada cuando se niega la nulidad de un acto administrativo solo opera frente a lo discutido (art. 175, inc. 2º del CCA y art. 189, in 1º del CPA).

Sin embargo, se discute si en laboral administrativo se debería aplicar el “*in dubio pro operario*”, a lo que respondemos que desde nuestro punto de vista es imposible, habida cuenta que está en juego el interés general representado en los intereses de las entidades demandadas por los empleados públicos, lo que equilibra el desnivel que generaría la favorabilidad laboral. Aunado a lo anterior, los actos administrativos se presumen legales y es al demandante a quién le corresponde desvirtuar tal presunción, sea empleado público o no, por tanto, la demanda deberá contener las normas violadas y el concepto de la violación, sin que el juez administrativo pueda traer al proceso normas, disposiciones o artículos no citados expresamente en la demanda con la explicación respectiva de su concepto de violación (art. 137, No 4 del CCA y art. 162, No 4 del CPA).

¹³⁸ Corte Constitucional, Sentencia 416 septiembre 22 de 1.994, expediente 41, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell.

¹³⁹ Por ejemplo: el juzgador no podría de oficio declarar la nulidad de un acto administrativo que no fue demandado previamente, tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Y si bien es cierto que le corresponde al fallador interpretar la demanda para identificar el derecho pretendido, tal deber no puede llevar al juez a estimar como demandado un acto administrativo que no lo fue, pues estaría modificando el *petitum* de la demanda. Como lo ha reiterado esta Corporación, la jurisdicción administrativa es rogada y por ello el juez administrativo solo puede decidir sobre los actos que fueron objeto de demanda”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”, Consejera Ponente: Dolly Pedraza de Arenas. Bogotá D.C., 5 de noviembre de 1998. Radicación: 16367. Actor: Israel Díaz España. Demandado: Junta Seccional de Escalafón del Caquetá y la Junta Nacional del Escalafón Docente.

¹⁴⁰ El inciso primero del artículo 305 del CPC, el cual resulta armónico *mutatis mutandi* con el artículo 170 del CCA y el artículo 187 del CPA, consagra el principio de la congruencia de la sentencia en los siguientes términos: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.”

La razón de ser de la justicia rogada en el contencioso administrativo tiene profundos arraigos democráticos y su génesis se encuentra en el principio de la separación de los poderes públicos, pues el Juez solo debe fallar conforme al caso que se le plantea, so pena de ingresar indebidamente en los linderos del legislador o del administrador público, toda vez que, cuando el operador jurídico resuelve un asunto interpreta y, como consecuencia, crea derecho sin haber sido elegido popularmente como congresista ni ser el llamado a reglamentar la ley, por tanto solo está facultado para crear una subregla de derecho apegada a la causa *petendi* de la demanda (hechos) y su correspondiente *petitum* (pretensiones). Así la doctrina lo explica en los siguientes términos:

Esta cualidad de la jurisdicción es esencial para preservar el principio democrático y la separación de poderes. Así inevitablemente los jueces, al decidir casos, crean en ocasiones derecho, puesto que precisan el alcance de las reglas jurídicas existentes, o llenan vacíos y resuelven contradicciones del ordenamiento. Sin embargo para que esa producción incidental e intersticial de derecho por parte de los jueces no sea riesgosa para la democracia, es necesario que ella ocurra exclusivamente en el ámbito de la resolución de casos, pues si se permite que esta se desarrolle desvinculada de litigios judiciales concretos, entonces claramente la rama judicial invadiría las órbitas de actuación de los otros órganos del Estado, y en particular del legislador, en detrimento del principio democrático. Por ello, únicamente el principio general que sirvió de sustento jurídico para resolver el caso, esto es, la *ratio decidendi*, puede aspirar a convertirse en precedente vinculante, mientras que las otras opiniones incidentales, al no estar inescindiblemente ligadas al asunto planteado al juez, a lo sumo tienen un valor pedagógico y persuasivo¹⁴¹.

B. Clases de procedimientos que componen el proceso Contencioso Administrativo

El proceso Contencioso administrativo se desenvuelve a través de dos tipos de procedimientos: El procedimiento ordinario y los procedimientos especiales, veamos:

1. El procedimiento ordinario: Por esta vía se siguen, tal como lo dispone el artículo 206 del CCA (45 de Decreto 2304) y el artículo 179 del CPA, los procesos de nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y

¹⁴¹ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, Interpretación Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, página 126.

restablecimiento del derecho, reparación directa y contractuales, nulidad de laudos arbitrales y todos los demás procesos para los que no se señale un trámite especial en el código contencioso administrativo o en normas especiales, como acontece con la acción de repetición o las acciones civiles como la reivindicatoria, de pertenencia, de deslinde y amojonamiento, de división de la cosa común, etc. Es importante aclarar que en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se acudió al criterio material de competencia, por tanto, las acciones civiles ya no serán de competencia de esta jurisdicción, pues al interior de las mismas no están involucrados actos administrativos, hechos administrativo, operaciones administrativas o contratos estatales.

El procedimiento ordinario está regulado por el título XXIV del Código Contencioso Administrativo y en el Título V de la segunda parte del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los vacíos que se presenten al interior de este procedimiento se suplen por lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, empero, por ningún motivo esta codificación se puede utilizar para agregar etapas procesales al procedimiento ordinario; por eso en este tipo de procedimiento no se puede traer a colación el traslado de las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, pues se trata de una etapa procesal no contemplada en el Código Contencioso Administrativo. Ahora bien, es pertinente puntualizar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagra el traslado de las excepciones en el parágrafo 2º del artículo 175 del CPA

2. El procedimiento Especial: Algunos de los procesos que se adelantan a través de procedimientos especiales ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, son los siguientes:

- Acción de nulidad por inconstitucionalidad. (Numeral 7mo del art. 97 del CCA y artículo 184 del CPA).
- Los de definición de competencias Administrativas: (art. 33 CCA y art. 39 CPA).
- Los Procesos Electorales: Deberán someterse al trámite previsto en los arts. 223 y ss. del Código Contencioso Administrativo, con las modificaciones introducidas por las leyes 96 de 1895, 78 de 1986, 49 de 1987, 14 de 1988 y por el decreto 2304 de 1989 y la Ley 1395 de 2010 o en los artículos 275 y ss. del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
- Los de Tutela: (Decretos 2591 de 1991 y 706 de 1992). Por ejemplo, en las acciones tutela la recusación es improcedente.¹⁴²

¹⁴² Ver: Corte Constitucional, Auto, Expediente T-2483488 de julio 15 de 2010, Magistrado Ponente: Nilson Pinilla y Consejo Superior de la Judicatura, Auto, Expediente 11001101020002010001928 de julio 26 de 2010, Magistrado Ponente: María Mercedes López.

- Desinvestidura de Congresistas, Diputados, Concejales y Ediles: (Leyes 144 de 1994 y 136 del mismo año).
- De Cumplimiento: (Ley 393 de 1997).
- Procesos Ejecutivos: Los que surgen en virtud de títulos ejecutivos que emanan de la Contratación Estatal, de conciliaciones judiciales o extrajudiciales contencioso administrativas, de sentencias condenatorias proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de laudos arbitrales que surgen de contratos estatales; se tramitan a través del proceso ejecutivo singular regulado por los artículos 488 y siguientes del Código de Procedimientos Civil, sin perjuicio de las normas contempladas en el CPA, especialmente las consagradas en los artículos 297 a 299.
- Acciones Populares y de Grupo. (Ley 472 de 1998).
- Acción Especial contra decisión de Expropiación por vía Administrativa (Artículo 71 de la Ley 388 de 1.997). Para este procedimiento hay que tener en cuenta varios aspectos: Con esta acción se busca obtener la nulidad de la decisión y como consecuencia conseguir el restablecimiento del derecho lesionado o controvertir el precio indemnizatorio reconocido. Esta acción deberá interponerse dentro de los cuatro meses calendario siguiente a la ejecutoria de la respectiva decisión (inc. 1º del art. 71 de la Ley 388 de 1997). Notificado el auto admisorio de la demanda a la entidad autora de la decisión de expropiación por vía administrativa, y concluido el término de cinco (5) días para la contestación de la misma, en la cual igualmente deberán indicarse las pruebas que se solicitan, se ordenará un período probatorio que no podrá ser superior a dos (2) meses, concluido el cual y después de dar traslado común a las partes para alegar por tres días, se pronunciará sentencia (numeral 4 del artículo 71 de la Ley 388 de 1997). Contra la sentencia procederá recurso de apelación ante el honorable Consejo de Estado (numeral 5 del artículo 71 de la Ley 388 de 1997). Por consiguiente, el proceso es de dos instancias. Es importante aclarar que en este proceso la pretensión es exclusivamente la de discutir el precio indemnizatorio, si se quiere una reparación integral deberá acudir a la acción de reparación directa.
- Recurso de insistencia (Artículos 21 y 24 de la Ley 57 de 1985 y artículo 26 del CPA).
- Revisión de legalidad o constitucionalidad de acuerdos (Artículos 119 a 121 del Decreto número 1333 de 1986). La decisión que se emita al interior de este procedimiento rige hacia el futuro, tal como se colige de lo dispuesto en el último inciso del artículo 175 del CCA y segundo inciso del artículo 189 del CPA, los cuales se aplican “*mutatis mutandi*” en este trámite, a pesar de ser una disposición propia de las acciones de nulidad clásicas, porque ambos procedimientos obedecen a una misma institución: invalidez de los actos administrativos.

- Impugnación del acto administrativo que ordena una expropiación por vía judicial: (Artículos 21 a 23 de la Ley novena -9a- de 1989). Sobre este trámite es menester hacer los siguientes comentarios: El competente es el Tribunal Administrativo en única instancia (Inciso 2º del artículo 22 de la Ley 9ª de 1989). El Tribunal Administrativo deberá dictar sentencia definitiva dentro del término máximo de ocho (8) meses, contados desde la presentación de la demanda (Inciso 2º del artículo 22 de la Ley 9ª de 1989). Cómo el proceso es de única instancia no procede recurso ordinario contra la sentencia (Inciso 2º del artículo 22 de la Ley 9ª de 1989), sin embargo, consideramos que proceden los recursos extraordinarios. En este proceso, al igual de lo que sucede con la impugnación de una decisión que ordena una expropiación por vía administrativa, solo se puede discutir el precio indemnizatorio, si se quiere una reparación integral (lucro cesante, daño emergente, perjuicios morales, daño a la vida de relación o reparación “in natura”) se deberá acudir a la acción de reparación directa.
- Los de definición de competencias contencioso administrativas: (Artículo 215 del CCA y artículo 158 del CPA).
- Revisión de legalidad o constitucionalidad de Ordenanzas: (Art. 80 del Decreto Ley 1222 de 1986). Resulta interesante manifestar sobre este procedimiento, que el legislador le permite al juzgador en su juicio de constitucionalidad o legalidad, no solo circunscribirse a las disposiciones que el Gobernador señale como violadas, sino también, a cualquier otra norma de superior jerarquía que encuentre vulnerada con la ordenanza (inciso segundo del numeral 3º del artículo 80 del DL 1222 del 86). Por otro lado, la decisión que se emita al interior de este procedimiento rige hacia el futuro, tal como se colige de lo dispuesto en el último inciso del artículo 175 del CCA y el segundo inciso del artículo 189 del CPA, el cual se aplica “*mutatis mutandi*” en este trámite, a pesar de ser una disposición propia de las acciones de nulidad clásicas, porque ambos procedimientos obedecen a una misma institución: invalidez de los actos administrativos.
- Control automático de decretos reglamentarios de decretos legislativos. (Artículo 20 de la Ley 137 de 1994 y artículo 185 del CPA).

II. El procedimiento ordinario

Antes de indagar sobre la estructura del proceso contencioso administrativo ordinario, es pertinentes anotar que la remisión de que trata el artículo 267 del CCA y el artículo 306 del CPA solo se evidencia de vacíos al interior de cada etapa, por ende, los vacíos no se predicen de etapas, siendo esta la razón por la cual no se puede predicar de este proceso el traslado de las excepciones o la aplicación de la audiencia de que trata el artículo 101 del CPC Ahora bien, es importante precisar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo

Contencioso Administrativo contempla el traslado de excepciones en el párrafo 2º del artículo 175 del CPA por otro lado, un ejemplo de remisión al Código de Procedimiento Civil se encuentra consagrado en el artículo 196 del CPA, donde se consagra expresamente: “Las providencias se notificarán a las partes y demás interesados con las formalidades prescritas en este Código y en lo no previsto, de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil”.

Se adelanta a través de tres etapas de conformidad a lo contemplado en el artículo 179 del CPA y una opcional que es la segunda instancia, las cuales son:

1. La primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial.
2. La segunda, desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas.
3. La tercera, desde la terminación de la anterior, comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y culmina con la notificación de la sentencia.

A continuación analizaremos cada una de las etapas anotadas:

A. La Etapa Formativa: Litis Contestatio y audiencia inicial

Es la que perfecciona la relación jurídica procesal y está conformada por cuatro actos procesales, así:

- La admisión de la demanda: Esta se realiza a través de un auto llamado admisorio, el cual se profiere cuando la demanda reúne los requisitos que contempla la ley para su viabilidad procesal. Es de destacar que el inciso primero del artículo 171 del CPA, le ordena al Juez que le dé el trámite correspondiente a la causa respectiva, aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada. Por ejemplo: si el demandante pretende cobrar una suma de dinero a través de una acción de reparación directa, el Juez podrá reconducir el asunto en un proceso ejecutivo, siempre y cuando no haya problema de caducidad y de competencia, desde nuestra óptica. Obviamente, tales problemas deben estar superados a esta altura dado que no hubo necesidad de inadmitir y rechazar la demanda. Por otro lado, si el interesado está en desacuerdo con la conversión del procedimiento, deberá interponer recurso de reposición en contra del auto admisorio de la demanda.
- Notificaciones del Auto Admisorio de la Demanda: Debe notificársele personalmente a los funcionarios contemplados en los artículos 149 y 150 del Código Contencioso Administrativo y en el artículo 159 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (El Representante Legal o en quién él haya delegado de la entidad pública demandada o de la persona privada que ejerza funciones administrativas

–Inciso primero del artículo 199 del CPA–), como también al demandado si es una persona particular, al agente del ministerio y a los particulares u otras entidades públicas que, según la demanda o los actos acusados, puedan tener interés directo en los resultados del proceso, siempre que entre el demandante y los terceros interesados se conforme un litisconsorcio necesario por pasiva (Artículo 198 del CPA). Además de la notificación personal, se debe proceder a publicitar el auto admisorio a través de la notificación por estado¹⁴³, de esta manera se enterará el demandante de la admisión del libelo.

Es importante advertir que el inciso sexto del artículo 199 del CPA (modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012) señala que “en los procesos que se tramiten ante cualquier jurisdicción en donde sea demandada una entidad pública, deberá notificarse también a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, [...]”.

Sobre el punto de la notificación del auto admisorio de la demanda, es pertinente hacer la siguiente aclaración, en materia contencioso administrativa, la notificación personal del auto admisorio de la demanda se llevaba a cabo de conformidad a lo contemplado en el artículo 23 de la Ley 446 de 1998, es decir, mediante entrega que el notificador hacía de copia auténtica de la demanda y sus anexos, del auto admisorio y del aviso al Representante legal de la entidad pública o a un empleado en caso de falta de este. En los asuntos de orden nacional, la notificación se podía hacer ante el funcionario de mayor jerarquía que desempeñara sus funciones a nivel seccional o en su defecto a través del Gobernador o Alcalde correspondiente. Después de cinco días de realizada la anterior diligencia se entendía surtida la notificación y de todo esto se dejaba constancia en el expediente. Cuando el demandado fuere un particular se seguían los lineamientos del CPC (arts. 315 y ss.).

¹⁴³El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula el asunto de las notificaciones por estado en el artículo 201, en los siguientes términos: “Los autos no sujetos al requisito de la notificación personal se notificarán por medio de anotación en estados electrónicos para consulta en línea bajo la responsabilidad del Secretario. La inserción en el estado se hará el día siguiente al de la fecha del auto, y en ella ha de constar: 1. La identificación del proceso. 2.– Los nombres del demandante y el demandado 3.– La fecha del auto y el cuaderno en que se halla. 4.– La fecha del estado y la firma del Secretario. El estado se insertará en los medios informáticos de la Rama Judicial y permanecerá allí en calidad de medio notificador durante el respectivo día. De las notificaciones hechas por estado el Secretario dejará certificación con su firma al pie de la providencia notificada y se enviará un mensaje de datos a quienes hayan suministrado su dirección electrónica. De los estados que hayan sido fijados electrónicamente se conservará un archivo disponible para la consulta permanente en línea por cualquier interesado, por el término mínimo de diez (10) años. Cada juzgado dispondrá del número suficiente de equipos electrónicos al acceso del público para la consulta de los estados”. Esta misma normativa aclara que los autos que contengan órdenes dirigidas exclusivamente al Secretario, no requieren de notificación y al final de ellos se incluirá la orden de cúmplase (art. 204 del CPA). Así mismo cabe precisar que la nueva notificación en estados electrónicos varía en cuanto al término en relación con lo dispuesto en el artículo 321 del CPC, pues en esta última disposición se establece que el expediente permanece un día en secretaría antes de insertar la providencia en el estado, al paso que en vigencia de la nueva normativa la inserción en el estado se hace al día siguiente de la fecha del auto.

El panorama descrito en el párrafo anterior se modificó de manera ostensible en el nuevo Código Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues se optó por la notificación personal mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales que deben tener las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplen funciones públicas y el Ministerio Público que actúe ante esta jurisdicción (Artículo 197 del CPA). Es importante precisar que dicho buzón electrónico debe reposar en la página web de cada una de las entidades públicas y privadas que cumplen funciones administrativas, como de los agentes del Ministerio público delegados ante la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo, con el objeto de que el respectivo despacho judicial pueda determinarlo en línea y como consecuencia, pueda enviar el mensaje de datos pertinente. Los lineamientos que se deben seguir bajo este nuevo marco normativo son los siguientes:

a. El mensaje deberá identificar la notificación que se realiza y contener copia de la providencia a notificar. Es decir, en el mensaje de datos se debe precisar que se trata de la notificación personal del auto admisorio de la demanda y se debe acompañar el documento pertinente que contenga el auto admisorio de la demanda (Inciso tercero del artículo 199 del CPA).

b. Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador recepcione acuse de recibido o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje. El secretario hará constar este hecho en el expediente. Es importante advertir que dicha constancia debe ir acompañada del pantallazo que dé cuenta del acuse de recibido de la información remitida con fecha de su remisión, pues lo consideramos conveniente para garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de la entidad demandada (Inciso cuarto del artículo 199 del CPA). Por otro lado, se podría pensar que el acuse de recibido requiere de un mensaje de datos enviado por la entidad pública que le informe al Juzgado que ya se surtió la notificación, posición que encontramos errónea porque atentaría contra la celeridad del proceso contencioso administrativos, pues la notificación estaría en suspenso mientras se recibe la información pertinente, por ende, entendemos que basta que el secretario del Despacho o Corporación envíe el mensaje y, en caso de que no “rebote”, se materializa la presunción que se estudia. Obviamente esta presunción es desvirtuable por la entidad pública demanda. Por otro lado, en el evento de que al secretario le rebote varias veces el mensaje de datos, deberá comunicarse por cualquier medio hábil a la entidad pública para que esta supere el inconveniente y se pueda llevar a cabo la notificación.

c. En este evento, las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la secretaría a disposición del notificado, y el traslado o los términos que conceda el auto notificado solo comenzarán a correr veinticinco (25) días después de la

notificación (Inciso quinto del artículo 199 del CPA, modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012). Se infiere de esta disposición que es carga de la parte demandante acudir a la Secretaría del Despacho Judicial para retirar las copias de la demanda y de sus anexos, pues en caso de que no las retire, esto no impide que corra el término de traslado de la demanda (Inciso quinto del artículo 199 del CPA). Por otro lado, así el interesado retire la demanda con sus anexos antes de que se cumple con el término de los veinticinco días que se comenta, es imperativo surtir este término pues es una garantía procesal que permite configurar la notificación personal del auto admisorio de la demanda.

Sin perder de vista lo expuesto en el párrafo anterior, es necesario señalar que el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012, le agregó otra garantía a las entidades o personas demandadas, esto es, además de que debe quedar copia de la demanda con sus anexos en la Secretaría para su retiro, es perentorio enviar por correo certificado copia de la demanda con sus anexos y del auto admisorio de la demanda, a la sede física de la entidad o al domicilio de la parte demandada (Inciso quinto del artículo 199 del CPA).

Ahora bien, no se puede olvidar que bajo la égida del antiguo Código Contencioso Administrativo, los Jueces Administrativos podían comisionar para llevar a cabo notificaciones personales del auto admisorio de la demanda (arts. 114 y 120 del CCA), sin embargo, con la nueva modalidad de buzón de correo electrónico, la utilidad práctica de esta posibilidad de comisionar desaparece.

En lo atinente a la notificación personal del auto admisorio de la demanda a particulares, si éstos poseen dirección electrónica para notificaciones judiciales por estar inscritas en el registro mercantil, se seguirán los lineamientos explicados líneas atrás en relación con la notificación a entidades públicas a través del buzón de correo electrónico. En caso contrario, se procederá de acuerdo con lo previsto en los artículos 315 y 318 del Código de Procedimiento Civil (Artículo 200 del CPA). Ahora bien, la norma solo circunscribe al registro mercantil, por tanto, así existan otros registros como el registro único de proponentes, que contengan la dirección anotada, no pueden ser utilizados para estos menesteres, pues está de por medio el debido proceso y el derecho de defensa del demandado y este puede argüir que tal dirección no estaba habilitada para cumplir con la notificación que nos ocupa.

Es necesario recalcar que con esta nueva manera de notificación personal los traslados para contestar la demanda pueden correr de manera independiente, pues los mismos dependen del día en que se realice efectivamente el envío del mensaje de datos correspondiente.

No compartimos la tesis del profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en el sentido de que en materia contencioso administrativa siempre se debe agotar en primer lugar el trámite del 315 del CPC, toda vez que el artículo 23 de la Ley 446 de 1998 y el artículo 199 del CPA son normas especiales que se aplican en exclusiva a las entidades públicas y no poseen ningún vacío. En el contencioso solo se aplica el 315 cuando el demandado es un particular o persona natural y no posee dirección electrónica para notificaciones judiciales por no estar inscrita en el registro mercantil, tal como sucede con los terceros interesados cuando tienen dicha calidad en los términos consagrados en el numeral 3° del artículo 207 del CCA y en el numeral 3° del artículo 171 del CPA. Ejemplo de tercero interesado se vislumbra cuando se impetra una demanda por una declaratoria de insubsistencia y se pide el reintegro en el servicio, en cuyo caso debe vincularse a quien estuviere ocupando el cargo en remplazo del demandante. Otro caso es cuando se vincula a los demás miembros de un consorcio cuyo demandante hace parte integrante del mismo y la controversia surge durante la ejecución del contrato.¹⁴⁴

- **Traslado y Contestación:** El traslado de la demanda, bajo la vigencia del antiguo Código Contencioso Administrativo, se da a través de la fijación en lista por el término de 10 días en un lugar visible de la secretaría, término que se cuenta a partir de que el Secretario exponga en un lugar visible de la Secretaría el documento que da cuenta de dicho acto procesal, lo cual normalmente se hace con una periodicidad de 15 días, es decir, dos veces al mes, con el objeto de acumular un número suficiente de procesos que amerite la fijación en lista. El mencionado término se constituye en la práctica en el traslado para contestar la demanda, es decir, en el lapso de fijación en lista del auto admisorio de la demanda, los demandados y los intervinientes que se hayan hecho parte, pueden contestar la demanda, proponer excepciones o solicitar la práctica de pruebas. (art. 207 No. 5 del CCA, Modificado por el artículo 58 de la Ley 446 de 1998).

El término de fijación en lista no podrá surtirse mientras no se haya notificado en debida forma el auto admisorio de la demanda al Ministerio Público.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo derogó la fijación en lista y estableció un traslado de la demanda de 30 días, plazo que comenzará a correr veinticinco días después de realizada la notificación mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales que acuse recibido (último inciso del artículo 199 del CPA e inciso quinto de la misma disposición, modificada por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012). En caso de que se trate de la notificación regulada en los artículos 315 y 318 del Código de Procedimiento Civil, los 30 días correrán a partir

¹⁴⁴ La tesis errónea a que se ha hecho referencia se encuentra expuesta en la obra: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, páginas 574 a 578.

del día siguiente que se realice la notificación personal, por aviso o mediante emplazamiento (artículo 108 del C.G.P.), según el caso (Artículo 200 del CPA). Sobre este tópico el artículo 172 del CPA, dispone lo siguiente:

De la demanda se correrá traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término (30) días, plazo que comenzará a correr de conformidad con lo previsto en los artículos 199 y 200 de este Código y dentro del cual deberán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y en su caso, presentar demanda de reconvencción.

Ahora bien, los particulares, luego de contestada la demanda, pueden suministrar en el libelo una dirección electrónica donde podrán obtener la advertencia de la notificación por estado de las providencias, en los términos contemplados en los artículos 201 y 205 del CPA. Los empleados de cada despacho judicial deberán asistir y auxiliar a los usuarios en la debida utilización de las herramientas tecnológicas que se dispongan en cada oficina para la consulta de información sobre las actuaciones judiciales (art. 206 del CPA).

Es pertinente advertir que una de las formas de defenderse es guardando silencio, por lo tanto, el demandado podrá no contestar la demanda o simplemente impetrar excepciones o solicitar la práctica de pruebas, o ejercer dos de las tres posibilidades, ya que todas son maneras de hacer efectivo su derecho de defensa inherente al debido proceso (art. 29 CP). A pesar de lo dicho, es necesario señalar que guardar silencio se constituye en un indicio grave en contra de los intereses del demandado.¹⁴⁵

Ahora, otra facultad que se puede realizar dentro del traslado de la demanda es la reforma de la demanda, asunto regulado en el artículo 173 del CPA, donde se dispone que el demandante pueda adicionar, aclarar, o modificar la demanda, por una sola vez, conforme a las siguientes reglas:

- La reforma podrá proponerse hasta el vencimiento de los diez (10) días siguientes al traslado de la demanda. De la admisión de la reforma se correrá traslado mediante notificación por estado y por la mitad del término inicial. Sin embargo, si se llama a nuevas personas al proceso, de la admisión de la demanda y de su reforma se les notificará personalmente y se les correrá traslado por el término inicial (Numeral 1° del artículo 173 del CPA).

¹⁴⁵ El artículo 95 del CPC, advierte: “La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, serán apreciadas por el Juez como indicio grave en contra del demandado, salvo que la ley le atribuya otro efecto.”

- La reforma de la demanda podrá referirse a las partes, las pretensiones, los hechos en que estas se fundamentan, o a las pruebas (Numeral 2º del artículo 173 del CPA).
- No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas ni todas las pretensiones de la demanda. Frente a nuevas pretensiones deberán cumplirse los requisitos de procedibilidad. Por ejemplo, podría operar la caducidad en caso de que se incluyan nuevos actores y ya hubiere transcurrido el lapso para proponer la demanda frente a ellos. (Primer inciso del artículo 173 del CPA).
- La reforma podrá integrarse en un solo documento con la demanda inicial. Igualmente, el juez podrá disponer que el demandante la integre en un solo documento con la demanda inicial (último inciso del artículo 173 del CPA).

Asimismo, es importante anotar que cuando se corrige la demanda, se debe notificar personalmente el auto que admite la corrección para poner en estado de fijación en lista al proceso o darle el traslado pertinente a la corrección conforme a la nueva normativa. Algo similar se predica de la demanda de reconvencción, toda vez que es menester notificar personalmente el auto admisorio de la demanda de reconvencción a la parte demandante con el mismo propósito (Inciso segundo del artículo 87 del CPC, en concordancia con el artículo 400 del CPC).

- Audiencia inicial (Artículo 180 del CPA): Vencido el término de traslado de la demanda o de la de reconvencción según el caso, el juez o magistrado ponente, convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:
 1. Oportunidad: La audiencia se llevará a cabo bajo la dirección del Juez o Magistrado Ponente dentro del mes siguiente al vencimiento del término de traslado de la demanda o del de su prórroga o del de la de reconvencción o del de la contestación de las excepciones o del de la contestación de la demanda de reconvencción, según el caso. El auto que señale fecha y hora para la audiencia se notificará por estado y no será susceptible de recursos.

Sería conveniente que en dicho auto de una vez se plasmaran las medidas de saneamiento, la decisión sobre las excepciones previas, la fijación del litigio, las medidas cautelares y el decreto de pruebas, con el objeto de que el trámite de la diligencia se facilite y su objeto sea precisamente ratificar o modificar lo consagrado en la providencia que señaló fecha y hora para la audiencia.

2. Intervinientes: Todos los apoderados deberán concurrir obligatoriamente. También podrán asistir las partes, los terceros y el Ministerio Público.

La inasistencia de quienes deban concurrir no impedirá la realización de la audiencia, salvo su aplazamiento por decisión del Juez o Magistrado Ponente. En este segundo inciso del numeral 2º del artículo 180 del CPA, encontramos una contradicción con el inciso primero del mismo numeral, pues en este se menciona que los apoderados deben concurrir a la diligencia y, a renglón seguido, se regula que su inasistencia no impide adelantar la audiencia. En efecto, una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, si es menester la comparecencia de alguien en una audiencia, es necesario que esta concurra, en caso contrario, la misma no podría llevarse a cabo, pues, si esto sucediere, lo que inicialmente se plantea como un deber de comparecencia, simplemente se convierte en una carga procesal.

3. Aplazamiento: La inasistencia a esta audiencia solo podrá excusarse mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa.

Cuando se presente la excusa con anterioridad a la audiencia y el juez la acepte, fijará nueva fecha y hora para su celebración dentro de los diez (10) días siguientes, por auto que no tendrá recursos. En ningún caso podrá haber otro aplazamiento.

El juez podrá admitir aquellas justificaciones que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a la realización de la audiencia siempre que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito y solo tendrán el efecto de exonerar de las consecuencias pecuniarias adversas que se hubieren derivado de la inasistencia.

En este caso, el juez resolverá sobre la justificación mediante auto que se dictará dentro de los tres (3) días siguientes a su presentación y que será susceptible del recurso de reposición. Si la acepta, adoptará las medidas pertinentes.

4. Consecuencias de la inasistencia: Al apoderado que no concurra a la audiencia sin justa causa se le impondrá multa de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
5. Saneamiento: El juez deberá decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias. Obviamente en el caso de que al Juez se le pase inadmitir la demanda para que se corrijan los errores formales pertinentes tendientes precisamente a evitar sentencias inhibitorias.

Por ejemplo: el Juez debe procurar integrar correctamente el *petitum* de oficio para evitar sentencias inhibitorias, tal como sucede con la unidad inescindible. En efecto, con la contestación de la demanda se presentan los antecedentes administrativos y allí el Juez puede identificar si la decisión fue objeto de recursos en vía gubernativa. A renglón seguido, en la audiencia inicial declara que deben entenderse como demandados todos los actos administrativos que surgieron en la vía gubernativa y que confirmaron o modificaron la decisión inicial y en la misma audiencia se corre traslado a la entidad demandada en relación con las nuevas decisiones acusadas que integran el *petitum*.

6. Decisión de excepciones previas: El Juez o Magistrado Ponente, de oficio o a petición de parte, resolverá sobre las excepciones previas y las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva ¹⁴⁶.

Si excepcionalmente se requiere la práctica de pruebas, se suspenderá la audiencia, hasta por el término de diez (10) días, con el fin de recaudarlas. Al reanudar la audiencia se decidirá sobre tales excepciones.

Si alguna de ellas prospera, el Juez o Magistrado Ponente dará por terminado el proceso, cuando a ello haya lugar, como cuando existe cláusula compromisoria (Numeral 3º del artículo 97 del CPC).

Igualmente, lo dará por terminado cuando en la misma audiencia advierta el incumplimiento de requisitos de procedibilidad, como la falta de la conciliación extrajudicial o la no interposición del recurso de apelación en vía gubernativa. Esta es una medida eficaz dado que, en vigencia del CCA, cuando el Juez no rechazaba la demanda por la falta de estos requisitos, no tenía más remedio que tramitar el proceso e inhibirse para fallar, lo cual generaba un desgaste innecesario y afectaba la tutela judicial efectiva.

El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso, es decir, si se trata de providencias que dan por terminado el proceso o no y si estamos en presencia de asuntos de primera o única instancia.

7. Fijación del litigio: Una vez resueltos todos los puntos relativos a las excepciones, el juez indagará a las partes sobre los hechos en los que están de acuerdo, y los demás extremos de la demanda o de su reforma,

¹⁴⁶ Es importante advertir que toda decisión que se adopte en audiencia pública o en el transcurso de una diligencia se notificará en estrados y las partes se considerarán notificadas aunque no hayan concurrido (Artículo 202 del CPA).

de la contestación o de la de reconvenición, si a ello hubiere lugar, y con fundamento en la respuesta procederá a la fijación del litigio. Ahora bien, es nuestro parecer que este punto de la diligencia se va a dificultar sobre manera, dado que las entidades públicas no pueden confesar, tal como se precisará cuando abordemos el tópico de pruebas, por ende, la fijación del litigio se circunscribirá a lo probado documentalmente.

8. Posibilidad de conciliación: En cualquier fase de la audiencia el juez podrá invitar a las partes a conciliar sus diferencias, caso en el cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento.

B. La Etapa Probatoria (Audiencia de pruebas)

Bajo el panorama de la antigua codificación, esta etapa se inicia luego del vencimiento del término de fijación en lista, a través de un auto que decreta la apertura de la misma. En la nueva normativa el decreto de pruebas se lleva a cabo en la audiencia inicial, tal como lo contempla el numeral 10° del artículo 180 del CPA. En cuanto a las pruebas de oficio que puede decretar el Juez en este auto, nos remitimos a las consideraciones que hicimos cuando hablamos del principio inquisitivo en materia probatoria en el proceso contencioso administrativo, donde diferenciamos entre verdad real y verdad procesal.

Es necesario advertir que la oportunidad para aportar pruebas y solicitar las que se considerase necesarias, la tiene el demandante al momento de presentar la demanda, en su correspondiente corrección o durante el traslado de excepciones para desvirtuarlas

(Parágrafo 2° del artículo 175 del CPA) y el demandado durante el término de fijación en lista, si estamos en presencia de la antigua codificación, o durante el traslado de la demanda, tal como lo contempla el artículo 172 del CPA. En este sentido se observa el tenor literal del numeral 10° del artículo 180 del CPA, así: “Solo se decretarán las pruebas pedidas por las partes y los terceros, siempre y cuando sean necesarias para demostrar los hechos sobre los cuales exista disconformidad, en tanto no esté prohibida su demostración por confesión, o las de oficio que el juez o magistrado ponente considere indispensables para el esclarecimiento de la verdad.”

Se observa del aparte legal transcrito que también se incluyen las pruebas solicitadas por los terceros, sin embargo, se advierte el hecho de que no se incluye al Ministerio Público como posible actor solicitante de pruebas, pues este se notifica personalmente del auto admisorio de la demanda y, como consecuencia, dentro de los treinta días siguientes a dicha notificación, también se puede pronunciar sobre la misma como un sujeto procesal especial dentro del proceso.

Se destaca del aparte legal transcrito que las pruebas se decretan conforme a la fijación del litigio que se lleva a cabo en la audiencia inicial, es decir, conforme a los hechos frente a los cuales exista disconformidad, lo que significa que los hechos que en un principio se plantearon en el libelo y que por la contestación de la demanda no revistieron ninguna objeción, son descartados del objeto de prueba.

Bajo la óptica de la antigua codificación, esta etapa es el lapso procesal durante el cual se lleva a cabo la práctica de pruebas decretadas por el Juez, normalmente en el auto que ordena la apertura de la etapa probatoria. En este auto se señala el término probatorio, el cual no podrá exceder de treinta días, aunque podrá superarlo si se trata de la práctica de pruebas por fuera de la sede, ya sea en el interior del país o en el exterior (arts. 35 y 193 del C. De P.C.). Estos términos se empezarán a contar a partir del día siguiente en que quede ejecutoriado el auto que ordenó la apertura del término probatorio (art. 209 del CCA) y no como lo contempla el artículo 120 del CPC, es decir, a partir del día siguiente de la notificación del auto de pruebas, por tanto, si se interpone un recurso contra dicha decisión, deberá esperarse a que se surta el recurso y se notifique en debida forma el auto que lo resuelva, para que a partir del día siguiente empiece a contabilizarse el término respectivo.

En relación con la nueva normativa, el Juez, antes de terminar la audiencia inicial, fijará fecha y hora para la audiencia de pruebas, la cual se llevará a cabo dentro de los cuarenta (40) días siguientes (Inciso segundo del numeral 10° del artículo 180 del CPA). La audiencia de pruebas se realizará sin interrupción durante los días consecutivos que sean necesarios, sin que la duración de esta pueda exceder de quince (15) días (Inciso primero del artículo 181 del CPA). Obviamente la audiencia se celebrará de manera ininterrumpida conforme al horario laboral, es decir, de 8:00 a.m. a 12:00 m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., sin que los recesos durante el tiempo inhábil se puedan considerar una suspensión de la audiencia.

Resulta necesario advertir dos cosas sobre el término para practicar pruebas: en primer lugar, se podrá prescindir del mismo cuando no hubieren pruebas que practicar (Inciso Segundo del artículo 186 del CPC), en cuyo caso el juez citará a las partes a una audiencia para que se pronuncien sobre aquellos aspectos de hecho o de derecho que él considera indispensables para decidir. En esta audiencia podrá dictarse sentencia (art. 211A del CCA, agregado por el artículo 66 de la Ley 1395 de 2010). Esta disposición fue ratificada en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, específicamente en el último inciso del artículo 179 del CPA, donde se advierte que en la audiencia inicial se puede llevar a cabo las alegaciones y dictar sentencia, siempre cuando se trate de asuntos de puro derecho o donde no fuere necesario practicar pruebas.

En segundo lugar y operando el antiguo Código Contencioso Administrativo, cuando fuere necesaria la ampliación del periodo probatorio porque se dejaron de practicar pruebas sin culpa de la parte que las pidió, se deberá solicitar tal ampliación por la parte interesada antes de que culmine el periodo probatorio a ampliarse (Artículo 184 del CPC) y el término ampliado corre a partir del día siguiente del vencimiento del término inicial, si se dicta el auto antes de que se venza, o luego de que se notifique la decisión que amplía dicho término, a menos de que sea objeto de recurso, en cuyo caso el término corre a partir del día siguiente de la notificación del auto que confirma la ampliación. Ahora, como se vio líneas atrás, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no contempla un término probatorio, por ende, no es dable hablar de ampliación del mismo, pues las pruebas se recaudan a través de una audiencia ininterrumpida que no puede exceder de quince (15) días (Inciso primero del artículo 181 del CPA).

Es importante anotar que solo son apreciables por el Juez las pruebas decretadas, practicadas e incorporadas al proceso en el término probatorio, con excepción de los despachos comisorios, por ende, las partes interesadas deben estar atentas a que las pruebas sean allegadas al expediente en dicho lapso, en caso contrario incumplirían con el deber de la carga de la prueba contemplado en el artículo 177 del CPC. A pesar de lo anterior, las pruebas practicadas bajo la égida de un despacho comisorio, como ya se dijo, si son apreciables por el Juez al momento de fallar, a pesar de que sean incorporadas al proceso luego de vencido el término probatorio (Artículo 183 del CPC y último inciso de artículo 173 del C.G.P.) Así mismo, las pruebas practicadas de común acuerdo por las partes y los informes o documentos solicitados a otras entidades públicas o privadas, que lleguen antes de dictar sentencia, serán tenidas en cuenta para la decisión, previo el cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción (último inciso del artículo 173 del C.G.P.). Ahora bien, cuando el Juez decida decretar pruebas de oficio y estas no pudieren incorporarse en el periodo probatorio, el Juez señalará para tal fin una audiencia o un término que no podrá exceder del que se adiciona, según fuere el caso (Inciso segundo del artículo 180 del CPC). Sin embargo, tal como lo expusimos, en la nueva normativa no hay un término para practicar pruebas y las mismas se incorporan al interior de una audiencia que se celebra de manera ininterrumpida hasta por un máximo de quince (15) días (Inciso primero del artículo 181 del CPA), aunque dicha codificación contempla unos casos donde se puede suspender de manera excepcional, así:

1. En el evento de que sea necesario dar traslado de la prueba, de su objeción o de su tacha, por el término fijado por la ley.

2. A criterio del juez y cuando atendiendo la complejidad lo considere necesario. Por ejemplo: si durante el trámite de la audiencia se allega la historia clínica al interior de un proceso donde se discute falla en el servicio médico, el Juez podrá disponer la suspensión de la diligencia mientras estudia la mencionada historia y se llena de elementos de juicio para practicar las demás pruebas, como sería el interrogatorio a galenos.

Es menester advertir que la decisión de suspensión se notifica en la audiencia y contra ella cabe recurso de reposición. Por otro lado, el Juez debe procurar establecer una fecha precisa, conforme a su agenda, al interior de la cual se reanudará la diligencia.

Finalmente es importante hacer hincapié en este punto sobre lo siguiente: es posible que el Juez decrete pruebas de oficio en esta etapa, siempre y cuando estén relacionadas con excepciones que buscan controvertirse a través de un memorial allegado al proceso, situación que es perfectamente viable dado que en este trámite no es posible el traslado de excepciones, tal como se advirtió líneas atrás. Ahora bien, en la nueva normativa si hay traslado de excepciones, por ende, lo dicho en este párrafo no aplica cuando entre en vigencia la nueva codificación (Parágrafo 2° del artículo 175 del CPA).

C. Etapa de alegatos

Una vez se clausure la etapa probatoria, ya sea porque se practicaron todas las pruebas o porque se venció el término probatorio, sin importar si se practicaron o no en su totalidad, se dará un término común (a ambas partes) de 10 días para que presenten sus conclusiones sobre lo probado o no probado y la manera como esto les favorece en cuanto a sus intereses al interior del proceso¹⁴⁷. Los agentes del Ministerio Público también están facultados para alegar y podrán solicitar traslado especial, el cual podrá concederse sin necesidad de auto que así lo disponga, por el término improrrogable de 10 días contados a partir de la entrega del expediente, entrega que se efectuará una vez concluya el traslado común.

¹⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-107 del 10 de febrero de 2004, M.P.: Jaime Araujo Rentería. “En este contexto, sobre la base de las pruebas incorporadas al proceso, los alegatos de conclusión juegan un destacado papel en orden al mejor entendimiento de los hechos, de los intereses en conflicto, de la forma en que cada extremo asume los motivos de hecho y de derecho –a favor y en contra–, y por tanto, en lo concerniente a la mejor comprensión del universo jurídico y probatorio que ampara los intereses en conflicto. Por consiguiente, de una parte, la dinámica de los alegatos de conclusión tiene la virtualidad de facilitarle a los interesados o contendientes la oportunidad para esgrimir sus argumentos culminantes en procura de sus propios derechos e intereses; y de otra, tal dinámica se ofrece a los ojos de la autoridad administrativa o del juez correspondiente como un conjunto de razonamientos que a manera de referente interpretativo le permite examinar retrospectivamente todas y cada una de las actuaciones surtidas. Lo cual, sin duda alguna, se constituye en hito procesal de significativa importancia para la salvaguarda de la postulación y la excepción, al propio tiempo que se atiende a la depuración de la certeza jurídica que requiere el fallador para decir el derecho”.

La nueva normativa establece que en la misma audiencia de pruebas el juez y al momento de finalizarla, señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días, sin perjuicio de que por considerarla innecesaria ordene la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento de aquel concedido para presentar alegatos. En este caso el Juez ya tiene claro el sentido de la decisión y no ve menester en adelantar una diligencia para dictar el fallo. En las mismas oportunidades señaladas para alegar podrá el Ministerio Público presentar el concepto si a bien lo tiene (último inciso del artículo 181 del CPA).

En la etapa de alegatos se podrá solicitar por la parte interesada que al momento de fallar, el Juez de oficio practique e incorpore al proceso una prueba que no se pudo incorporar en el periodo probatorio inicialmente determinado y en el ampliado, sin culpa de la parte que la pidió, siempre y cuando hubiere ejercido todos sus deberes en materia probatoria y por situaciones ajenas a su voluntad, la prueba no pudo ser allegada al acervo probatorio en legal forma, ya sea porque nunca llegó o porque llegó de manera extemporánea. En caso que la parte no hubiere ejercido sus deberes en materia probatoria, el Juez no podrá acceder a lo solicitado, so pena de vulnerar lo dispuesto en el artículo 177 del CPC y atentar contra el debido proceso de la parte contraria. De igual manera, en este escrito, también se puede solicitar la práctica de pruebas de oficio para enervar excepciones, toda vez que este proceso, tal como se ha advertido varias veces, carece del traslado de excepciones correspondiente propio del procedimiento civil.

En la nueva codificación también es posible decretar pruebas de oficio al momento de fallar, empero, se deben seguir los mismos lineamientos expuestos en el párrafo anterior, esto es, si la prueba no se pudo incorporar durante la diligencia de pruebas a pesar de los esfuerzos probatorios realizados por la parte que la pidió, es posible que el juez la decrete al momento de dictar sentencia. Por otro lado, es importante anotar que la nueva codificación contempla el traslado de excepciones (Parágrafo 2º del artículo 175 del CPA), por ende, ya no será viable en los alegatos solicitar la práctica de pruebas relacionadas con excepciones, pues en el nuevo proceso existe una etapa única y exclusiva para realizar dichas solicitudes.

D. Etapa del fallo (Audiencia alegaciones y juzgamiento)

Se extiende desde que se evacuen los traslados o se venza el término para alegar y entra el expediente a despacho para fallo, hasta la ejecutoria de la sentencia.

Durante esta etapa se pueden practicar pruebas de oficio (art. 169 del CCA), celebrar las audiencias potestativas de que habla el art.147 del CCA, emitir decisiones de ciertos incidentes que se pueden proponer aún en esta etapa final (de nulidad o impedimento, por ejemplo) y el proceso mismo de elaboración y discusión del fallo, su notificación y publicación, los recursos posibles (ordinario y extraordinarios) y la consulta. Si se trata de jueces colegiados, el proyecto de fallo deberá ser registrado por el ponente en el término de cuarenta días y la sala tendrá otros veinte para dictar sentencia (art. 211 del CCA). En lo atinente a los Jueces Unipersonales se seguirán los lineamientos del Código de Procedimiento Civil.

En los procesos contencioso administrativos de única o de segunda instancia que se encuentren congestionados en la etapa de fallo, en los términos que defina el Consejo Superior de la Judicatura, podrán fallarse oralmente, en audiencia pública a la cual asistirán las partes pero no intervendrán, para lo cual los jueces, las salas de magistrados de tribunal o del Consejo de Estado sesionarán dictando el fallo respectivo, debidamente motivado y justificando su decisión de la misma manera que las sentencias escritas. Para estos efectos, la motivación será oral, por parte del juez o magistrado ponente, pero la parte resolutive de la decisión se dejará constando por escrito, en una providencia, que surtirá los mismos efectos de cualquier otra sentencia (art.72 de la Ley 1395 de 2010).

La nueva normativa contempla una audiencia de alegaciones y juzgamiento en el artículo 182 del CPA, la cual deberá realizarse ante el juez, sala, sección o subsección correspondiente y en ella se observarán las siguientes reglas:

- 1.** En la fecha y hora señaladas se oirán los alegatos, primero al demandante, seguidamente a los terceros de la parte activa cuando los hubiere, luego al demandado y finalmente a los terceros de la parte pasiva si los hubiere, hasta por veinte (20) minutos a cada uno. También se oirá al Ministerio Público cuando este a bien lo tenga. El juez podrá interrogar a los intervinientes sobre lo planteado en los alegatos (Numeral 1° del artículo 182 del CPA).
- 2.** Inmediatamente, el juez, de ser posible, informará el sentido de la sentencia en forma oral, aun en el evento en que las partes se hayan retirado de la audiencia y la consignará por escrito dentro de los diez (10) días siguientes (Numeral 2° del artículo 182 del CPA).
- 3.** Cuando no fuere posible indicar el sentido de la sentencia la proferirá por escrito dentro de los treinta (30) días siguientes. En la audiencia el juez o Magistrado Ponente dejará constancia del motivo por el cual no es posible indicar el sentido de la decisión en ese momento (Numeral 3° del artículo 182 del CPA).

E. Segunda Instancia

La segunda Instancia se surte a través de la apelación o el mecanismo de la consulta. En cuanto a la segunda el art. 184 del CCA simplemente establecía un traslado común de 5 días para que las partes alegaran de conclusión, aunado a que el nuevo código la derogó.

En cuanto a la apelación se le daba un traslado de 10 días contados a partir de la notificación de la sentencia al recurrente para que sustentara la apelación ante él a quo, en caso de no hacerlo se declaraba desierto el recurso (incisos primero y segundo del artículo 212 del CCA, modificado por el artículo 67 de la Ley 1395 de 2010). Si se cumplía dicha exigencia, se remitía al superior para su admisión y en caso de que opere se admite y el auto admisorio se notificaba personalmente al Ministerio Público y a las partes por estado.

Solo se practicaban pruebas en los casos contemplados en el art. 214 del CCA. Estas pruebas se podían pedir durante el término de ejecutoria del auto admisorio del recurso. El periodo probatorio era de 10 días. Ejecutoriada el auto admisorio del recurso o una vez vencido el término probatorio se daba un término común de 10 días para que las partes alegaran y se disponía que vencido este, se daba traslado del expediente al Ministerio Público, para que emitiera su concepto, luego, el proceso entraba a despacho para sentencia de segundo grado, donde el ponente tenía 30 días para registrar el proyecto y la Sala 15 días para fallar, luego se devolvía el expediente al Tribunal o Juez de origen para obediencia y cumplimiento. Antes de fallar el ponente podía decretar pruebas de oficio y practicarlas en el término de 10 días (art. 212 CCA). Contra las sentencias ejecutoriadas de segunda instancia, solo procedía, en ciertos casos, el recurso extraordinario de revisión.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagra un trámite similar al expuesto en el párrafo anterior, en el artículo 247 del CPA, el cual nos permitimos transcribir en los siguientes términos, sin perjuicio de los comentarios que puedan surgir sobre dicha disposición, así:

1. El recurso deberá interponerse y sustentarse ante la autoridad que profirió la providencia, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación. Es importante aclarar que este término deberá respetarse independientemente de la forma en que se notifique la sentencia (personalmente, por edicto, en estrados). Por tanto, no es dable predicar que si la sentencia se dicta al interior de una audiencia o diligencia y, como consecuencia, la misma se notifica en estrados, indefectiblemente deberá interponerse y sustentarse el recurso dentro de la misma, pues el artículo no

diferencia y en este caso no es dable traer a colación las normas del Código General del Proceso, pues no hay ningún vacío¹⁴⁸.

2. Si el recurso fue sustentado oportunamente y reúne los demás requisitos legales, se concederá mediante auto en el que se dispondrá remitir el expediente al superior, quien decidirá de plano si no se hubiese pedido la práctica de pruebas. Si las partes pidieron pruebas, el superior decidirá si se decretan según lo previsto en el CPA

3. Cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia será obligatoria. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declarará desierto el recurso (Inciso cuarto del artículo 192 del CPA). Es importante aclarar que la asistencia a este tipo de diligencia implica de suyo ánimo conciliatorio y facultad expresa para conciliar, en caso contrario, es como si no se asistiera a la misma y se deberá indefectiblemente declarar desierto el recurso.

4. Recibido el expediente por el superior, si este encuentra reunidos los requisitos decidirá sobre su admisión.

5. Admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado ponente considera innecesaria la celebración de audiencia ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes. Vencido el término que tienen las partes para alegar, se surtirá traslado al Ministerio Público por el término de diez (10) días, sin retiro del expediente (La parte final del numeral 4º del artículo 247 de la Ley 1437 de 2010, fue modificada por el artículo 623 del Código General del Proceso).

¹⁴⁸ El Tribunal Administrativo del Quindío no es de esta posición dado que, considera que el artículo 212 del CCA guardó silencio, disposición similar a la que hoy se comenta y, por ende, sostiene que el recurso de apelación debe interponerse y sustentarse en forma verbal en la misma audiencia en aplicación del artículo 352 del CPC, óptica que no compartimos toda vez que el artículo 212 del CCA y su equivalente del CPA (art.247) no diferencian el tipo de notificación, máxime si tenemos en cuenta que la interpretación que se critica resulta restrictiva para el recurrente y violatoria del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Para consultar esta posición jurisprudencial se puede leer la siguiente providencia: Tribunal Administrativo del Quindío, Magistrado Ponente: Luis Javier Rosero Villota, Asunto: Inadmite Apelación –Sentencia–, Acción: Nulidad y Restablecimiento Del Derecho, Radicación: 63–001–2331–001–2008–00907–01, Actor: Gases del Quindío S.A. E.S.P., Demandado: Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, auto del trece (13) de septiembre de dos mil once (2011).

6. En la audiencia de alegaciones y juzgamiento se aplicarán las mismas reglas establecidas para esa audiencia en primera instancia.

7. En la sentencia se ordenará devolver el expediente al juez de primera instancia para su obediencia y cumplimiento.

F. Actas y registro de las audiencias y diligencias

El artículo 183 del CPA consagra que las audiencias y diligencias serán presididas por el Juez o Magistrado Ponente. En el caso de jueces colegiados podrán concurrir los magistrados que integran la sala, sección o subsección si a bien lo tienen. Tratándose de la audiencia de alegaciones y juzgamiento esta se celebrará de acuerdo con el quórum requerido para adoptar la decisión.

Para efectos de su registro se tendrán en cuenta las siguientes reglas:

1. De cada audiencia se levantará un acta, la cual contendrá:

- a.** El lugar y la fecha con indicación de la hora de inicio y finalización, así como de las suspensiones y las reanudaciones;
- b.** El nombre completo de los jueces;
- c.** Los datos de las partes, sus abogados y representantes;
- d.** Un resumen del desarrollo de la audiencia, con indicación, cuando participen en esta, del nombre de los testigos, peritos, intérpretes y demás auxiliares de la justicia, así como la referencia de los documentos leídos y de los otros elementos probatorio reproducidos, con mención de las conclusiones de las partes;
- e.** Las solicitudes y decisiones producidas en el curso de la audiencia y las objeciones de las partes y los recursos propuestos;
- f.** La constancia sobre el cumplimiento de las formalidades esenciales de cada acto procesal surtido en la audiencia;
- g.** Las constancias que el Juez o el Magistrado Ponente, o la Sala, Sección o Subsección ordenen registrar y las que soliciten las partes sobre lo acontecido en la audiencia;
- h.** Cuando así corresponda, el sentido de la sentencia;
- i.** La firma de las partes o de sus representantes y del Juez o Magistrado Ponente y de los integrantes de la Sala, Sección o Subsección, según el evento. En caso de renuencia de los primeros, se dejará constancia de ello.

2. En los casos en que el juez lo estime necesario podrá ordenar la transcripción literal total o parcial de la audiencia o diligencia, para que conste como anexo.

Esta potestad es absurda porque les da la posibilidad a los Jueces de atentar contra la economía procesal; transcribir audiencias es precisamente lo que se busca evitar con la nueva normativa.

3. Se deberá realizar una grabación del debate, mediante cualquier mecanismo técnico; dicha grabación deberá conservarse en los términos que ordenan las normas sobre retención documental.

G. Actuaciones a través de medios electrónicos: El inciso primero del artículo 186 del CPA señala que todas las actuaciones judiciales susceptibles de surtirse en forma escrita se podrán realizar a través de medios electrónicos, siempre y cuando en su envío y recepción se garantice autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley. La autoridad judicial deberá contar con mecanismos que permitan acusar recibo de la información recibida, a través de este medio. Por ejemplo: es posible presentar demandas vía e-mail o en CD-ROOM, siempre y cuando se garanticen las propiedades del documento anotadas líneas atrás al momento de su consulta. Así mismo puede implementarse un expediente judicial electrónico, el cual consiste en un conjunto de documentos electrónicos correspondientes a las actuaciones judiciales que puedan adelantarse en forma escrita dentro de un proceso (Parágrafo del artículo 186 del CPA).

III. Medios de impugnación

Los medios de impugnación son los mecanismos procesales que poseen las partes al interior de un proceso judicial, tendientes a revisar la legalidad de las providencias judiciales dictadas durante el transcurso del mismo. También son utilizados para solicitar la aclaración o adición de tales providencias.

El Título XXIII del CCA y el Capítulo XII y el Título VI del CPA, regulan la materia, sin embargo, deberá acudir al Código General del Proceso en los vacíos que esté presente.

Los medios de impugnación operables al interior del proceso contencioso administrativo poseen una clasificación, así:

A. Recursos ordinarios

Son el de reposición, el de apelación, el de queja y el ordinario de súplica.

B. Recursos extraordinarios

Son el de revisión y el de unificación de la jurisprudencia porque el extraordinario de súplica fue derogado por el artículo 2º de la Ley 954 de 2005. Es importante

anotar en este punto que el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 dejó abierta la posibilidad de que la ley dispusiera de un mecanismo eventual de revisión para las acciones ordinarias, medio de impugnación que no fue regulado por el nuevo código (Parágrafo primero del artículo 36A de la Ley 270 de 1996).

C. Funcionarios que expiden las providencias judiciales (art. 125 del CPA)

Será competencia del Juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios¹⁴⁹ y de trámite¹⁵⁰; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 del CPA serán de sala, excepto en los procesos de única instancia. Corresponderá a los jueces, las salas, secciones y subsecciones de decisión dictar las sentencias. Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica. Veamos:

1. Tribunales Administrativos

Serán de Ponente los siguientes autos interlocutorios:

En única instancia: Las decisiones interlocutorias del proceso en única instancia proferidas por los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, serán adoptadas por el Magistrado Ponente (artículo 61 de la Ley 1395 de 2010, el cual agregó el artículo 146A al CCA, ratificado por el artículo 125 del CPA).

Serán de Sala los siguientes autos interlocutorios en primera instancia: Los autos que se refieren en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 181 del CCA o en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 del CPA¹⁵¹.

En Segunda Instancia: Las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2 y 3 del artículo 181 serán de Sala. (Artículo 61 de la Ley 1395 de 2010, el cual agregó el artículo 146A al CCA). En el nuevo Código serían las decisiones proferidas en

¹⁴⁹ Se entienden como aquellos que adoptan o contienen decisiones trascendentales o de fondo para el proceso o para los incidentes que se deriven de él. Por ejemplo: el auto que decreta la perención del proceso.

¹⁵⁰ Son aquellos que se limitan a darle impulso al proceso sin adoptar ninguna decisión de fondo o trascendental para el proceso. Un ejemplo de este caso es el auto que ordena dar traslado para alegar.

¹⁵¹ No son de sala ni apelables los que se dicten dentro del proceso contencioso administrativo y que correspondan a instituciones reguladas en el Código General del Proceso susceptibles de tal recurso, habida cuenta que la remisión consagrada en el artículo 267 del CCA o 306 del CPA no opera para este asunto por el principio de especialidad, como se explica más adelante. Por otro lado, los autos de Sala solo se circunscriben a los numerales señalados del artículo 181 del CCA o del artículo 243 del CPA en virtud de lo consagrado en el inciso segundo del artículo 146A adicionado por el artículo 61 de la Ley 1395 del 2010 y en el artículo 125 del CPA

relación con los tópicos contemplados en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 del CPA Sin embargo, consideramos que dichas decisiones deberían ser adoptadas por el ponente para facilitar el recurso ordinario de súplica, pues los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica, lo que significa que dicho medio de impugnación es un mecanismo diseñado para recurrir decisiones emitidas por el ponente (Inciso primero del artículo 125 del CPA).

Los demás autos interlocutorios serán dictados por el ponente a nivel de Tribunal.

2. Consejo de Estado

Serán de sala:

Las decisiones interlocutorias del proceso, en única o segunda instancia, proferidas por el Consejo de Estado, serán adoptadas por el Magistrado ponente. Sin embargo, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2 y 3 del artículo 181 serán de Sala excepto en los procesos de única instancia. (Artículo 61 de la Ley 1395 de 2010, el cual agregó el artículo 146A al CCA). En vigencia de la nueva normativa, las providencias que atañen a los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 del CPA serán de Sala excepto en los procesos de única instancia.

D. El recurso ordinario de reposición

El artículo 180 del CCA dispone que el recurso de reposición proceda contra los autos de trámite que dicte el ponente y contra los interlocutorios y de trámite dictados por las Salas del Consejo de Estado o por los Tribunales, o por el Juez, cuando no sean susceptibles de apelación. Esta regla se modifica con el advenimiento del nuevo código, pues el artículo 242 del CPA señala que salvo norma legal en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica. Como corolario, ya no es el tipo de providencia el criterio para determinar la procedencia del recurso (trámite o interlocutorio), sino el criterio residual, esto es, si frente a la providencia específica no se ha señalado un recurso en particular como medio de impugnación, cabe el recurso de reposición, salvo que la ley contemple otra cosa.

En cuanto a la oportunidad y trámite se aplicarán los arts. 348, Incisos. 2º y 3º y 349 del Código de Procedimiento Civil o los artículo 318 y 319 del Código General del Proceso, dado que el inciso segundo del artículo 242 del CPA, señala que en cuanto a su oportunidad y trámite se aplicará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso.

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, por escrito presentado dentro de los tres días siguientes al de la notificación del auto, excepto cuando este se haya dictado en una audiencia o diligencia, caso en el cual deberá interponerse en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto (Inciso tercero del artículo 318 del C.G.P.). Si el recurso se interpone por escrito, este se mantendrá en la Secretaría por dos días en traslado a la parte contraria, sin necesidad de que el Juez lo ordene; surtido el traslado se decidirá el recurso (art. 108 CPC o 110 C.G.P.).

Los autos interlocutorios dictados por los Jueces, cuando no sean apelables, serán solo susceptibles de reposición.

Con la reposición se busca que se revoque, reforme o aclare el auto recurrido. El principio de *no reformatio in pejus* es aplicable para el recurso de reposición, es decir, lo que se decida no puede ser más gravoso que lo decidido en la providencia recurrida.¹⁵² Ahora bien, si durante el traslado del recurso de reposición se pronuncia la parte contraria o el Ministerio Público, ya no opera la *no reformatio in pejus*.

No tenía reposición el proveído del Consejo de Estado o de los Tribunales Administrativos que decidía la segunda instancia del auto de suspensión provisional (art. 207 del CCA), asunto que consideramos no se encuentra vigente con el advenimiento del CPA, ya que este no contempla expresamente esta prohibición, por ende, cabra recurso de reposición.

El auto que decide la reposición no será susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en la providencia recurrida, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de tales puntos (Inciso cuarto del artículo 318 del C.G.P.). Tal sería el caso de un auto que resuelve recurso de reposición donde no se incluye la prueba solicitada ni se decreta la misma, en cuyo caso cabría recurso de apelación. Los puntos nuevos deberán estar contemplados en la parte resolutive de la providencia que resuelva el recurso de reposición, tal como el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa lo precisa, así:

Estos puntos, insistimos, son los que por primera vez aparecen en la parte resolutive del auto que resuelve la reposición, pero no en sus considerandos. La nueva impugnación no se refiere a la argumentación empleada por el juez sino, en sí misma, a la decisión efectivamente adoptada.¹⁵³

¹⁵² “Sería () sorprendente que a una persona oficiosamente se le desmejore o agrave su situación jurídica a causa del recurso de reposición interpuesto contra un auto con el objeto que se lo aclare, reforme, adicione o revoque en cuanto le es desfavorable”. (Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de octubre 27 de 1975).

¹⁵³ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, página 544.

En ningún caso el recurso de reposición procederá contra las providencias que resuelvan el recurso de apelación, de súplica o de queja, tal como lo consagra el artículo 29 del Código de Procedimiento Civil y el inciso segundo del artículo 318 del C.G.P., aplicable al procedimiento contencioso administrativo por las razones que explica el Consejo de Estado de la siguiente manera:

- Se trata de una norma que regula la improcedencia de los recursos con fundamento en la materia de estos, lo que constituye un aspecto especial y concreto respecto del cual guarda silencio el Código Contencioso Administrativo.
- Es una disposición concordante con los principios que rigen el procedimiento contencioso administrativo, particularmente con los principios de economía, celeridad y preclusión.
- No atenta contra el derecho de defensa porque la parte tuvo oportunidad de exponer al juez *ad quem* los fundamentos de su impugnación o las razones de la defensa de la decisión recurrida y, con ello, consumó esa facultad.¹⁵⁴

Finalmente cabe anotar que de conformidad con el artículo 328 del CPC, cuando el auto no se notifique por disposición de la ley, es de cúmplase y no es susceptible de ningún recurso. En este tipo de providencias, si las mismas disponen un término, hay que esperar tres días para correrlo (art. 120 del CPC). Así mismo es importante acotar que la ley puede establecer que determinadas providencias no sean susceptibles de ningún recurso así se notifiquen. Pero dicha prohibición la debe contemplar expresamente la normativa, en caso contrario, procede el recurso subsidiario, esto es, el de reposición. Ejemplo de este caso es el auto que remite por falta de jurisdicción, pues aunque el artículo 168 del CPA no señala nada al respecto, sería susceptible del recurso de reposición por la falta de prohibición expresa.

E. El recurso ordinario de apelación

Procede contra las sentencias proferidas en procesos de primera instancia. El artículo 181 del CCA, establece los autos susceptibles de apelarse, de los cuales solo los contemplados en los numerales 1, 2 y 3 se dictan en sala o por la sección o subsección correspondiente, conforme lo establece el artículo 146A agregado por el artículo 61 de la Ley 1395 de 2010, o por el Juez administrativo. En la nueva normativa, el artículo que establece las providencias susceptibles de apelación es el 243 del CPA y de igual suerte solo se tienen en cuenta los primeros cuatro numerales de dicha disposición en lo atinente a decisiones proferidas por la sala, conforme lo consagra el artículo 125 del CPA

¹⁵⁴ Sección Tercera, Auto de junio 16 de 2005. Expediente. 17.091. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez. Publicado en revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2005, páginas 1272 a 1274.

Sin embargo algún sector de la jurisprudencia sostiene que la enumeración consagrada en los artículo 181 del CCA y 243 del CPA no es taxativa, ya que por vía de la remisión consagrada en el artículo 267 del CCA o 306 del CPA, existen otros autos interlocutorios que pueden ser apelados¹⁵⁵, como por ejemplo: el auto que decide la acumulación de procesos¹⁵⁶, los que rechacen la reforma o adición de la demanda, resuelven la intervención de sucesores procesales, el que rechaza la representación de alguna de las partes, el que deniegue el trámite *de* algún incidente o rechace *de plano* las excepciones en los procesos ejecutivos o la liquidación de los créditos dentro de los mismos, el que decida la suspensión del proceso, etc.

A pesar de lo anterior, en nuestra opinión, consideramos que la enumeración del artículo 181 del CCA y del artículo 243 del CPA es taxativa porque regula en su totalidad todas las hipótesis en torno a las providencias susceptibles de apelación, sin presentar ningún vacío, lo que hace inviable hacer uso de la remisión consagrada en el artículo 267 del CCA y 306 del CPA. Esto lo expresamos porque el principio de la doble instancia no es absoluto y el legislador puede establecer excepciones, tal como acontece en el contencioso administrativo con los autos no enumerados en el artículo 181 del CCA y en el artículo 243 del CPA¹⁵⁷. En armonía con lo expuesto en este párrafo resulta dicente lo consagrado en el párrafo del artículo 243 del CPA, el cual expresa: “*La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que rijan por el procedimiento civil*”. Por ejemplo: lo concerniente al proceso ejecutivo, toda vez que el mismo se rige por el regulado en el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso (Inciso primero del artículo 299 del CPA), sin embargo, en materia de apelación se debe aplicar lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, mientras no haya vacío.

Si las providencias enumeradas en el artículo 181 del CCA y en el artículo 243 del CPA son expedidas en procesos de única o segunda instancia, serán de ponente

¹⁵⁵ “De allí que, para establecer si los autos mediante los cuales se deciden autos distintos de los que aparecen en el precepto transcrito son apelables, debe acudirse a lo normado sobre el particular, y en cuanto sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones propios de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por el código de procedimiento civil, en virtud de la remisión expresa que hace a dicho ordenamiento el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo” (Consejo De Estado, Sección Tercera, Auto de marzo 3 de 2001, Expediente 19 266, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez).

¹⁵⁶ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 19 de julio de 2006, expediente 28773, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁵⁷ La Corte Constitucional explica al respecto: “[...] el principio de la doble instancia (C.P. art. 31) no reviste un carácter absoluto, pues no hace parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso, ya que la procedencia de la apelación puede ser determinada por el *Legislador* de acuerdo con la naturaleza del proceso y la providencia y la calidad o el monto del agravio referido a la respectiva parte. En este orden de ideas la ley puede consagrar excepciones a la doble instancia, salvo cuando se trata de sentencias penales condenatorias o de fallos de tutela, los cuales siempre podrán ser impugnados según los artículos 29 y 86 de la carta”. Sentencia C-040 de enero 20 de 2002.

para que opere por regla general el recurso ordinario de súplica, lo cual es más garantista e implica mayor imparcialidad, porque en la decisión del recurso no estará involucrado quién profirió la decisión. Esta regla es ratificada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde expresamente se señala que el recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto (Inciso primero del artículo 246 del CPA).

Sobre el recurso de apelación hay que anotar siete situaciones:

- En primer lugar, el principio de la no *Reformatio in Pejus*¹⁵⁸ de que se habló en el recurso de reposición, en caso de que se tratare de apelante único, es aplicable en toda su extensión en este recurso¹⁵⁹, a tal punto que, si el auto apelado no perjudica en nada al recurrente, el recurso se declara desierto por falta de interés jurídico¹⁶⁰.

Ahora bien, este principio posee cuatro excepciones¹⁶¹, así:

1. Cuando apelan las dos partes del proceso.

¹⁵⁸ El Consejo de Estado ha definido el alcance de este principio en los siguientes términos en lo atinente a la competencia del Juez ad-quem: “[...] en primer lugar, que no puede enmendar la providencia apelada imponiendo al recurrente vencido una agravación de las obligaciones a que ya fue condenado y, en segundo lugar, que el superior debe respetar o preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resultaren desfavorables para el apelante único y que el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos no perjudiciales para sus derechos e intereses, [...]”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Sentencia de 9 de junio de 2010. Radicación 68001-23-15-000-1995-00434-01. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2010, páginas 1561 a 1568.

¹⁵⁹ “Los límites materiales y formales que se tiene en esta instancia están determinados por el contenido de la apelación. Por esta razón, dispone el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil que este recurso se entienda interpuesto en lo desfavorable al apelante, de manera que no se puede agravar la situación del apelante único. A este principio se le ha denominado como la no *reformatio in pejus*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1º de octubre de 2008. Expediente 17070. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de 2009, páginas 435 a 437.

¹⁶⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-410 de septiembre 12 de 1995, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell. En el sentido expuesto, el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos: “Así mismo, debe hacerse hincapié en que la interposición del recurso de apelación implica la existencia de interés jurídico para ello, esto es, que la decisión de primer grado debe serle parcial o totalmente desfavorable al recurrente, porque de lo contrario no le es dable impugnarla. Por consiguiente, cuando la sentencia de primera instancia le es totalmente favorable a una de las partes no tiene vocación para recurrirla, ni tampoco tiene cabida la apelación adhesiva”. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 14 de marzo de 2000, exp. S-571, C.P.: Carlos Arturo Orjuela Góngora.

¹⁶¹ “En estos dos supuestos la ley autoriza, por razones lógicas, que el juez no quede atado a la favorabilidad que cada apelante busca para su situación procesal, con la interposición del recurso, pues es preciso dotarlo de la capacidad para resolver con libertad, pues de no hacerlo carecerían de sentido los recursos interpuestos, pues el ad quem no podría decidir en ningún sentido”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 1º de octubre de 2008. Expediente 17070. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de 2009, páginas 435 a 437.

2. Cuando quien no apela se adhiere al recurso: El apelante adhesivo tiene derecho a que le estudien, sin limitaciones, la posición en que lo dejó la sentencia del *a quo*, lo que genera que frente al recurrente principal también opere dicho fenómeno por igualdad. La apelación adhesiva se interpone cuando se deja vencer el término de ejecutoria (inciso primero del artículo 353 del CPC y 357 de la misma codificación). Por otro lado, no se puede ser apelante principal y, a la vez, apelante adhesivo de otro recurrente principal. Asimismo es pertinente precisar que la adhesión puede hacerse a cualquiera de los recursos de apelación interpuestos por cualquiera de las partes en litigio, no necesariamente al recurso interpuesto por la parte contraria. Aunado a lo anterior, hay que anotar que este recurso es dependiente del principal, por ende, si hay desistimiento del principal lo afecta. A lo anterior hay que agregar que el apelante adhesivo no tiene la posibilidad de sustentar el recurso. Finalmente, de esta forma de apelación puede hacerse uso ante el juez que profirió la sentencia, mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior, hasta el vencimiento del plazo para alegar. Ahora bien, esta excepción no opera si el apelante adhesivo comparte el mismo interés del único apelante principal, tal como lo ha explicado el Consejo de Estado de la siguiente manera:

En síntesis, se tiene que el límite material que para las competencias del juez superior comporta la apelación adhesiva dependerá del origen subjetivo de tal apelación, toda vez que si ésta proviene de otro integrante de la misma parte a la cual pertenece quien interpuso la apelación principal, o mejor aún cuando comparte un mismo interés jurídico y sustancial con ésta, el ad quem debe garantizar la *no reformatio in pejus* como quiera en tal caso se estará ante un único apelante, restringiendo entonces su competencia a los aspectos de la sentencia de primera instancia que constituyen el objeto de la apelación de conformidad con la sustentación del respectivo recurso, dado que las apelaciones formalmente plurales comportan o provienen de un mismo y común interés.¹⁶²

3. En aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado: en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así

¹⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Sentencia de 9 de junio de 2010. Radicación 68001-23-15-000-1995-00434-01. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2010, páginas 1561 a 1568.

deberá hacerlo, aun cuando fuere desfavorable al apelante (inc. Final del art. 357 del CPC).¹⁶³

4. Cuando opera el mecanismo jurídico de la consulta: el juez *ad-quem* puede hacer más gravosa la situación del apelante único con el único objeto de proteger el erario público. Es importante aclarar que este mecanismo es derogado por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por ende, esta excepción desaparece con el advenimiento de la Ley 1437 de 2011.
- En segundo lugar, es pertinente anotar que el superior no puede confirmar o revocar el auto proferido por el inferior por otras razones no alegadas con el recurso, porque esas nuevas razones no serían objeto de doble instancia y se violaría el debido proceso y el derecho de defensa del recurrente lo que, en la práctica, sería una confirmación en perjuicio del impugnante. La exigencia legal que señala que quien apela una decisión judicial sustente el recurso tiene como fin primordial delimitar la competencia que tiene el juez al resolver. El recurrente es el único legitimado para denunciar explícitamente en la sustentación del recurso lo que le es desfavorable, con lo cual define la competencia del juez de segunda instancia y evita que este se extralimite en sus funciones al crear una impugnación que el apelante no hizo (art. 352 del CPC).¹⁶⁴
 - Sin embargo, la premisa anotada en el punto anterior no es predicable de la sentencia, pues esta es la providencia que da por terminado el proceso y por ende, no existen más oportunidades de impugnación, por tanto, la sentencia de segunda instancia si puede confirmar la decisión de la primera por otras razones. Es importante precisar que esta aclaración no es una excepción a la prohibición de la cadena interminable de recursos, pues no se modifica la parte resolutive de la decisión impugnada. *A contrario sensu*, si la sentencia de segundo grado lo que hace es revocar parcial o totalmente la providencia de primera instancia, en este caso si opera el límite consagrado en el artículo 352 del CPC al cual se hizo referencia en el punto anterior.
 - En cuarto lugar, el penúltimo inciso del artículo 181 del CCA, establece que la apelación, contra los autos mencionado en tal artículo, debe proferirse

¹⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Sentencia de 9 de junio de 2010. Radicación 68001-23-15-000-1995-00434-01. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2010, páginas 1561 a 1568.

¹⁶⁴ Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 11001310303520010058501 de septiembre 8 de 2009, Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla. Es importante anotar que en esta providencia se permitió integrar el escrito de sustentación con los alegatos de conclusión.

directamente y no como subsidiario del de reposición, sin embargo, si equivocadamente el recurrente lo interpone como subsidiario de este último, el juez administrativo deberá concederlo, bajo el entendido de que prevalece el derecho sustancial sobre el procesal, siempre y cuando el recurrente coloque expresamente en el tenor literal del recurso de que en el evento de que el Juez considere que el auto no es susceptible de reposición, se considere la apelación como recurso principal¹⁶⁵. Sobre este punto la nueva codificación no precisa nada, por ende, consideramos que se deben seguir los lineamientos anotados en este acápite.

- En quinto lugar, la apelación debe versar sobre el objeto *litis*, es decir, so pretexto del ejercicio de la misma no se pueden traer a colación puntos no debatidos en el trámite procesal de primera instancia como consecuencia de lo expuesto en la demanda, su respectiva contestación y la fijación del litigio que determine el Juez en la audiencia inicial.¹⁶⁶
- El recurso de apelación puede buscar no solo revocar total o parcialmente el auto recurrido, sino modificar la decisión en el sentido de aclararla o adicionarla, en aquellos eventos en que el juzgador de primera instancia no hubiere tenido en cuenta argumentos expuestos en dicha instancia en los momentos procesales oportunos. Por ejemplo: argumentos alegados en la etapa correspondiente y no tenidos en cuenta en el fallo que se recurre.
- Cuando una de las partes no recurre en apelación la sentencia de primera instancia, su situación jurídico procesal se mantiene incólume en relación con lo no discutido por el apelante, es decir, en cuanto corresponde específicamente a dicha parte, el Juez *ad-quem* carece de competencia para revisar el fallo, salvo que opere el mecanismo jurídico de la consulta como se verá más adelante.¹⁶⁷ Ahora bien, se reitera en este punto que el mecanismo de consulta fue derogado por la nueva normativa.

¹⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto de junio 14 de 1996, Expediente Q-7785, Consejero Ponente Delio Gómez Leyva.

¹⁶⁶ “No puede el recurrente con ocasión del trámite del recurso de apelación exponer nuevos motivos de inconformidad, distintos de los expuestos en la demanda, porque el Tribunal de instancia, como ya se dijo, limita el examen de la legalidad del acto a lo dicho por el demandante en su libelo. Aceptar que el recurrente puede modificar o adicionar el concepto de la violación, después de precluida la oportunidad procesal para ello, colocaría a la parte contraria en posición de desventaja, con clara violación de los derechos al debido proceso y de defensa, y al juez de instancia en situación de que su providencia sea revocada por razones jurídicas no debatidas cuando el asunto estuvo bajo su conocimiento.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 30 de octubre de 1997, exp. 2941, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola.

¹⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Sentencia de 9 de junio de 2010. Radicación 68001-23-15-000-1995-00434-01. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2010, páginas 1561 a 1568.

Por regla general el recurso se concede en el efecto suspensivo salvo que la ley especial contemple otra cosa, como ocurre con la apelación frente a la suspensión provisional (inciso tercero del artículo 155 del CCA) o frente al auto que acepta la intervención de terceros (inciso cuarto del artículo 146 del CCA). Ahora bien, el nuevo código continúa la misma regla general y precisa las excepciones. En efecto, señala que en los casos contemplados en los numerales 2, 6, 7 y 9 del artículo 243 del CPA, el recurso de apelación se concederá en el efecto devolutivo (Último inciso del artículo 243 del CPA).

Por otro lado, es necesario precisar que el Juez de primera instancia concede o deniega el recurso de apelación y en este último caso es procedente el recurso de queja (artículo 245 del CPA) y el de segunda instancia admite, declara desierto o rechaza el recurso de apelación y en los dos últimos casos cabe el recurso ordinario de súplica (Inciso primero del artículo 246 del CPA). El *ad quem* también resuelve el recurso confirmando la providencia de primera instancia, adicionándola o revocándola.

1. Enumeración que consagra el artículo 243 del CPA

Antes de iniciar el análisis de cada uno de los casos, se destaca que la nueva normativa solo circunscribe a los eventos contemplados en los numerales 1, 2, 3 y 4 como susceptibles de apelación en sede de tribunales administrativos, lo que quiere decir que la totalidad de los casos contemplados en el artículo 243 del CPA solo se refiere a los jueces administrativos (penúltimo inciso del artículo 243 del CPA).

a. El que rechaza la demanda: Su decreto impide que nazca el proceso. Es necesario advertir que el rechazo de la demanda no se puede confundir con el de la inadmisión de la demanda, ya que, de conformidad a lo consagrado en el artículo 143 del CCA o en el artículo 170 del CPA, cuando la demanda se encuentre inmersa dentro de irregularidades meramente formales, se le concederán 5 o 10 días al demandante para que la corrija, dependiendo de la normativa que se aplique, mediante auto susceptible de recurso de reposición, en caso contrario se rechazará la demanda. Por lo tanto el rechazo se da cuando no se corrige la demanda, se corrige mal o cuando la misma adolece de defectos sustanciales que impiden adelantar el proceso como por ejemplo: la operancia de la caducidad. Es pertinente anotar que la caducidad se interrumpe a partir de la presentación de la demanda inicial y no frente a la corregida. Ahora bien, es posible que se admita una parte de la demanda y otra parte se rechace, como sería el caso del agotamiento de la vía gubernativa en unos ámbitos y en otros no. En este caso, si hay apelación, se da en el efecto suspensivo.

En asuntos de única instancia, el rechazo lo dicta el ponente, el cual es susceptible del recurso ordinario de súplica ante la sala.

Por otro lado, cuando se trate de falta de jurisdicción, en virtud de lo consagrado en el inciso 4to del artículo 143 del CCA, el expediente se remite al juez competente, para que se continúe con su trámite. El artículo anotado debe interpretarse de manera sistemática con el artículo 216 del mismo ordenamiento, de lo cual se colige que contra esta decisión no procede recurso alguno. Sin embargo, la nueva codificación no exceptúa a esta decisión de su posibilidad de impugnarse a través del recurso de reposición, como consecuencia en vigencia del nuevo código podrá ser reponible. El nuevo Juez que asuma el conocimiento adoptará las medidas de adecuación y saneamiento que se consideren necesarias. Cuando se trate de falta de competencia, la remisión es susceptible de recurso de reposición (art. 215 del CCA y artículo 158 del CPA).

Ahora bien, cuando se inadmite la demanda porque se carece de poder y luego se rechaza por falta de corrección, no es posible conceder recurso de apelación contra dicha decisión si aún subsiste la mencionada falencia. En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo del Quindío en los siguientes términos:

Asimismo, estima esta Sala Dual que si bien pretende el Dr. Jaramillo Lozano suplir la irregularidad en comento, allegando en esta oportunidad procesal¹⁶⁸ el poder especial a él conferido por el Sr. Ariel Marín Moreno, como se observa a f. 71 C. Ppal., para pretender de alguna manera la ratificación de sus actuaciones, tal situación de conformidad con el aparte jurisprudencial transcrito (en donde se discutía asunto similar pero en el cual el allí agente oficioso, acercó posterior a la sustentación de un recurso de apelación una sustitución de poder a él efectuada), no tiene en realidad ninguna incidencia o relevancia, para sanear la falta de legitimidad de su actuación no solo como apoderado sino como agente oficioso cuando interpuso en este asunto, el recurso de alzada frente al auto de primera instancia que rechazó la demanda en la acción de la referencia, recurso que en su momento no ha debido concederse por él a quo por falta de representación o de poder para actuar de quien lo interpuso.¹⁶⁹

b. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite: Es importante

¹⁶⁸ Recurso de súplica.

¹⁶⁹ Tribunal Administrativo del Quindío –Sala Dual de Decisión– Armenia, Q., dieciséis (16) de noviembre de dos mil once (2011), Magistrada Ponente: María Luisa Echeverri Gómez, Auto: Resuelve recurso de Súplica, Radicado: 63–001–3331–001–2011–00062–01, Rad. Inte. 2011–435, Acción: Reparación Directa, Actor: Ariel Marín Moreno, Demandado: Nación –Fiscalía General de la Nación y otros–. Instancia: Segunda.

anotar que en la antigua codificación, la suspensión provisional se decidía en el auto admisorio de la demanda, empero, al momento de apelar se debía precisar que se apela la suspensión ya que la admisión solo era susceptible del recurso de reposición (Inc. 6to, artículo 143 del CCA). El auto que decidía en segunda instancia no era recurrible. Si se trataba de única instancia, la suspensión solo era susceptible del recurso de reposición (Inc. 6to, Artículo 143 del CCA). En este evento se podría presentar un evento de simultaneidad en la interposición de los dos recursos dentro del mismo término de ejecutoria, dado que se podría interponer reposición contra el auto admisorio de la demanda y apelación contra la decisión que resuelve la suspensión provisional (Artículo 155, inc. 2do del CCA). En este último caso, si se revoca el auto admisorio de la demanda, por sustracción de materia no se le da trámite a la apelación, por tanto, es menester esperar a que se resuelva la reposición y solo hasta entonces mirar la posibilidad de tramitar la apelación.

Ahora bien, la nueva codificación solucionó el asunto expuesto en el párrafo anterior, pues advirtió de manera expresa que las decisiones que se adopten en relación con medidas Cautelares, deben proferirse en autos independientes y no al interior del auto admisorio de la demanda (Inciso segundo del artículo 233 del CPA). Por otro lado, cabe aclarar que conforme a la nueva normativa, en asuntos de única instancia, la decisión que decreta la suspensión provisional solo es susceptible del recurso ordinario de súplica (Inciso primero del artículo 236 del CPA).

c. El que ponga fin al proceso: Son autos interlocutorios como el desistimiento, la perención, la transacción o el abandono. En nuestro concepto el auto que declara desierto el recurso de apelación también estaría dentro de esta hipótesis, habida cuenta que pone fin al proceso de forma anticipada porque imposibilita que continúe el trámite de la segunda instancia. Sin embargo la nueva codificación señala que contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación, cabe el recurso ordinario de súplica (Inciso primero del artículo 245 del CPA)

El allanamiento se decide en la Sentencia y si estos autos se dictan en procesos de segunda o única instancia son recurribles a través del recurso de súplica.

d. El que resuelve sobre la liquidación de la condena o de los perjuicios: La liquidación de condenas se resuelve a través de un incidente que se adelanta dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia condenatoria o de la notificación del auto de cúmplase lo ordenado por el superior (art. 172 del CCA en concordancia con el artículo 137 del CPC y con sujeción a los parámetros señalados en el artículo 178 del CCA En el nuevo código esta disposición se encuentra consagrada en el inciso segundo del artículo 193 del CPA). Esta

providencia también es consultable, aunque solamente en aquellos eventos en que la condena exceda de 300 salarios mínimos legales mensuales y sea de primera instancia, sin embargo, es de aclarar que la consulta quedó derogada en el nuevo código. Es pertinente reiterar que este auto siempre es de ponente así haga parte de la sentencia y es susceptible de apelación, en virtud de lo consagrado en el artículo 146A del Código Contencioso Administrativo, el cual fue agregado por el artículo 61 de la Ley 1395 de 2010 y en armonía con lo dispuesto en el artículo 125 del CPA. Sin embargo, si se dicta en única instancia no es susceptible de recurso ordinario alguno por hacer parte de un fallo.

e. El que aprueba conciliaciones extrajudiciales o judiciales: En el antiguo Código Contencioso Administrativo, tanto el auto que aprobaba o improbaba la conciliación judicial como el auto que aprobaba o improbaba la extrajudicial, debían ser dictados por el ponente y si se trataba de asuntos de primera instancia, procedía el recurso de apelación, en caso contrario (única y segunda instancia), reposición. Cuando se trataba de Juzgados era apelable. (Artículo 3ro de la Ley 640 de 2001).

Ahora bien, la nueva normativa advierte que el auto que aprueba la conciliación es de Sala (Artículo 125 del CPA) y es susceptible del recurso de apelación. Cuando la conciliación es aprobatoria, solo el Ministerio Público está habilitado para recurrir (Numeral 4º del artículo 243 del CPA). Por tanto, en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el auto que imprueba el acuerdo conciliatorio no es apelable y solo será susceptible del recurso de reposición.

f. El que decreta nulidades procesales: Si se trata de un auto que declara la nulidad del proceso en su totalidad, la apelación se concederá en el efecto devolutivo (último inciso del artículo 243 del CPA). Si la nulidad solo fuera parcial, la apelación se concede en el efecto devolutivo y no en el diferido como lo señala el art. 354 del CPC, toda vez que tal norma resulta incompatible con lo señalado en el último inciso del artículo 181 del CCA y en el último inciso del artículo 243 del CPA Si se trata de procesos de única o segunda instancia, el auto que decide sobre nulidades lo dicta el ponente y solo es susceptible del recurso de súplica (art. 183, CCA e inciso primero del artículo 246 del CPA). Cuando se trate de Juzgados es apelable. El auto que deniegue nulidades procesales es de ponente y solo es susceptible del recurso ordinario de súplica, si se trata de jueces colegiados, sin importar la instancia, o de reposición si se trata de juez unipersonal, tal como lo dispuso el Consejo de Estado, a través de providencia del 23 de junio de 2001, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Radicación 18869. La explicación a esta excepción se infiere del principio de la especialidad, ya que en materia de lo contencioso administrativo, tal como lo dispone el numeral

sexto (6º) del artículo 181 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 57 y el numeral sexto (6º) del artículo 243 del CPA, solo es susceptible de apelación el auto que decreta nulidades procesales,¹⁷⁰ aunque se advierte que esta posición no es unánime al interior de la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁷¹.

g. El que niega la intervención de terceros: El auto que acepta la intervención de terceros en primera instancia será apelable en el efecto devolutivo en virtud de lo consagrado en el inciso 4to del artículo 146 del CCA; en el nuevo Código este auto solo es susceptible de reposición dado que el numeral 7º del artículo 243 del CPA únicamente se refiere al auto que niega la intervención de terceros. El qué la niega, en el devolutivo y en ambas hipótesis será dictado por el ponente a nivel de Tribunal. Así mismo, el que niega la intervención de terceros en asunto de única instancia será dictado por el ponente y pasible del recurso ordinario de súplica. A nivel de Juzgado, será solo apelable (Artículo 217 del Código Contencioso Administrativo y numeral 7º del artículo 243 del CPA).

h. El que prescinda de la audiencia de pruebas y el que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente: En el antiguo código era apelable el que deniega la apertura a pruebas, o el señalamiento del término para practicarlas, o el decreto de alguna pedida oportunamente o su práctica en el proceso principal o en cualquier incidente¹⁷². Ahora bien, si las decisiones susceptibles del recurso de apelación establecidas en este literal son dictadas en primera instancia, se expiden por el ponente y son susceptibles del recurso de apelación, en única o en segunda se expiden por el ponente y procede el recurso de súplica. Los expedidos por los Jueces son susceptibles de apelación ante los Tribunales. Vale la pena anotar que el auto que deniega el señalamiento de término para práctica de pruebas o que prescinde de la audiencia de pruebas, es un auto de sustanciación dictado por el ponente en procesos de primera instancia.

Ahora bien, es pertinente precisar que el recurso operante es el ordinario de reposición si se trata de juez corporativo o si es unipersonal, en los siguientes eventos relacionados con el tema probatorio: si se pasa por alto una prueba,

¹⁷⁰ “En vigencia la ley 446 de 1998, no es dable al Juez Contencioso Administrativo aplicar, por remisión, el código de procedimiento civil, puesto que con la modificación introducida al artículo 181 del Código Contencioso Administrativo existe una disposición específica en cuanto a este tema se refiere; así en el numeral 6º se señala como apelable el auto que decreta nulidades procesales; de esta forma queda excluido de dicha previsión el auto que deniega la nulidad, contra el cual el recurso de apelación resulta improcedente. (Consejo de Estado Sección Tercera, Auto de marzo 8 de 2001, Expediente 19266, Consejero Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez)

¹⁷¹ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, Bogotá D.C. 25 de septiembre de 2003, Rad. 25000-23-24-000-1999-90812-01 (14131), Actor: Inversiones Cachicamos y otros.

¹⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Sentencia del 26 de mayo de 2005, Rad. 63001-23-31-000-2002-0849-01, Exp. 27.998, Actor: Villaligia E.U.

cuando se decretan pruebas de contestaciones de demandas extemporáneas, esto es, presentadas luego de transcurrido el término de fijación en lista, lo que ocasiona que se den por no presentadas, o cuando se accede a la ampliación del término probatorio. Sin embargo, con relación a la última decisión anotada, si lo que ocurre es que se niega la ampliación del término probatorio, este auto si es apelable porque se está señalando un nuevo término para practicar pruebas.

2. Efectos de la Apelación

Por regla general el recurso se concede en el efecto suspensivo (art. 181, CCA y último inciso del artículo 243 del CPA). El auto que decrete una medida cautelar como la suspensión provisional será en el devolutivo (Inciso tercero del artículo 155 del CCA y último inciso del artículo 243 del CPA) o el que deniega el amparo de pobreza, en el efecto devolutivo (art. 162, C. De P. C.), en este último caso si se acoge la tesis de la no taxatividad de la enumeración del 181 del CCA o 243 del CPA Estas son excepciones a la regla general. A pesar de lo anterior, es nuestro parecer que la regla general es el suspensivo y las excepciones solo las puede contemplar el mismo Código Contencioso Administrativo, toda vez que la enumeración del 181 o 243 es taxativa y no le es dable al juzgador acudir al procedimiento civil en esta materia, ni siquiera en lo que tiene que ver con los efectos de la apelación (Parágrafo del artículo 243 del CPA). Por ejemplo, si se apela el auto que niega alguna prueba, hasta que no se decida la apelación en segunda instancia, el periodo probatorio no empieza a correr (art. 209 del CCA). En este último caso, el último inciso del artículo 243 del CPA, establece que el auto que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente, se concederá en el efecto devolutivo. Además de las dos excepciones anotadas, también se conceden en el efecto devolutivo las apelaciones contra el auto que decreta nulidades procesales y el que niega la intervención de terceros (último inciso del artículo 243 del CPA).

3. Trámite de la apelación

En el antiguo Código Contencioso Administrativo, el auto de suspensión provisional era sujeto de apelación, el cual se resolvía de plano por el superior, lo que quiere decir que no existía trámite para tramitar el recurso de alzada en segunda instancia (art. 155 del CCA). En la nueva codificación, en relación con este aspecto, no se diferencia a la suspensión provisional de las demás medidas cautelares (Artículo 236 del CPA), por ende, en lo atinente a la primera, se siguen los lineamientos que más adelante comentaremos.

Ahora bien, el trámite de la segunda instancia se sujetará a lo dispuesto en el artículo 213 del C. C A. para autos y al 212 *ibídem* cuando lo que se apele es

una sentencia. En la nueva normativa son el artículo 244 para autos y 247 para sentencias.

a. Panorama de la legislación antigua: Es obligatorio sustentar el recurso, so pena de su declaratoria de deserción y de la ejecutoria de la providencia objeto del mismo por el Juez a-quo. Tal sustentación se podrá llevar a cabo a más tardar, dentro de los cinco días siguientes constitutivos del traslado que dé el Juez de primera instancia o Magistrado Ponente, si se trata de autos o de diez días si lo que se recurre es la sentencia (los artículos 212 y 213 fueron reformados por los artículos 67 y 68 respectivamente de la Ley 1395 de 2010). Se reitera, tal traslado es de cinco o diez días según el caso, el cual corre a partir del día siguiente de notificado el auto o la sentencia recurrida (incisos segundo de los artículos 212 y 213 del CCA). En tratándose de autos, si el recurso es sustentado en tiempo, el inferior debe enviar al superior el expediente y si el recurso reúne los requisitos legales, será admitido por el superior mediante auto que ordene poner el memorial que lo fundamente a disposición de la parte contraria, durante tres (3) días, en la Secretaría. Si ambas partes apelaren, los términos serán comunes. Vencido el término de traslado a las partes, se debe remitir al ponente para que elabore el proyecto de decisión. El ponente registrará proyecto de decisión en el término de diez (10) días y la Sala debe resolver dentro de los cinco días siguientes.

b. Panorama de la legislación nueva: En cuanto a la apelación de sentencias nos remitimos a lo explicado en relación con las etapas procesales en el proceso ordinario. En lo atinente a los autos, el artículo 244 del CPA contempla el trámite del recurso de apelación, así:

1. Si el auto se profiere en audiencia la apelación deberá interponerse y sustentarse oralmente en el transcurso de la misma. De inmediato el juez dará traslado del recurso a los demás sujetos procesales con el fin de que se pronuncien, y a continuación procederá a resolver si lo concede o lo niega, de todo lo cual quedará constancia en el acta.

2. Si el auto se notifica por estado, el recurso deberá interponerse y sustentarse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes ante el juez que lo profirió. De la sustentación se dará traslado por Secretaría a los demás sujetos procesales por igual término, sin necesidad de auto que así lo ordene.

Si ambas partes apelaron los términos serán comunes. El juez concederá el recurso en caso de que sea procedente y haya sido sustentado.

3. Una vez concedido el recurso, se remitirá el expediente al superior para que lo decida de plano, esto quiere decir que, en estos eventos, no se surte término probatorio en segunda instancia.

4. Contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso.

Ahora, sobre este punto es necesario advertir que los términos a que se hace referencia líneas atrás, deben ser entendido como el lapso de 24 horas que comprende cada uno de los tres o diez días, en este último caso si se trata de apelación de sentencias, por ende, no se circunscribe solo al horario de atención al público, por lo tanto, el memorial de sustentación puede llegar vía fax después de dicho horario pero dentro del lapso del día hábil respectivo y es válido, pues se adujo dentro del término de ejecutoria, a lo que se suma que este memorial no requiere de presentación personal. Así mismo, en armonía con lo expuesto, se puede presentar el recurso por fuera del horario laboral, si las instalaciones de la Secretaría del Juzgado o Corporación se encontraren abiertas. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Cabe precisar que el hecho de que el escrito haya llegado vía fax 26 minutos después de haber cerrado la atención al público, no lo convierte en extemporáneo por cuanto llegó antes de que terminara el día en que venció el término y es más, antes de que terminara el horario de trabajo de los despacho judiciales en esta corporación, esto es, antes de las 5 p.m.

El estudio sistematizado de las normas que establecen la preclusión de los términos a la media noche del día en que se vencen, con aquellos que otorguen validez a los mensajes de datos, los cuales para su llegada al juzgado o tribunal de destino, no requieren que el juzgado se encuentre en el horario hábil o en el horario de atención al público, permite concluir que si el memorial llega vía fax antes de la media noche del día en que se vence el término, ha de entenderse su aducción al proceso como oportuna.

En el caso concreto, el término para sustentar el recurso de apelación, memorial que no requiere de presentación personal, corrió desde el 22 hasta el 24 de febrero de 2006, es decir que el plazo para la sustentación venció el 24 de febrero a la medianoche, de conformidad con el Código de Régimen Político y Municipal que dispuso que este termina a la medianoche del último día del plazo.¹⁷³

¹⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 25 de octubre de 2006. Expediente 32210. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado

Es necesario anotar que el recurrente deberá pagar los portes de correo de envío del expediente al superior, para surtir la apelación, en caso contrario se declararía desierto el recurso, salvo que el impugnante sea la parte demandante y haya dinero en el rubro de gastos ordinarios del proceso (Artículo 132, Inc., 2do del CPC), o que la apelación se surta en el mismo distrito judicial y en la misma sede, es decir, que no se generen gastos de porte de correo.

En todos los eventos en que se concede o deniegue la apelación de autos interlocutorios o sentencias, el auto será de ponente.

4. Pruebas en segunda instancia

En cuanto a la posibilidad de decretar pruebas de oficio en segunda instancia, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

[...]El decreto de pruebas de oficio en la segunda instancia es excepcional y procede únicamente en los casos contemplados en el art. 214 del ordenamiento procesal administrativo, esto es, respecto de las dejadas de practicar en la primera instancia pese a que fueron decretadas; las que versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas, pero solamente para demostrar o desvirtuar, la prueba documental no aducida en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria y las que traten de desvirtuar el caso anterior[...].¹⁷⁴

Obviamente si se trata de pruebas decretadas pero no practicadas en la primera instancia, debe exigirse, para su aducción en segunda instancia, que quién las pidió haya hecho todos los esfuerzos procesales para allegarlas al proceso, en caso contrario se favorecería y se premiaría su negligencia en detrimento de la parte contraria.

Ahora bien, sobre este punto el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 212, establece que cuando se trate de apelación de sentencia, en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. En caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante se requerirá su anuencia.

en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2007, páginas 767 a 769. Incluso, a nuestro modo de ver este precedente jurisprudencial se puede aplicar a todos aquellos memoriales que se pretendan aducir en un proceso judicial y frente a los cuales no se exija presentación personal por las normas procesales.

¹⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 10 de mayo de 2001, Exp.13347. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

2. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero solo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les falten para su perfeccionamiento.
3. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.
4. Cuando se trate de pruebas que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
5. Cuando con ellas se trate de desvirtuar las pruebas de que tratan los numerales 3 y 4, las cuales deberán solicitarse dentro del término de ejecutoria del auto que las decreta.
6. Si las pruebas pedidas en segunda instancia fueren procedentes se decretará un término para practicarlas que no podrá exceder de diez (10) días hábiles. (Parágrafo del artículo 212 del CPA).

F. El Recurso ordinario de Queja. (art. 182, CCA y art. 245 del CPA)

El recurso procederá cuando el Juzgador de primera instancia deniegue el de apelación o cuando lo conceda en efecto diferente al señalado en la ley, para que lo conceda si fuera procedente o corrija tal equivocación, según el caso (art. 377 del CPC). Igualmente cuando no se concedan los recursos extraordinarios de revisión y unificación de jurisprudencia previstos en el CPA Para su trámite e interposición se aplicará lo establecido en el artículo 378 del Código de Procedimiento Civil (art. 245 del CPA).

El trámite de este recuso está regulado en el artículo 378 del *Código de Procedimiento Civil*, en esta disposición se establece que se deberá interponer recurso de reposición contra el auto que no concedió la apelación y en subsidio que se expida copia de la providencia recurrida y demás piezas conducentes del proceso. El auto que deniega la reposición ordenará la expedición de copias y la parte recurrente dentro de los cinco días siguientes a su notificación por estado suministrará lo necesario para expedirlas. Luego el interesado deberá retirarlas dentro de los tres días siguientes al aviso de su expedición por parte del Secretario, en la forma establecida en el artículo 108 del CPC y radicarlas ante el superior. Dentro de los cinco días siguientes de la recepción de las copias, deberá sustentarse el recurso ante el superior. Habrá un traslado de dos días a la contraparte y luego se decidirá. Si declara procedente el recurso, el superior le comunica al inferior y ordena que le envíen el expediente o las copias del caso para surtir la apelación. Si

se trata de discusión sobre el efecto concedido de la apelación, se debe sustentar dentro de los 3 días siguientes a la llegada del expediente original o la copia y el Juez resolverá de plano disponiendo lo pertinente en caso de que el recurso de apelación deba surtir en debida forma en cuanto a sus efectos. En caso de que el interesado no realice algunas de las obligaciones expuestas en este párrafo, se declarará precluido el término correspondiente por parte del Juez, previo informe del Secretario. Es importante agregar que si el superior lo considera puede ordenar al inferior que le remita copias de otras piezas del expediente, y si el recurrente no suministra lo necesario para su expedición en el término de cinco días contados a partir del día siguiente en que el Secretario fije el aviso de que se habló líneas atrás, se declarará precluido el término y se le comunicará al superior.

Es pertinente anotar, además, que el auto que concede la queja es de ponente y es reponible, al igual que el que concede la apelación.

G. Recurso ordinario de súplica (art. 183 del CCA y 246 del CPA)

De conformidad a lo dispuesto en el antiguo código, procedía contra los autos interlocutorios dictados por el ponente, bien en los Tribunales o el Consejo de Estado, con excepción de los contemplados en el artículo 181 del CCA a nivel de Juzgados no tiene operancia este recurso.

Como corolario de lo anterior, Era necesario determinar cuáles eran los autos interlocutorios dictados por la Sala y de esa manera y por exclusión, se establecía cuáles son los que profería el ponente, por ejemplo, el auto que decretaba y ordenaba la práctica de pruebas sin denegar ninguna.

El trámite del recurso ordinario de súplica se encontraba regulado en el artículo 183 del CCA y contra lo decidido como consecuencia de este medio de impugnación no cabía ningún recurso. Aunque en nuestra opinión, si en la parte resolutive se resolvían asuntos nuevos no discutidos por el recurrente, era viable interponer recurso de reposición contra dicha providencia para garantizar el debido proceso y del derecho de defensa del impugnante. Esta última posición la continuamos sosteniendo en la actualidad.

En la nueva normativa se modifica la procedencia de este medio de impugnación, toda vez que el recurso de súplica procede contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario (Inciso primero del artículo 246 del CPA). Es importante aclarar que las providencias contempladas en los numerales 1°, 2°, 3° y 4° del artículo 243

del CPA, dictadas en segunda instancia, son de sala y como corolario, solo cabe recurso de reposición.

Este recurso deberá interponerse dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto, en escrito dirigido a la Sala de que forma parte el ponente, con expresión de las razones en que se funda (Inciso segundo del artículo 246 del CPA).

El escrito se agregará al expediente y se mantendrá en la secretaría por dos (2) días a disposición de la parte contraria; vencido el traslado, el secretario pasará el expediente al despacho del magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, quien será ponente para resolverlo ante la sala, sección o subsección. Este recurso se concede en el efecto suspensivo. Contra lo decidido no procede recurso alguno, excepto si se resuelven puntos nuevos, tal como se advirtió líneas atrás (Inciso tercero del artículo 246 del CPA).

Los autos que resuelvan los recursos de súplica serán dictados por las salas, secciones y subsecciones de decisión con exclusión del Magistrado que hubiere proferido el auto objeto de la súplica (Artículo 125 del CPA).

H. Mecanismo de Consulta (art. 184 del CCA)

Este mecanismo no es propiamente un medio de impugnación porque no procede a instancia de parte sino en virtud del cumplimiento de unos requisitos previamente establecidos en la ley. Es un instrumento ideado por el legislador con el objeto de controlar de una manera especial y reforzada aquellas sentencias que afectan ostensiblemente el erario público o resultan condenatorias en virtud de un ausente ejercicio del derecho de defensa de la parte vencida.

Procede frente a aquellas sentencias dictadas en primera instancia que impongan condenas en concreto a cargo de cualquier entidad pública, siempre que excedan de 300 salarios mínimos mensuales legales, o sean dictadas en contra de quién haya sido representado por curador *ad litem*, lo que sucede regularmente cuando el demandado es un particular, tal como ocurre con la acción de repetición. En ambos casos si no fueren apeladas por las personas a favor de quienes debe surtirse. En otras palabras, en el caso de una condena superior a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes en contra de una entidad pública, así apele la parte demandante, la consulta es procedente, siempre y cuando no haya apelado la entidad afectada desfavorablemente. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Antes de la modificación introducida por el artículo 57 de la ley 446 de 1998, el artículo 184 del CCA, establecía que la consulta

entendida a favor de las entidades públicas procedía, cuando la administración no apelara, para las sentencias y los autos sobre liquidación de condenas en abstracto que se profirieran en primera instancia e impusieran obligaciones a cargo de dichas entidades. Con la modificación el objetivo de este grado no varió, simplemente lo que quiso el legislador fue, entre otros aspectos, establecer un monto frente a la condena para la procedencia de la consulta, extender dicha prerrogativa a las personas que hubieren estado representadas por curador *ad litem* y, acortar trámites para evitar el desgaste de la jurisdicción. Por lo tanto, el grado jurisdiccional de consulta, antes de la modificación y con ella, se estableció para revisar la sentencia condenatoria que evidentemente desfavorece a la administración. De ahí que al tratarse de una prerrogativa a favor del Estado, mal haría el juez de segunda instancia en limitarse al recurso de apelación interpuesto únicamente por la parte demandante, cuando lo supuestos para la procedencia del grado jurisdiccional de consulta están dados.¹⁷⁵

Es un mecanismo procesal que nos lleva a un nuevo grado de jurisdicción, el cual también opera frente a las sentencias en abstracto dictadas igualmente en primera instancia, pero en este evento la consulta solo se hará con el auto que las liquide y siempre y cuando la condena exceda de los valores indicados atrás (se consulta conjuntamente la sentencia in genere y el auto de liquidación). A pesar de lo expuesto, las sentencias que condenan en salarios mínimos se consideran sentencias en concreto, pues dicha nomenclatura es fácilmente determinable sin mayor esfuerzo, por ende, estas sentencias también son consultables sin necesidad de esperar auto liquidatorio de ninguna índole. Lo mismo se puede decir de las sentencias que indican la aplicación de fórmulas matemáticas con cifras concretas de base, pues no son más que créditos liquidables y no condenas en abstracto. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, no obstante, en los casos de aumentos salariales, sin embargo, *mutatis mutandi* es aplicable para el caso que nos ocupa, así:

La condena por aumentos legales del salario, consecuentes al reintegro, no tiene semejanza con los casos que regula el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, porque se trata de obligaciones concretas sobre las cuales hay certeza y cuya fuente (la ley) ni siquiera requiere demostración alguna. En esta hipótesis está determinada la cantidad inicial y la disposición que simplemente ordena adicionar

¹⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de enero de dos mil siete (2007), Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00210-01 (16419), Actor: José Martín Quiroz Osejo y otros, Demandado: Municipio de Gualmatán, Apelación auto.

el reajuste que fija el legislador no puede considerarse como una condena en abstracto.¹⁷⁶

En materia laboral solo procederá cuando se imponga una condena a cargo de una entidad pública, “cuando en la respectiva actuación se deduzca que la demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses”. Esto se materializa en la praxis en tres eventos: el no nombramiento de defensor, toda vez que si el apoderado judicial guarda silencio, es una forma de defenderse y no puede ser entendida como no ejercicio del derecho de defensa. En segundo lugar, algo similar se podría sostener cuando se realiza una defensa irregular, por ejemplo: se da por no contestada la demanda, pues a nuestro modo de ver el artículo exige ausencia absoluta de defensa y si la entidad contó con apoderado pero el mismo no actuó conforme a los lineamientos legales, se trata de una clara responsabilidad del abogado que no puede ser sustraída con el advenimiento del mecanismo de consulta. En tercer lugar, cuando la entidad ignora la existencia del proceso y no realiza ninguna obligación que este demanda, pues, en caso contrario, si por ejemplo la entidad demandada remite al proceso los antecedentes administrativos del acto administrativo acusado, conoce del mismo y pretende que tales documentos obren como prueba en el plenario, por tanto, ejerce su derecho de defensa pues decide participar en el proceso a través del cumplimiento de dicha obligación y dichos documentos son elementos de juicio idóneos que serán tenidos en cuenta por el Juez al momento del fallo¹⁷⁷. Ahora bien, sobre este punto cabe anotar que la participación que puede realizar la entidad demandada en la conciliación que se celebra luego de proferida sentencia de condena, conforme lo establece el artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, no puede considerarse como una defensa efectiva que impida la consulta, pues la misma debe realizarse antes de que se profiera la sentencia y no después.

La consulta se decidirá previo traslado común de cinco días a las partes para que las mismas y el ministerio público presenten sus alegatos por escrito. El Agente del Ministerio podrá pedir traslado especial por el mismo término una vez culmine el traslado común. La consulta procede a favor de las Entidades públicas o de la persona representada por curador ad litem.

¹⁷⁶ Sentencia de Casación de febrero de 25 de 1994, Radicación 6455, Magistrado Ponente: Hugo Suescun Pujols.

¹⁷⁷ No se comparte providencia del Tribunal Administrativo del Quindío en la cual se considera que el envío de unos documentos al expediente no es una forma de defenderse, veamos: “*De esta manera, el argumento planteado por el Juzgado referente a que el hospital aquí accionante remitió unos documentos para que obraran como prueba, de modo alguno es indicativo del ejercicio del derecho de defensa. Tal apreciación desconoce el contenido de dicho derecho constitucional fundamental, y termina por vulnerarlo y consiguientemente vulnerar el debido proceso*”. Magistrado Ponente: Rigoberto Reyes Gómez, Armenia Quindío, doce (12) de marzo de dos mil trece (2013), Accionante: E.S.E. Hospital San Vicente de Paúl de Salento, Accionado: Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Armenia. Vinculado: Andrés Felipe Restrepo Restrepo. Radicado: 63001-2333-000-2013-00044-00.

En los procesos fiscales relacionados con impuestos de renta o complementarios no procede el grado de consulta, ya que la Nación no le impone al contribuyente la obligación de pagar suma alguna o devolver dinero¹⁷⁸, es decir, en caso de sentencia condenatoria no surge un detrimento patrimonial para la Nación.

El mecanismo de la consulta se surte aún en detrimento de las partes sin ningún tipo de límite. Por ende, en este caso no opera la *no reformatio in pejus*, a la cual hicimos referencia en los recursos de reposición y apelación. Es más, en aras de proteger el erario público, el mecanismo de consulta se surte aunque se interponga el recurso de apelación por la parte demandante y este se declare desierto por no sustentación o, aunque se sustente y se tramite como tal, es decir, la apelación del demandante no es óbice para impedir que el Juez de segunda instancia revise la indemnización de perjuicios, así el recurrente no hubiere mencionado dentro de sus motivos de inconformidad dicho tópico, pues, se reitera, en estos casos el Juez de segunda instancia tiene un compromiso con el patrimonio público que trasciende el mero interés interpartes o subjetivo de los contendientes. El único evento que impediría la revisión in extenso sería la apelación efectuada por la entidad pública condenada en debida forma, tal como se anotó líneas atrás, pues las apelaciones denegadas, declaradas desiertas o rechazadas no pueden impedir la consulta. Es por lo expuesto que consideramos que en sede de consulta no se puede hacer más gravosa la situación de la entidad pública condenada dado que dicho mecanismo opera en su favor, salvo que la sentencia haya sido apelada por la parte demandante y dentro de los argumentos del recurso obre una solicitud expresa de aumento del monto de la condena.

Finalmente, es importante advertir que esta figura quedó derogada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por ende, ante la nueva normativa será imposible poner en funcionamiento este mecanismo y el mismo solo operará para los procesos antiguos, es decir, aquellos que se tramiten bajo la égida del antiguo Código Contencioso Administrativo.

I. Recursos Extraordinarios

Los recursos extraordinarios al interior del proceso contencioso administrativo eran los de revisión y de súplica, sin embargo, con el advenimiento del artículo 2° de la Ley 954 de 2005, se derogó expresamente este último. Ahora bien, con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se conserva el recurso extraordinario de revisión, empero, se agrega el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

¹⁷⁸ Sentencia de la Sección Cuarta del Consejo de Estado en Sentencia de febrero 4 de 1985.

Antes de adentrarnos en el análisis de los recursos extraordinarios, cabe anotar que los mismos han perdido su trascendencia jurídica desde que se le dio paso a la acción de tutela contra sentencias judiciales ejecutoriadas, toda vez que la misma no está sometida a término preclusivo alguno, ni, como ocurre con el recurso de revisión, debe obedecer a causales previamente establecidas en la ley. Es nuestra opinión que la acción de tutela contra sentencias judiciales ejecutoriadas es una burla al principio de la cosa juzgada judicial que conlleva una notable inseguridad jurídica con menoscabo al Estado de Derecho¹⁷⁹. Para nosotros la acción de tutela contra sentencias judiciales y demás providencias en general¹⁸⁰, es improcedente constitucionalmente hablando,¹⁸¹ sin embargo es necesario acatar lo dispuesto por la Corte Constitucional mientras no modifique su posición jurisprudencial por jerarquía divisional y, paradójicamente, seguridad jurídica.

Basta con observar el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, el cual es claro en advertir que la acción de tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Como corolario, los recursos extraordinarios son medios de defensa judicial contra sentencias ejecutoriadas, por tanto, la tutela es improcedente. La Corte Constitucional, aunque tímidamente, en algunos fallos ha venido revaluando su jurisprudencia en el sentido de la procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales ejecutoriadas, fundándose precisamente en su carácter subsidiario frente a los recursos extraordinarios. En efecto, en relación con la pérdida de investidura de los congresistas, en Sentencia SU-858 del 15 de agosto de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Corte estimó que era improcedente la tutela al invocarse una supuesta vía de hecho, por cuanto existía otro medio de defensa judicial: el recurso

¹⁷⁹La propia Corte Constitucional, en Sentencia C-543 de octubre 1º de 1992, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, esgrimió que la cosa juzgada es un concepto inherente a la justicia, así: “Pero la misma idea de justicia sugiere la de un punto definitivo a partir del cual la sentencia no pueda ser modificada. Habiéndose llegado a él, una vez agotados todos los momentos procesales, concluidas las instancias de verificación jurídica sobre lo actuado y surtidos, si eran procedentes, los recursos extraordinarios previstos en la ley, no pueden haber nuevas opciones de revisión del proceso, en cuanto la posibilidad de que así suceda compromete en alto grado la prevalencia del interés general (C.P., art. 1º), representado en la necesaria certidumbre de las decisiones judiciales”.

¹⁸⁰ Respecto a la posibilidad de atacar decisiones jurisdiccionales cuando vulneren derechos fundamentales existen: los recursos ordinarios, impedimentos y recusaciones, valoración y contradicción de las pruebas, nulidades procesales y oportunidades para impugnarlas, es decir, toda una amalgama de herramientas procesales que resultan burladas por la tutela a pesar de que el constituyente señaló que no procedía cuando existían otros mecanismos judiciales para proteger el derecho fundamental vulnerado.

¹⁸¹ Esta opinión la comparte el profesor Alejandro Ordóñez Maldonado, en los siguientes términos: “La revisión de decisiones judiciales vía tutela es una invención de algunos magistrados de la Corte Constitucional con la que contraría, incluso, sus mismos precedentes. [...] el artículo 86 es claro al establecer que no procede la tutela cuando existe otro medio de defensa judicial; y los procesos judiciales son ese medio.” (Entrevista publicada en ámbito jurídico, ejemplar No 158, edición del 2 al 15 de agosto de 2004, página 3B). El Dr. Ordóñez Maldonado refiere que sobre la improcedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales ya existe pronunciamiento de la Corte Constitucional que hace tránsito a cosa juzgada. Ver: Sentencia C-543 de octubre 1º de 1992, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

extraordinario de revisión ante el Consejo de Estado¹⁸². Sin embargo, en reciente pronunciamiento, la Corte Constitucional insiste en su línea jurisprudencial de procedencia de la acción de tutela contra sentencias judiciales, empero, lo más preocupante es que ya no solo es por vías de hecho sino que trae a colación una serie de requisitos de procedibilidad generales y específicos que amplían el compás de manera ostensible¹⁸³.

Ahora, consideramos que el legislador tiene la respuesta para resolver el problema jurídico que se viene describiendo en los párrafos anteriores. Tal respuesta en nuestra opinión es fortalecer el recurso extraordinario de revisión incorporando los requisitos de procedibilidad generales y específicos que por vía jurisprudencial ha creado la Corte Constitucional, tal como se advirtió líneas atrás, acompañados de una medida cautelar que evite la ejecución de la sentencia cuando se vislumbre la vulneración de un derecho fundamental, previa caución si el afectado tiene capacidad de pago,¹⁸⁴ aunque a nuestro modo de ver el CCA y el CPA ya tienen incorporados estos requisitos dado que se pueden tipificar al interior de la causal genérica de nulidad de la sentencia judicial, tal como se resaltaré más adelante y solo bastaría regular la medida cautelar anotada. Esta solución armoniza los principios de seguridad jurídica y justicia material, pues la procedencia de un recurso que pone en entredicho la cosa juzgada de que goza la sentencia judicial, queda en manos del legislador y no de la opinión cambiante y ambivalente de la jurisprudencia.

A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no fortaleció la causal de nulidad originada en la sentencia, por tanto, en la nueva normativa no se incorporó a la causal anotada la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre la materia, ni se reguló medida cautelar en relación con la no ejecución de la sentencia en los casos descritos por la Máxima Corporación Constitucional, por ende, se perdió una oportunidad de oro para ponerle coto al problema de inseguridad jurídica que hemos venido comentando.

¹⁸² Referencia realizada por el Dr. José Gregorio Hernández Galindo, en su obra, Poder y Constitución, Editorial Legis, Página 400.

¹⁸³ Sentencia C-590 de junio 8 de 2005.

¹⁸⁴ La Dra. Catalina Botero Marino, en su obra “Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano” (Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”), describe el catálogo de las causales que la Corte Constitucional ha establecido para darle vía libre a la acción de tutela contra sentencias judiciales, así: 1. Requisitos generales: a.- Asunto de evidente relevancia constitucional, b.- subsidiariedad, c.- Irregularidad procesal con efecto directo y determinante sobre la sentencia impugnada, d.- Identificación del derecho vulnerado y las causas de la vulneración en el proceso primigenio, e.- Improcedencia de la acción de tutela contra sentencias de tutela e f.- Inmediatez. 2.- requisitos especiales: a.- Vía de hecho por defecto procesal, defecto orgánico, defecto fáctico, consecuencia y defecto sustancial y b.- desconocimiento del precedente y vulneración directa de la Constitución. (Ver páginas 63 a 76 de la obra anotada en este pie de página).

J. El Recurso Extraordinario de Revisión.

(Art. 185. CCA y arts. 248 a 253 del CPA).

1. Procedencia

Este recurso procede contra todas las sentencias ejecutoriadas de la jurisdicción contencioso administrativa y no solamente contra los fallos proferidos por las secciones o subsecciones de la sala contenciosa del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, en única o segunda instancia. Esto debido a que mediante la sentencia C-520 de agosto 4 de 2009, Magistrada Ponente María Victoria Calle, la Corte Constitucional declaró inexecutable la restricción que la Ley 446 de 1998 le imponía a la interposición de este recurso, pues afectaba irrazonablemente los derechos a la igualdad y al acceso efectivo a la administración de justicia, dado que mientras unas providencias solo tenían apelación otras podían impugnarse a través de la revisión, siendo ambas susceptibles de revisarse.

Por ende, cuando se trate de sentencias de primera instancia que queden ejecutoriadas, será procedente este tipo de recurso, ya que la persona o entidad pública que resulte afectada con la decisión solo tuvo a su disposición el recurso de apelación y al no hacer uso de él en la oportunidad legal no puede perder la oportunidad de recurrir en revisión, en caso contrario resultaría una carga excesiva frente al recurso extraordinario, toda vez que para la apelación el término es de días hábiles al paso que para la revisión el término es de años. Es cierto que recurrir en apelación es una carga procesal y como toda carga procesal, es una actuación procesal optativa que si no se realiza, traería consecuencias nocivas para quién debió ejercerla, como perder la revisión, posición asumida por el Consejo de Estado hasta antes de la declaratoria de inexecutable anotada, sin embargo, a nuestro modo de ver, abrir la posibilidad de recurrir en revisión ante el no ejercicio del recurso de apelación, cuando luego de transcurrido el término de ejecutoria, aparece alguna de las causales que hacen procedente el recurso que se estudia, es hacer efectivo el acceso a la administración de justicia. Aún más, antes de la declaratoria de inexecutable plurimencionada, se propugnaba por una interpretación acorde con los derechos a la igualdad y acceso a la administración de justicia, habida cuenta que por algunos juristas se consideraba que una sentencia no apelada era una sentencia de única instancia y, de esta manera, era pasible del recurso en comento, lo cual vendría compaginado con los principios anotados, dado que al momento de la apelación, como se dijo, pueden no conocerse los motivos que viabilizan el recurso extraordinario de revisión. Es por lo anterior que compartimos salvamento de voto del Dr. Enrique Gil Botero, quien manifestó sobre lo expuesto lo siguiente:

[...] otra lectura más sistemática y teleológica, permitiría entender que el legislador no hizo referencia a providencias proferidas en “primera instancia”, por la sencilla y

lógica razón de que, al hablar de sentencias proferidas en “única instancia”, este concepto abarca aquellas proferidas en primera instancia y que no fueron objeto del recurso de apelación, motivo por el cual quedaron, técnicamente hablando, convertidas en sentencias de única instancia.

La anterior conclusión es lógica, por cuanto si bien en materia de competencias al interior de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, existen providencias proferidas en única, primera o segunda instancia dictadas tanto por los jueces como por los tribunales administrativos y el Consejo de Estado, lo cierto es que una sentencia judicial frente a la cual no se interponen recursos se estructura, per se, en una providencia de única instancia.

En efecto, no resulta técnico hablar de la ejecutoriedad de una providencia de “primera instancia”, cuando lo cierto es que frente a la misma no se interpusieron recursos ordinarios, concretamente el de apelación. Por lo tanto, no es viable confundir la competencia con la naturaleza de la providencia, toda vez que un tribunal administrativo puede ser competente en primera instancia para proferir una sentencia de reparación directa cuya cuantía supera los 500 salarios mínimos mensuales legales vigentes, pero si la correspondiente providencia no es objeto del recurso de apelación, ostentará la calidad de providencia de única instancia, como quiera que, frente a la misma no se ejerció el recurso de apelación.¹⁸⁵

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo atendió la sentencia de constitucionalidad anotada líneas atrás y que armoniza con el salvamento de voto que se acaba de transcribir, así: “El recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las secciones y subsecciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, por los Tribunales Administrativos, y por los jueces administrativos” (Artículo 248 del CPA).

¹⁸⁵ Salvamento de voto a providencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 15 de agosto de 2007, expediente 30514, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra, extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2008, páginas 234 a 237.

2. Competencia

a. Panorama de la antigua normativa: La revisión le competará a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (art. 97, Numeral 4to del CCA), cuando se trate de sentencias ejecutoriadas dictadas por sus secciones, en única o segunda instancia. En la revisión no podrán actuar los consejeros de la sección que profirió la providencia, sin perjuicio de que puedan ser llamados a explicarla (art. 186 del CCA), esto no quiere decir que vayan a ser juzgados por sus actos como si se tratara de una investigación a su conducta, simplemente es un llamado a título informativo o ilustrativo para el resto de la Corporación.¹⁸⁶

La competencia para revisar las sentencias de los Tribunales y de los Jueces estará a cargo de las secciones de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, con sujeción a la especialidad de las mismas, establecida en el reglamento interno de la Corporación (Acuerdo 58 de 1999, modificado por el acuerdo 55 de 2003). A los Jueces Administrativos se les aplica el recurso extraordinario de revisión aunque siempre conocen en primera instancia, en aras de atender la declaratoria de inexecutable de la restricción que traía la Ley 446 de 1998 mediante la Sentencia C-520 de 2009; inexecutable acorde con la tesis expuesta en el salvamento de voto del Dr. Enrique Gil Botero, cuyos apartes pertinentes se transcribieron líneas atrás.

b. Panorama de la nueva normativa: De conformidad a lo consagrado en el artículo 249 del CPA, de los recursos de revisión contra las sentencias dictadas por las secciones o subsecciones del Consejo de Estado conocerá la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo sin exclusión de la sección que profirió la decisión. Esto evidencia una diferencia con el antiguo código, toda vez que en vigencia de la nueva codificación los miembros de la sección si participan en los debates y la suscripción del fallo de revisión. Aunque es loable que quienes participaron en la decisión recurrida participen en los debates para enriquecerlos, consideramos que es inconveniente que tengan capacidad decisoria frente al medio de impugnación, pues su imparcialidad está en entredicho.

De los recursos de revisión contra sentencias ejecutoriadas proferidas por los Tribunales Administrativos conocerán las secciones y subsecciones del Consejo de Estado según la materia (Inciso segundo del artículo 249 del CPA).

¹⁸⁶ “No es posible interpretar esta convocatoria como el preludio de un debate en torno a la sentencia, donde el ponente o la Sala debe dar explicaciones o ejercitar un supuesto derecho de defensa. No, esta no es la interpretación correcta de la norma, estamos es ante una figura de participación accidental, meramente aclaratoria e informativa, en torno a la providencia impugnada a través del recurso de revisión”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op.cit.*, p. 551.

De los recursos de revisión contra las sentencias ejecutoriadas proferidas por los jueces administrativos conocerán los Tribunales Administrativos (Inciso tercero del artículo 249 del CPA).

3. Término para su interposición y formalidades

Bajo la égida de la antigua normativa, el recurso debía formularse dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, mediante demanda que reuniera los requisitos señalados en el art. 137 del CCA, con la indicación precisa y razonada de la causal en que se fundaba, acompañada de los documentos necesarios que la soportaban, como por ejemplo: la constancia de ejecutoria de la sentencia (art. 189 del CCA).

En la nueva normativa el término para interponer el recurso se acorta, es decir, solo se puede interponer dentro del año siguiente a la ejecutoria de la respectiva sentencia (Inciso primero del artículo 251 del CPA). Ahora bien, este mismo artículo trae unas excepciones al término anotado, dependiendo de la causal de revisión que se invoque, por ende, por cuestiones de carácter pedagógico, preferimos hacer referencia a tales excepciones cuando abordemos cada una de las causales pertinentes, asunto que acometemos en el numeral 6° de este acápite.

4. Formulación

El recurso deberá formularse ante el Juez o Tribunal que dictó la sentencia, o ante la sección o subsección que la profirió en el Consejo de Estado. Estas instancias lo concederán si reúne las exigencias de ley o rechazarán el recurso por falta de requisitos formales, por razones de oportunidad o por no haberse indicado la causal o causales objeto del recurso. Frente al rechazo del recurso procede el recurso ordinario de queja.

Contra la providencia que decida la revisión no procede recurso alguno, aunque si se deciden puntos nuevos en la parte resolutive, podría considerarse una nueva oportunidad para impugnar.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 252 del CPA, el recurso debe interponerse mediante escrito que deberá contener:

- La designación de las partes y sus representantes.
- Nombre y domicilio del recurrente.
- Los hechos u omisiones que le sirvan de fundamento.
- La indicación precisa y razonada de la causal invocada.

Con el recurso se deberá acompañar poder para su interposición, y las pruebas documentales que el recurrente tenga en su poder y solicitará las que pretenda hacer valer. (Último inciso del artículo 252 del CPA).

5. Legitimación

Lo pueden interponer quién o quiénes oficiaban como parte demandante o parte demandada en el proceso en virtud del cual se profirió la sentencia objeto del recurso, porque es obvio que ambas parte pueden ejercer el recurso simultáneamente. También lo puede ejercitar el Ministerio Público en procura de proteger el patrimonio público, el ordenamiento jurídico o los derechos fundamentales que se violenten. Si se trata de recurrente único opera la *no reformatio in pejus*, pues se trata de un recurso que limita el alcance de la revisión de la sentencia a lo pretendido por el impugnante en su escrito, es decir, en lo atinente al acápite de las pretensiones.

6. Causales

Los motivos de revisión se encuentran estipulados de manera taxativa en el artículo 188 del CCA y en el artículo 250 del CPA¹⁸⁷, veamos:

¹⁸⁷Sin embargo, en materia de Responsabilidad Extracontractual del Estado, la sentencia condenatoria debería ser considerada como revisable en cuanto al monto de la indemnización, cuando, en lo que tiene que ver con los perjuicios ocasionados por el daño, estos se agraven con posterioridad a la sentencia, siempre y cuando, dicho agravamiento posea nexa causal con el daño. El tratadista Juan Carlos Henao sobre el particular, manifiesta: "la institución de la cosa juzgada en materia de responsabilidad civil en Colombia debe cambiar, para que se permita la revisión de las indemnizaciones: la cosa juzgada solo decide definitivamente en los casos de mejoramiento pero no de agravación respecto de la situación que genera el hecho dañino". El Daño, Universidad Externado de Colombia, página 75. Esta misma posición la contempla el profesor Javier Tamayo Jaramillo, quien considera incluso que cabría la opción de una nueva acción de responsabilidad, lo cual vemos conveniente para la víctima toda vez que el recurso extraordinario de revisión está sometido a un término de un año contado a partir del día siguiente de la ejecutoria de la sentencia que se recurre, al paso que en caso de una nueva acción, la caducidad correría a partir del día siguiente del agravamiento o de la aparición del nuevo daño, veamos: "Cuando intrínsecamente el daño se ha agravado, o ha aparecido uno nuevo con posterioridad a la condena, la víctima tiene derecho a una revisión de la sentencia sin que se le pueda oponer la excepción de cosa juzgada, ya que se trata de un nuevo daño que constituye un objeto diferente del que se adujo inicialmente en la demanda. Claro que lo más lógico sería una nueva acción, en la que tampoco cabría hablar de cosa juzgada, puesto que el objeto de la nueva demanda sería distinto del de la primera. Se trataría de dos daños distintos provenientes de un mismo hecho. Sin embargo, no debe confundirse la modificación intrínseca del daño (caso anterior) con la depreciación monetaria." Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, Legis, Segunda Edición 2007, corregida y aumentada, página 682. Ahora bien, si se trata de una condena por instalamentos sería posible revisar la sentencia en caso de que la situación de la víctima mejore y, como consecuencia, tal revisión sería a favor de la entidad condenada. Por otro lado, cabe preguntarnos lo siguiente: si la agravación o atenuación de la lesión persiste luego de finiquitado el término para recurrir, ¿sería posible impetrar tutela para revisar el monto condenatorio? En fin, todos estos aspectos relacionados en este pie de página no fueron tenidos en cuenta por el Legislador en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, por ende, la situación queda sin resolverse, con el agravante de que la víctima no tiene claro un mecanismo procesal de carácter judicial que le permita revisar el monto indemnizatorio.

a. Haberse dictado la sentencia con fundamento en documentos falsos

o adulterados: Esta causal contempla dos requisitos a saber: 1. La declaratoria de falsedad por parte de la justicia penal. En este caso, el impugnante, antes de proceder a interponer el recurso, deberá denunciar la situación ante la justicia penal para que declare la comisión del ilícito a través de sentencia o podrá advertir la situación constitutiva del hecho punible al Juez Administrativo y este, a su vez, lo pondrá en conocimiento del Juez penal y mientras la justicia penal decide, suspenderá el trámite del recurso, previa solicitud de prejudicialidad por parte del impugnante, y 2. que el documento declarado falso haya jugado un papel decisivo en la sentencia proferida, por ejemplo la condena al reconocimiento de una pensión con fundamento en documentos apócrifos que acreditan tiempo de servicios. La caución que se debe prestar para interponer este recurso se hará efectiva en el caso de que el proceso penal salga desfavorable a los intereses de la parte recurrente. Esta caución no se debe confundir con los perjuicios que se le ocasionan al denunciado o los denunciados penalmente, dado que para este, o para estos, queda a su disposición la acción de responsabilidad civil correspondiente. La caución se causa para garantizar los perjuicios que se le puedan ocasionar el beneficiario de la sentencia por el trámite del recurso. A lo anterior hay que agregar que la condena penal no necesariamente genera la revisión toda vez que, si el documento apócrifo no constituye el único documento determinante, la condena puede mantenerse incólume con las demás pruebas restantes.

b. Haberse encontrado o recobrado después de dictada la sentencia documentos decisivos, con los cuales se hubiera podido proferir una decisión diferente, y que el recurrente no pudo aportar al proceso por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria:

Se debe tratar de pruebas documentales que hubieren existido antes de producirse la sentencia ejecutoriada¹⁸⁸, empero, para la parte beneficiada de las mismas, fue imposible allegarlas al proceso primigenio por fuerza mayor o caso fortuito o por obra perniciosa de la parte contraria. Por el contrario, si la situación obedeció a su culpa o mala fe, la causal es improcedente.

Ahora bien, sobre la diferencia de la fuerza mayor y del caso fortuito, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado al respecto: “[...] es verdad que el caso fortuito y la fuerza mayor producen el mismo efecto liberatorio o sea la exoneración del deudor, no obstante esto esas dos figuras son distintas y responden a formas también muy diversas. La fuerza mayor designa el obstáculo a la ejecución de una obligación, como resultado de una fuerza extraña y el caso fortuito el obstáculo interno, es decir, el que proviene de las condiciones mismas de la conducta del deudor, del accidente material, de la falta de un empleado, etc. Por

¹⁸⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto del 20 de abril de 1998, exp, rev 110, C.P.: Daniel Guzmán Manrique.

eso en el caso fortuito se ve la imposibilidad relativa de la ejecución, al paso que la fuerza mayor se considera como la imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo insuperable que no permite el cumplimiento de la prestación, como una tempestad, un terremoto, el abuso de la autoridad, [...], por eso el artículo 1604 del Código de Comercio enseña que incumbe la prueba del caso fortuito al que lo alega, en la forma condicionada que allí se detalla”.¹⁸⁹

No sobra advertir en este literal que de conformidad al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el demandado debe aportar con la contestación de la demanda todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso, lo que en principio equivale a colegir, en aplicación de obligaciones procesales como las de guardar lealtad procesal y colaborar con la administración de justicia, que a la parte demandada le está vedado ocultar pruebas que resulten determinantes para solucionar el caso concreto (Numeral 4º del artículo 175 del CPA).

c. Aparecer, después de dictada la sentencia a favor de una persona, otra con mejor derecho para reclamar: Esta causal se puede configurar no solo en el evento en que aparezca una persona con mejor derecho (en el caso del reconocimiento de una pensión, la viuda excluye a los hijos, art. 22 de la Ley 75 de 1925), sino, cuando aparecen personas con igual derecho, como en el caso del reconocimiento de una pensión a un hijo menor y posteriormente, aparecen otros menores reclamando la cuota que les corresponde a prorrata¹⁹⁰. Esta es la única causal donde el recurrente es una persona que no intervino en el proceso primigenio, toda vez que se trata de un tercero que no participó como tal en el procedimiento que culminó con la sentencia que se recurre.¹⁹¹

El legislador debió incluir en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en esta causal específicamente, la posibilidad de solicitar la revisión de una sentencia por aparecer otra persona con igual derecho para reclamar, sin embargo, se hizo caso omiso sobre el asunto y nuevamente toca recurrir a la doctrina para poder entender la causal con el aditamento referido.

d. No tener la persona en cuyo favor se decretó una prestación periódica, al tiempo del reconocimiento, la aptitud legal necesaria, o perder esa aptitud con posterioridad a la sentencia, o sobrevenir alguna de las causales legales para su pérdida: Frente al aspecto de la aptitud se

¹⁸⁹ Sala de Casación, Sentencia del 7 de marzo de 1939

¹⁹⁰ Ejemplos tomados de la obra: Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Autor: Carlos Betancur Jaramillo, Señal Editora, Página 444.

¹⁹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto del 13 de agosto de 2002, exp, rev, 127. C.P.: Roberto Medina López.

presentan tres situaciones: **1.** Cuando la persona obtuvo el reconocimiento sin tener derecho a él, por ejemplo, cuando en la sentencia se le reconoce una pensión a alguien que aún no tiene la aptitud legal, por error involuntario tanto de la Administración Pública como del Juez Administrativo, **2.** cuando la persona luego del reconocimiento, perdió su aptitud legal, por cuestiones de hecho, por ejemplo, cuando la persona que esté gozando de una pensión de invalidez, recupere su salud y quede en condiciones de volver a trabajar y **3.** Cuando la persona luego del reconocimiento, perdió su aptitud legal, por cuestiones de derecho, por ejemplo, la pérdida de la pensión por condena de carácter penal, en las hipótesis que contempla el código penal. También podría pensarse la posibilidad de revisar la sentencia cuando el monto de la pensión debió reconocerse por un monto menor o mayor al reconocido en el proceso judicial primigenio, cuando por error involuntario tanto de la administración como del juez, se reconoció un monto diferente al establecido por ley y conforme a la situación fáctica, haciendo de esta manera una interpretación extensiva del primer evento. Aunque como veremos, el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 establece una causal de regulación que podría enmarcarse mejor a esta última situación, empero, solo cuando se tratare de favorecer al erario público.

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se refiere a prestación periódica y no solo a pensión periódica, tal como ocurría en la regulación anterior, lo que permite inferir que esta causal amplía su cobertura no solo a las pensiones sino a las demás prestaciones sociales o salariales de carácter periódico que pueden devenir de una relación laboral vigente. Incluso, podría pensarse en prestaciones periódicas de carácter no laboral ordenadas en la sentencia, como por ejemplo: el pago de una indemnización por instamentos o el reconocimiento de un lucro cesante en las mismas condiciones, en virtud de un contrato de prestación de servicios incumplido. Por otro lado, en este caso el recurso debe interponerse dentro del año siguiente a la ocurrencia de los motivos que dan lugar al recurso (Inciso tercero del artículo 251 del CPA).

e. Haberse dictado sentencia penal que declare que hubo violencia o cohecho en el pronunciamiento de la sentencia: La violencia y el cohecho se deben ejercer sobre el Juez con el objeto de que profiera una sentencia en determinado sentido. Sobre la prejudicialidad penal expuesta líneas atrás, cuando se explicó la causal consagrada en el numeral 2° del artículo 250 del CPA, el nuevo Código soluciona el asunto en lo atinente a esta causal dado que, establece que el recurso deberá interponerse dentro del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia penal que así lo declare (Inciso segundo del artículo 251 del CPA). Llama la atención que la nueva normativa no hubiera aplicado esta misma regla a la causal consagrada en el numeral 2° del artículo 250 del CPA. Ahora, consideramos que si la sentencia tenía que salir en derecho tal como se profirió a

pesar de la violencia o el cohecho, no es procedente esta causal, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias o penales a que haya lugar.

f. Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la cual no procede recurso de apelación: Se trata de errores sustanciales y no meramente accidentales, es decir, que alteran el sentido de la decisión, transgreden el debido proceso o violentan los derechos fundamentales de alguna de las partes en contienda. Este caso se puede dar cuando la sentencia se suscribe por un mayor o menor número de magistrados a los permitidos por la ley o se adopta con un mayor o menor número de votos (quórum) o que se profiere en proceso legalmente terminado por desistimiento, transacción, perención o que se encuentre suspendido o interrumpido y aún no se haya decidido sobre la interrupción ¹⁹². En este caso, la providencia que decida el recurso, si es favorable a las pretensiones del recurrente, declara la sentencia sin valor (anulación) y se devuelve el proceso a la sección del Consejo o al Tribunal de origen para que subsane la irregularidad que motivó el recurso. Esta es una diferencia grande frente a las demás causales de revisión, dado que en esta últimas se dicta una sentencia de remplazo por parte del Juez Corporativo que revisó la sentencia.

Desde nuestra óptica, esta causal también puede contemplar toda la doctrina constitucional sobre la procedencia de la tutela contra las sentencias judiciales construida por la Corte Constitucional, toda vez que el Juez de tutela anula la sentencia cuando la acción es procedente contra la misma, tal como lo contempla la doctrina en los siguientes términos:

En los casos en los que el juez considere que procede la acción de tutela contra sentencias judiciales, debe tenerse en cuenta que, en principio, no está autorizado para proferir una nueva decisión de fondo. Cuando considere procedente la tutela, debe limitarse a ordenar la anulación de la decisión judicial impugnada e indicar los parámetros constitucionales bajo los cuales se debe proferir una nueva decisión que resulte acorde con los derechos fundamentales vulnerados.¹⁹³

Ahora bien, consideramos que la restricción que consagra esta causal es inconstitucional, pues el recurso extraordinario de revisión cabe contra cualquier tipo de sentencia, independientemente de que proceda o no recurso de apelación, aspecto que no fue tenido en cuenta por los redactores del nuevo código, quienes se limitaron a transcribir el texto original (Sentencia C-520 de 1999).

¹⁹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto del 20 de abril de 1998, exp., rev., 131, C.P.: Clara Forero de Castro.

¹⁹³ BOTERO MARINO, Catalina, La Acción de Tutela en el Ordenamiento Constitucional Colombiano, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial, “Rodrigo Lara Bonilla”, página 76.

h. Haberse dictado la sentencia con base en dictamen de peritos condenados penalmente por ilícitos cometidos en su expedición: En este caso el dictamen debe ser determinante para la adopción de la sentencia y debe existir previamente una sentencia penal que condene a los peritos. El término para interponer el recurso, en este caso, es el del año siguiente a la ejecutoria de la sentencia penal correspondiente (Inciso segundo del artículo 251 del CPA).

i. Ser la sentencia contraria a otra anterior que constituya cosa juzgada entre las partes del proceso en que aquélla fue dictada: Sin embargo, no habrá lugar a revisión si en el segundo proceso se propuso la excepción de cosa juzgada y fue rechazada¹⁹⁴. El artículo 332 del Código de procedimiento civil regula lo atinente a la cosa juzgada, donde manifiesta que para que se configure este fenómeno jurídico debe existir: un nuevo proceso que verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa y haya identidad jurídica de partes con un proceso ya finiquitado¹⁹⁵. Es pertinente sostener que si en el primer proceso ya se discutió el asunto de la cosa juzgada no hay lugar a darle trámite al recurso extraordinario de revisión, posición legislativa discutible porque impide subsanar la posible omisión de declarar la presencia de la cosa juzgada en el primer proceso, a pesar de la presencia y discusión de la excepción en el mismo. Sin embargo, a pesar de esta observación, el legislador del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no la tuvo en cuenta, lo que evidencia la pérdida de una oportunidad de oro que pudo haber fortalecido esta causal y facilitado el acceso de la administración de justicia del recurrente.

j. Revisión de reconocimiento de sumas periódicas a cargo del tesoro público o de fondos de naturaleza pública: Cuando el reconocimiento se haya obtenido con violación del debido proceso o cuando la cuantía del derecho reconocido excediere lo debido de acuerdo con la ley, pacto o convención colectiva que le eran legalmente aplicables. En este caso el recurso debe presentarse dentro de los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria de la providencia judicial, o en los casos de que ella no se requiera, dentro del mismo término contado a partir del perfeccionamiento del acuerdo transaccional o conciliatorio. Esta causal está

¹⁹⁴ Para el Dr. Santofimio Gamboa, esta exigencia es absurda porque “lo lógico es que frente a un protuberante desconocimiento de la cosa juzgada proceda el recurso extraordinario de revisión; y tan protuberante es el desconocimiento que se hizo caso omiso de la excepción y sobre esa base se profirió la sentencia...”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, p. 559.

¹⁹⁵ Es pertinente acotar que en materia de acciones públicas no es necesario que haya identidad en el accionante, dado que la parte actora puede ser cualquier persona, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia en los siguientes términos: “Ahora bien, cabe recordar que la jurisprudencia de esta corporación ha aclarado en relación con los elementos tradicionales de la cosa juzgada, que en las acciones de nulidad no se requiere la identidad de sujetos entre un proceso y otro, pues el carácter público de la acción de nulidad permite que cualquier persona active la jurisdicción en busca de la defensa de legalidad del ordenamiento jurídico”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 29 de abril de 2008, radicación 1878, Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2008, páginas 1134 a 1141.

regulada en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, el cual consagra que cuando el reconocimiento sea el resultado de una transacción o conciliación judicial o extrajudicial, la revisión se extiende a estos mecanismos alternativos de solución de conflictos.

7. Trámite y caución

Llegado el asunto a la Sala Plena y hecho el reparto, el ponente examinará la demanda para constatar sus requisitos. Antes de proferir el auto que admite la demanda, deberá dictar otro auto solicitando el expediente del proceso que dio fruto a la sentencia que se recurre y señalando la naturaleza y la cuantía de la caución que deberá constituir el recurrente (no importa si es una entidad pública o un particular) para garantizar los perjuicios que pueda causar a quienes fueron partes en el proceso cuya sentencia se pretende revisar. Si no se prestare la garantía en la forma y términos señalados, se declarará desierto el recurso. Desde nuestro punto de vista la caución que debe prestar el recurrente, por regla general¹⁹⁶, se nos antoja inútil y violatoria del acceso a la administración de justicia, habida cuenta que la providencia no se deja de ejecutar a pesar de que se interpone el recurso extraordinario. Compartimos en un todo la crítica que el doctrinante Jaime Orlando Santofimio Gamboa esgrime en este punto, así:

Esta exigencia en nuestra opinión sobra en cuanto no resulta coherente con los efectos de la interposición del recurso porque el mismo no impide la ejecución de la sentencia, luego no se vislumbran posibles perjuicios evidentes con este accionar por el afectado con el fallo. Es más, ante una impugnación de esta naturaleza la parte favorecida por el fallo es la que debería caucionar si ejecuta la providencia en detrimento de los intereses del recurrente, aspecto este que desafortunadamente el legislador no previó.¹⁹⁷

Ahora bien, esta caución se justificaría si operara una medida cautelar al interior del trámite del recurso, tendiente a suspender la ejecución de la sentencia, en caso de que se evidencie la posible afectación de un derecho fundamental de la persona desfavorecida con el fallo. Sin embargo, tal como se expone en el aparte doctrinal transcrito, el legislador no previó esta situación, lo cual es desde nuestra opinión una omisión legislativa que se debe superar de manera urgente, para evitar que mediante acciones de tutela se sigan atacando decisiones judiciales definitivas en detrimento de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, bajo el supuesto de la presencia de un perjuicio irremediable.

¹⁹⁶ Ver: anotación respecto a la primera causal de procedencia del recurso extraordinario de revisión que se hizo líneas atrás, esto es, el reconocimiento de los eventuales perjuicios por el adelantamiento del proceso penal correspondiente, cuya decisión es desfavorable a los intereses del recurrente.

¹⁹⁷ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, páginas 551 y 552.

Como corolario de lo expuesto en el párrafo anterior, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo tuvo en cuenta de manera parcial los planteamientos anotados, es decir, abolió la caución, sin embargo, no contempló la posibilidad de constituir una caución por el recurrente, con el objeto de evitar la aplicación de la sentencia para impedir la configuración de un perjuicio irremediable en atención a la vulneración de un derecho fundamental.

El auto que admite la demanda deberá ser notificado personalmente al demandado o demandados (las personas contra las cuales se interpuso el recurso)¹⁹⁸ y al agente del Ministerio Público, para que la contesten, si a bien lo tienen, y pidan pruebas dentro del término de diez días (art. 253 del CPA). Si la demanda no se admite en el mismo auto se ordenará la devolución de la caución (art. 192, C.C.A.), situación que ya no es contemplada en el nuevo código pues, como se anotó, dicha caución fue derogada.

8. Etapa probatoria

Vencido el término de traslado señalado en el art. 191 del CCA o en el artículo 253 del CPA, se abre el proceso a pruebas por 30 días para practicarlas, si se hubieren solicitado en la demanda por el recurrente o dentro del aludido traslado por el o los demandados o decretadas de oficio por el Juez (art. 254 del CPA).

9. Fallo

Vencido el periodo probatorio deberá dictarse la sentencia (art. 255 del CPA). La prosperidad de la causal alegada impondrá la invalidación de la sentencia y la expedición de la que corresponda en derecho. En esta se resolverá sobre las restituciones, cancelaciones, perjuicios o frutos y demás consecuencias que se deriven de la invalidación (art. 384 *Constitución Política de Colombia*). La condena podrá ser en abstracto y luego proceder a la liquidación a través del incidente correspondiente (art. 172 del CCA y art. 193 del CPA). Si no prospera el recurso deberá mantenerse la sentencia recurrida y se condenará en costas al recurrente, siempre y cuando la conducta procesal asumida por este fuere temeraria o reprochable (art. 171 del CCA). Aunque en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo las costas son objetivas, por tanto, por el solo hecho de que no prospere el recurso se condenará en costas sin necesidad de análisis y elucubraciones adicionales sobre los comportamientos procesales asumidos por el recurrente (art. 188 del CPA).

¹⁹⁸ Es importante anotar que quién interpone el recurso puede ser el demandante o el demandado del proceso inicial donde se dictó la sentencia que se recurre, por lo tanto “Cuando la norma habla de que se debe notificar al demandado o demandados, habrá que entender las personas contra quienes se instaura la revisión y no las que fueron demandadas en el proceso cuya sentencia se pretende revisar”. (BETANCUR JARAMILLO, Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Señal Editora, 3a reimpresión, 1992).

Nota: Para interponer este tipo de recurso se necesita de una gran técnica jurídica, ya que la demanda contentiva del mismo se ve sometida a su revisión por dos autoridades diferentes, la que profirió la sentencia que se recurre y la del Tribunal Administrativo o de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de la sección correspondiente, según el caso, a través del Consejero Ponente. Por otro lado, para el ejercicio de este recurso es indispensable obtener nuevo poder porque el del proceso primigenio resulta improcedente.

Sin embargo, el ponente podrá hacer uso del artículo 143 del CCA o del artículo 170 del CPA y concederle 5 días o 10 días al recurrente para que obtenga nuevo poder según el caso. Ahora, es pertinente anotar que si está dentro del año para interponer el recurso extraordinario, se puede incoar cuantas veces se considere necesario.

10. Excepciones

No todas las sentencias ejecutoriadas son susceptibles del recurso extraordinario de revisión, veamos:

a. La sentencia que se profiere en el proceso ejecutivo que se adelanta ante la jurisdicción contencioso administrativa: En este evento en particular estamos ante un proceso que se sujeta en un todo al proceso ejecutivo de mayor cuantía regulado en el Código de Procedimiento Civil (Inciso primero del artículo 299 del CPA), en el cual la sentencia no es susceptible de ser impugnada en casación y, adecuando la situación al contencioso administrativo, en la jurisdicción contencioso administrativa, por ende, no es viable de revisarse, ya que, ambos recursos extraordinarios guardan una similitud en cuanto a su naturaleza. El Consejo de Estado, sobre el particular, manifestó: “El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, reformado por el artículo 32 de la Ley 446, establece en su último inciso: “En los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa se aplicará la regulación del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía contenida en el Código de Procedimiento Civil”. No dispone esta norma, ni tampoco alguna otra de la Ley 446 de 1998, la procedencia del recurso extraordinario de revisión respecto de las sentencias proferidas en los procesos ejecutivos”¹⁹⁹.

b. En las acciones constitucionales de tutela, cumplimiento, de grupo y populares: Estas acciones poseen una regulación especial consagrada en la normativa pertinente y derivan su naturaleza de la Constitución de 1991, por lo tanto, las sentencias que se profieran en los procesos iniciados en virtud de ellas, no serán

¹⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de noviembre 19 de 1998, Expediente 13.686 Consejero Ponente Daniel Suárez Hernández.

revisables en ningún caso, debido a su categoría constitucional. El Consejo de Estado ha dicho sobre el particular: “La acción de cumplimiento, al igual que la acción de tutela y las acciones populares, son acciones de naturaleza constitucional y no legal, por lo cual los mecanismos procedimentales a los cuales están sujetas son especiales; de tal manera, no pueden ser asimiladas a las acciones ordinarias de naturaleza legal prescritas en el Código Contencioso Administrativo”²⁰⁰.

c. En la acción de pérdida de investidura de que conocen los Tribunales Administrativos: Esta excepción la reconocía la doctrina en los siguientes términos: “Las pérdidas de investidura que conocen los tribunales administrativos no tienen recurso extraordinario de revisión, pues no fue consagrado expresamente por la ley y, además, las únicas sentencias de los tribunales administrativos que admiten el recurso extraordinario de revisión, son las de única y segunda instancia (artículo 185 del CCA).”²⁰¹ Sin embargo, el numeral 4º del artículo 131 del CCA, prevé la posibilidad del recurso especial de revisión cuando se trata de las acciones sobre pérdida de investidura de los miembros de los concejos municipales y distritales. Aunado a lo anterior, la declaratoria de inexecutable de la restricción contemplada en el artículo 185 del CCA hace que el recurso extraordinario de revisión sea viable en contra de las sentencias que se dicten en este tipo de acción, sin ningún tipo de límite, tesis que fue acogida por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 248.

K. Recurso extraordinario de unificación de la jurisprudencia. (arts. 256 a 268 del CPA).

1. Fines: El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia tiene como fin asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales (Artículo 256 del CPA).

2. Procedencia: El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos. Tratándose de sentencias de contenido patrimonial o económico, el recurso procederá siempre que la cuantía de la condena o, en su defecto, de las pretensiones de la demanda, sea igual o exceda los siguientes montos vigentes al momento de la interposición del recurso (Inciso primero del artículo 257 del CPA):

²⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera de agosto 1º de 2000, expediente ACU 1243, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

²⁰¹ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Librería Jurídica Sánchez R. LTDA., página 160.

- a. Noventa (90) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad (Numeral 1° del artículo 257 del CPA).
- b. Doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad.
- c. Doscientos cincuenta (250) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales.
- d. Cuatrocientos cincuenta (450) salarios mensuales legales vigentes, en los procesos sobre contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes.
- e. Cuatrocientos cincuenta (450) salarios mínimos mensuales legales vigentes, en los procesos de reparación directa y en las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que de conformidad con la ley cumplan funciones públicas.

3. Improcedencia: El recurso de unificación de jurisprudencia no procederá para las acciones de tutela, cumplimiento y populares o de grupo (Último inciso del artículo 257 del CPA).

4. Causal: Habrá lugar al recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado (Artículo 258 del CPA).

5. Competencia: Del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia previsto en el capítulo II del Título VI de la segunda parte del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo conocerá, según el acuerdo correspondiente del Consejo de Estado y en atención a su especialidad, la respectiva sección de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la misma Corporación (Artículo 259 del CPA).

6. Legitimación: Se encuentran legitimados para interponer el recurso cualquiera de las partes o de los terceros procesales que hayan resultado agraviados por la providencia, quienes deberán actuar por medio de apoderado a quien se haya otorgado poder suficiente; sin embargo no se requiere otorgamiento de nuevo poder (Artículo 260 del CPA). Este último punto es una diferencia ostensible con el recurso extraordinario de revisión, pues para el ejercicio de este se requiere del otorgamiento de poder diferente al que soportaba el derecho de postulación del proceso primigenio.

No podrá interponer el recurso quien no apeló la sentencia de primer grado ni adhirió a la apelación de la otra parte, cuando el fallo de segundo grado sea exclusivamente confirmatorio de aquella (Parágrafo del artículo 260 del CPA).

7. Interposición: El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia deberá interponerse por escrito ante el Tribunal Administrativo que expidió la providencia, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta (Inciso primero del artículo 261 del CPA).

En el auto en el que el Tribunal, en Sala de Decisión, conceda el recurso ordenará dar traslado por veinte (20) días al recurrente o recurrentes para que lo sustenten. Vencido este término, si el recurso se sustentó, dentro de los cinco (5) días siguientes remitirá el expediente a la respectiva sección del Consejo de Estado. Si no se sustenta dentro del término de traslado el recurso se declarará desierto (Inciso segundo del artículo 261 del CPA).

La concesión del recurso no impide la ejecución de la sentencia, salvo cuando haya sido recurrida totalmente por ambas partes y por los terceros reconocidos en el proceso, pero aun en este caso si el recurso no comprende todas las decisiones, se cumplirá lo no recurrido (Último inciso del artículo 261 del CPA).

8. Requisitos del recurso: El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia deberá contener (Inciso primero del artículo 262 del CPA):

- a. La designación de las partes (Numeral 1° del artículo 262 del CPA).
- b. La indicación de la providencia impugnada (Numeral 2° del artículo 262 del CPA).
- c. La relación concreta, breve y sucinta de los hechos en litigio (Numeral 3° del artículo 262 del CPA).
- d. La indicación precisa de la sentencia de unificación jurisprudencial que se estima contrariada y las razones que le sirven de fundamento (Numeral 4° del artículo 262 del CPA).

9. Cuantía del interés para recurrir: Cuando sea necesario tener en cuenta el valor del interés para recurrir y este no aparezca determinado, antes de resolver sobre la concesión del recurso, el ponente, en el Tribunal Administrativo, dispondrá que aquel se justiprecie por un perito, dentro del término que le señale y a costa del recurrente. Si por culpa de este, no se practica el dictamen, se declarará desierto el recurso. El dictamen no es objetable. Denegado el recurso por el Tribunal Administrativo o declarado desierto, el interesado podrá recurrir en queja ante el Consejo de Estado (Artículo 263 del CPA).

10. Suspensión de la sentencia recurrida: Cuando el recurrente fuere único, este podrá solicitar que se suspenda el cumplimiento de la providencia recurrida, para lo cual deberá prestar caución dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del auto que la ordene, para responder por los perjuicios que se llegaren a causar. La naturaleza y monto para prestarla serán fijados por el ponente en el tribunal. Si el recurrente no otorga la caución en la forma y términos ordenados, continuará el trámite del recurso pero no se suspenderá la ejecución de la sentencia (Inciso primero del artículo 264 del CPA).

El Tribunal calificará la caución prestada, si la considera suficiente decretará en el mismo auto la suspensión del cumplimiento de la sentencia, en caso contrario la denegará (Inciso segundo del artículo 264 del CPA).

11. Admisión del recurso: Concedido el recurso por el Tribunal y remitido el expediente al Consejo de Estado se someterá a reparto en la sección que corresponda (Inciso primero del artículo 265 del CPA).

Si el recurso reúne los requisitos legales, el ponente lo admitirá. Si carece de los requisitos consagrados en el artículo 262, el ponente los señalará para que el recurrente los subsane en el término de cinco (5) días, y si no lo hiciere, lo inadmitirá y ordenará devolver el expediente al Tribunal de origen (Inciso segundo del artículo 265 del CPA).

El recurso será inadmitido cuando se presente cualquiera de las siguientes situaciones (Inciso tercero del artículo 265 del CPA):

- a. Cuando, pese a haberse concedido por el Tribunal, fuere improcedente, por no ser recurrible la providencia o no reúna los requisitos previstos en el artículo 262 del CPA (Numeral 1º del artículo 265 del CPA).
- b. Cuando por cuantía, la providencia no fuere objeto de recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia (Numeral 2º del artículo 265 del CPA).

12. Trámite del recurso: En el auto que admita el recurso se ordenará dar traslado por quince (15) días al opositor u opositores y al Ministerio Público, si este no fuere el recurrente (Inciso primero del artículo 266 del CPA).

Vencido el término anterior, el ponente, dentro de los diez (10) días siguientes, podrá citar a las partes a audiencia que se llevará a cabo dentro de los treinta (30) días contados a partir de la ejecutoria del auto que la señale, para oír a cada parte, por el término de veinte (20) minutos, en los asuntos que considere necesario (Inciso segundo del artículo 266 del CPA).

Celebrada la audiencia o fallida esta, por la no comparecencia de las partes, el ponente registrará proyecto de decisión, si fuere sentencia dentro de los cuarenta (40) días siguientes (Inciso tercero del artículo 266 del CPA).

13. Efectos de la sentencia: Si prospera el recurso, total o parcialmente, la sala anulará, en lo pertinente, la providencia recurrida y dictará la que debe reemplazarla o adoptará las decisiones que correspondan. Si el recurso es desestimado, se condenará en costas al recurrente (Inciso primero del artículo 267 del CPA).

Cuando el Consejo de Estado anule una providencia que se cumplió en forma total o parcial, declarará sin efecto los actos procesales realizados con tal fin y dispondrá que el juez de primera instancia proceda a las restituciones y adopte las medidas a que hubiere lugar (Inciso segundo del artículo 267 del CPA).

Además, el Consejo de Estado ordenará al tribunal que en el auto de obediencia a lo resuelto por el superior cancele la caución de que trata el artículo 264 del CPA. Si el recurso de unificación de jurisprudencia no prospera, la caución seguirá respondiendo por los perjuicios causados, los cuales se liquidarán y aprobarán ante el juez de primera instancia mediante incidente. Este, deberá proponerse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior (Inciso tercero del artículo 267 del CPA).

14. Desistimiento: El recurrente podrá desistir del recurso mientras no se haya dictado resolución judicial que ponga fin al mismo. Si el desistimiento solo proviene de alguno de los recurrentes, el recurso continuará respecto de las personas no comprendidas en el desistimiento (Inciso primero del artículo 268 del CPA).

El Desistimiento debe ser incondicional salvo acuerdo de las partes y solo perjudica a los solicitantes y a sus causahabientes (Inciso segundo del artículo 268 del CPA).

El escrito de desistimiento deberá presentarse personalmente y cuando se acepte se condenará en costas a quien desistió, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado (Inciso tercero del artículo 268 del CPA).

IV. La terminación del proceso

Existen dos formas de terminar el proceso contencioso administrativo, una normal mediante sentencia y otra anormal a través de autos interlocutorios en virtud de

transacción, conciliación, desistimiento, perención, allanamiento, abandono, sustracción de materia, declaratoria de deserción del recurso de apelación o cuando se acepta el desistimiento de dicho recurso. Estas figuras se presentan de manera anticipada y ordinariamente antes de la finalización del trámite del proceso. Por otro lado, cabe comentario aparte el arbitramento como mecanismo alternativo de solución de conflictos en el plano contencioso administrativo, pues se muestra como un excelente medio de descongestión, eficacia, celeridad y efectividad para el aparato estatal de administración de justicia, por ende, del mismo nos ocuparemos en este acápite, sin dejar de lado la amigable composición de la cual haremos un breve comentario, dado que también resulta un instrumento que puede precaver litigios.

Ahora, antes de adentrarnos a analizar cada una de las figuras señaladas en el párrafo anterior, cabe advertir que mecanismos alternativos de solución de conflictos como la transacción o la conciliación solo tienen éxito a nivel del Estado acreedor de sumas dinerarias, si este se considera como un actor más en el tráfico jurídico, por ende, en este escenario no se puede considerar que la Administración Pública solo posee derechos irrenunciables, dado que en tal evento dichos mecanismos serían inviables. Aunado a lo anterior, es necesario tener en cuenta que los créditos a favor del Estado se constituyen en dinero que aún no ha entrado a su patrimonio, por ende, no son bienes fiscales con la connotación de imprescriptibles.

Los únicos límites que deben mediar en este ámbito deben girar en torno a los porcentajes dinerarios reconocidos en el ordenamiento jurídico, como los estipulados al interior del sistema general de participaciones, las prohibiciones legales y los conceptos jurídicos indeterminados que atienden al justo medio como el precio justo o la evitación de la lesión enorme, los cuales solo adquieren su dimensión en cada caso concreto y mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, sobre todo en materia de intereses y créditos contractuales, máxime si se tiene en cuenta que es sentada jurisprudencia la tesis tendiente a considerar que si el deudor actúa de buena fe y sin la intención deliberada de causar un perjuicio al actor, se puede relevar de la imposición de pago de intereses moratorios²⁰².

Por tanto, los Servidores Públicos no pueden seguir esgrimiendo que los créditos a favor del Estado son “intocables”, dado que la ley los está facultando para conciliar o transar sin más límites que la equidad y lo que la misma ley exceptúe, tal como sucede en materia tributaria²⁰³.

²⁰² Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Laboral, Sección Primera, 12 de agosto de 1983, expediente 8635

²⁰³ Aunque algunos expertos en la materia consideran que la conciliación en materia tributaria no debería estar

Lo expuesto en líneas anteriores resulta coadyuvado por el carácter que tiene el dinero frente a los créditos a favor del Estado, esto es, es un bien enajenable y, como tal, no puede ser exigible cuando la acción que lo hace efectivo como derecho subjetivo ante los estrados judiciales caduca, en otras palabras, los créditos dinerarios a favor de las entidades públicas pueden ser objeto de renuncia por parte del Estado en lo atinente a aquellos cuyas acciones hayan sido caducadas, dado que dada su inexigibilidad judicial, los despoja de su carácter de derechos subjetivos, máxime si tenemos en cuenta que es imposible conciliar cuando la acción haya caducado, tal como se verá más adelante. Sobre la enajenabilidad de las acreencias dinerarias de carácter estatal y la caducidad de las acciones que las harían efectivas, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

Como lo indicó el Tribunal, no cabe duda que no se pretende, en este caso, la nulidad de actos que reconocen prestaciones periódicas, evento en el cual la acción no caducaría, según lo previsto en el inciso 3º de la norma citada. Se trata, en efecto, de pretensiones referidas a la declaración de responsabilidad de la Nación por el perjuicio causado como consecuencia de una omisión administrativa. Por otra parte, tampoco puede considerarse aplicable el criterio adoptado por esta corporación respecto de la posibilidad de formular las acciones contencioso administrativas en cualquier tiempo, cuando el objeto del litigio estaba constituido por bienes estatales imprescriptibles e inajenables²⁰⁴ -criterio recogido actualmente en la Ley 446 de 1998 (numeral 8 del artículo 136 del CCA)-, dado que si bien los dineros que debe transferir la Nación a favor de las entidades territoriales, por concepto de su participación en los ingresos corrientes de aquélla, pueden ser considerados bienes fiscales y, por lo tanto, imprescriptibles, conforme al numeral 4º del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil- declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-530 de 1996-, es evidente que

prohibida, dado que la conciliación y la amnistía son figuras diferentes y solo esta última está considerada como contraria a derecho constitucionalmente. Sobre la diferencia entre conciliación y amnistía la doctrina explica lo siguiente: “Debemos tener claro que la amnistía y la conciliación son dos figuras diferentes. La primera está relacionada con el perdón total o parcial de la deuda, que favorece a los morosos, a los que tienen una relación concreta y a quienes no se les ha hecho efectivo el cobro coactivo. La conciliación, en cambio, favorece a los evasores y a los infractores, porque ya hay un proceso administrativo de determinación oficial del tributo; es decir que el contribuyente pagó menos de lo que le correspondía o que cometió una infracción, no declaró o no envió información. En la amnistía, ya hay una determinación concreta de lo que se debe, y en la conciliación se le perdona al evasor un porcentaje”. WITTINGHAM GARCÍA, Elizabeth, aparte publicado en el periódico ámbito jurídico de *Legis* de la edición del 1º al 14 de febrero de 2010, página 2.

²⁰⁴Ver, al respecto, sentencia de la Sección Tercera del 13 de septiembre de 1999, expediente 6976.

no constituyen bienes inajenables²⁰⁵, condición que, por lo demás, en ningún caso, podría predicarse del dinero.²⁰⁶

Un ejemplo nos puede ilustrar sobre este tópico: si la Nación le adeuda a un Municipio un monto considerable de dinero relacionado con el sistema general de participaciones, es viable que las dos personas jurídicas de derecho público transen o concilien sobre el monto adeudado, dejando de lado los dineros que no se puedan hacer exigibles por la operancia de la caducidad de la acción y renunciando en todo o en parte a los intereses que se hayan causado como consecuencia del no pago del monto dinerario que si sea exigible. Consideramos que en este caso lo irrenunciable es el rubro que el ordenamiento jurídico exige que se transfiera debidamente indexado, los rendimientos del capital y la sanción por mora son réditos que no se pueden considerar dinero irrenunciable a favor de la entidad territorial acreedora, pues los primeros surgen como lucro cesante y los segundos tienen este carácter, adicionado con el gravamen correspondiente, es decir, estamos en presencia de una indemnización que la ley reconoce a todas las personas, sean públicas o privadas, que no ha ingresado a las arcas del ente territorial y por ende aún no es un derecho adquirido de carácter público irrenunciable, lo que implica que está sujeto a lo dispuesto en el artículo 15 del C.C.²⁰⁷ y, en lo atinente a la sanción, es una potestad pública a la cual el Estado se puede abstener de aplicar, en caso de que considere que la conducta no tiene una naturaleza tal de excesiva reprochabilidad por constituirse en un comportamiento amparado por la buena fe y, por ende, de que concluya que el deudor no merece el castigo ejemplarizante, conclusión que se puede colegir de la voluntad del deudor, que se materializa en el hecho de buscar un arreglo al pleito a través del mecanismo de solución de conflictos correspondiente. Obviamente la renuncia parcial a los intereses estará sujeta a principios como la equidad, es decir, se puede considerar que el justo medio para el caso concreto sea no renunciar a todo sino a una parte de los intereses.

Los principios del justo medio también operan en materia contractual estatal, como sería el caso de la realización de una obra pública sin que se invierta todo el anticipo y la entidad contratante considere viable renunciar a su devolución

²⁰⁵ Ver, al respecto, el auto proferido por esta Sección el 8 de marzo de 2001, dentro del proceso radicado con el No. 18.922, en el que se aclara, además, que el hecho de que unos bienes determinados se encuentren sometidos a una destinación específica –situación que se presenta igualmente en el caso de los dineros recibidos por las entidades territoriales por concepto de la participación que les corresponde en los ingresos corrientes de la Nación–, no les quita su condición de enajenables; por el contrario, simplemente condiciona su utilización a la satisfacción de una finalidad concreta, cuyo cumplimiento supone, obviamente, la transferencia del dominio.

²⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil dos (2002), Radicación: 4458 (No. Interno 20.945), Actor: Municipio de Prado, Demandada: Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público–.

²⁰⁷ El artículo 15 del C.C. señala de manera expresa lo siguiente: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”

en virtud al buen trabajo realizado y al hecho de que el saldo adeudado resulta una suma acorde para agregarse al precio inicialmente pactado, conforme a las leyes del mercado. Ahora, lo anterior dentro de los límites de la buena fe²⁰⁸, en caso contrario, la transacción o la conciliación podrían tornarse en ilegales y ser declarada nula o improbadada, según el caso.

A. La Transacción (art. 2469 y ss. del C.C.)

1. Definición

La transacción es un contrato a pesar de que no genera obligaciones, por el contrario extingue, por tanto es un negocio jurídico en el cual la renuncia recíproca de las partes a sus pretensiones es su elemento esencial y a través de ella se termina extrajudicialmente (es decir sin que medie la intervención del Juez del proceso) un litigio pendiente o se precave uno eventual.²⁰⁹

No compartimos la tesis de algunos doctrinantes que consideran que la transacción no es un contrato porque no genera obligaciones²¹⁰ pues en nuestro ordenamiento jurídico contrato y convención es lo mismo y no cabe la distinción de estas dos figuras que se hace en regulaciones foráneas, fundada precisamente en la posibilidad de crear o extinguir obligaciones. Recordemos que a la luz de nuestra normativa el contrato es un acuerdo entre dos o más partes (polos de interés jurídicos compuestos por una o varias personas) que se comprometen a crear, regular o extinguir una regulación jurídica (arts. 1494 del C.C. y 864 del C.C.O.). Como corolario compartimos la tesis del profesor Pedro Antonio Lamprea, quien trata a la transacción como contrato, veamos: “Desde el punto de vista procesal, la transacción implica una doble renuncia o desistimiento: el actor desiste de su pretensión y el demandado de la exoneración de su carga en la sentencia. Según

²⁰⁸ Tal sería el caso de un bajón de precios externo, ajeno a la voluntad de las partes contratantes, que alivie los costos del contrato, caso contrario sería la maquinación de una treta para burlar a los proponentes no favorecidos, treta que se puede desenmascarar con indicios, por ejemplo: si se acredita que el objeto contractual se podía realizar por menos dinero al reconocido con el anticipo, es decir, el anticipo resulta desproporcionado en relación a los costos de la obra a realizar.

²⁰⁹ La Corte Suprema de Justicia la define de la siguiente manera: “La transacción es un negocio jurídico de composición mediante el cual las partes, ponen fin a un litigio o evitan uno eventual, renunciando recíprocamente a pretensiones alegadas”. (Sala Plena, junio 20 de 1990, Expediente 2068. Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz).

²¹⁰ El profesor Fernando Hinestrosa explica sobre el particular lo siguiente: “Se destacan como rasgos sobresalientes de la figura, su carácter convencional, su función declarativa, dirimente y su eficacia definitiva. La transacción es una convención o acuerdo, pero no un contrato. Dentro de la tradición francesa (art. 1101, code civil), el contrato es convención generadora de obligaciones: esta es su función exclusiva (C.C., arts. 1494 y 1495). Por lo mismo las convenciones o acuerdos cuya función o cuyos efectos son otros: modificar, extinguir o refrendar cualesquiera relaciones jurídicas, entre ellas las obligaciones no son contratos, y de ahí la impropiedad que se anota al Código Civil al calificar de contrato a una convención eliminadora de litigios y eventualmente de obligaciones.” (Tratado de las Obligaciones, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, marzo de 2002, página 721).

COUTURE, “este acto dispositivo procesal corresponde a un contrato análogo de derecho material en que ambas partes, previas recíprocas concesiones, dirimen el conflicto mediante autocomposición”.²¹¹

2. Presentación

Según el artículo 340 del C de P.C., aplicable al proceso contencioso administrativo en virtud de lo consagrado en el artículo 267 del CCA, dispone que en cualquier estado del proceso podrán las partes transigir la litis; como también podrán hacerlo frente a las diferencias que surjan del cumplimiento de la sentencia (como sería el caso de una transacción durante el trámite de un incidente de liquidación de condena “in genere”). Pero para que esta institución sea operativa deberá solicitarse su reconocimiento por escrito por quienes la hayan celebrado; tal solicitud deberá poseer la estructura de una demanda; presentada personalmente por los interesados, precisando sus alcances o acompañando el documento que la contenga. Dicha solicitud podrá pedirse por cualquiera de las partes, adjuntado para el efecto el documento de transacción autenticado (El acuerdo o la convención). Debe ser autenticado porque de conformidad con el artículo 254 del CPC, todo documento público adjuntado a un proceso judicial debe venir con dicha formalidad para concederle valor probatorio, aunque cuando entre en vigencia el nuevo CPA esta premisa cambia.

3. Periodo Probatorio

“Si la transacción requiere licencia y aprobación judicial, el mismo Juez que conoce del proceso resolverá sobre estas; si para ello se requieren pruebas que no obren en el expediente, el juez las decretará de oficio o a solicitud de parte y para practicarlas otorgará un término de cinco días o señalará fecha y hora para audiencias, según el caso.” (Último inciso del artículo 340 del C. de P.C.). Ejemplo de transacción que requiera aprobación judicial, sería el caso de transacción sobre indemnización de perjuicios, donde necesariamente el fallador debe tener certeza de que se presenta un daño antijurídico y que como consecuencia del mismo existe el deber de reparar, toda vez que, la transacción en materia de reparación directa solo opera si los perjuicios están debidamente probados y tienen un nexo con el daño que reconoce haber cometido la administración, en tal evento se haría necesario aportar pruebas y si es del caso practicarlas de oficio o a petición de parte durante el término señalado líneas atrás. Consideramos que en caso de que el Juez impruebe el acuerdo transaccional no se puede argüir que se está en presencia de un prejuzgamiento, habida cuenta que el análisis que se hace en este evento no ata al juez en la sentencia de fondo, toda vez que en este trámite

²¹¹ Anulación de los Actos de la Administración Pública, Segunda Edición, corregida y aumentada, 2004, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Bogotá D.C. —Colombia., página 531.

el Juez se centra más en los perjuicios (su prueba, cuantificación y nexo con el daño) y presume que la imputación y el fundamento están dados, salvo que prima facie se advierta lo contrario, tal como acontece con la conciliación. Otro ejemplo de transacción que requiere aprobación judicial es la que versa sobre alimentos futuros (art. 2474 del C.C.). En todo caso en derecho administrativo siempre se debe aprobar la transacción dado que está de por medio el interés general.

4. Efectos

El juzgador deberá aceptar la Transacción que se ajuste a las prescripciones sustanciales y declarará terminado el proceso, si se celebra por todas las partes y versa sobre la totalidad de las cuestiones debatidas, quedando sin efecto cualquier sentencia dictada que no estuviere en firme; si solo recae sobre parte del litigio o solo se celebró entre algunos de los litigantes, el proceso continuará respecto de los aspectos o personas no comprendidos en ella, lo cual deberá precisar el Juez en el auto que la admita. En estos eventos, los actos que implican disposición de los derechos en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos los litisconsortes necesarios. El acuerdo transaccional junto con su auto aprobatorio hace tránsito a cosa juzgada. El juez no debe modificar la parte sustancial del acuerdo, empero, podrá rechazarlo si resulta lesivo al patrimonio público o violatorio del ordenamiento jurídico. La aprobación de lo transado debe ser total.

5. Entidades públicas legitimadas para transar

Los entes públicos en general no podrán transigir libremente, tal como lo precisa el artículo 218 del CCA, en armonía con el 341 del C. de P.C., sino solo podrán hacerlo cuando para el efecto medie autorización del gobierno nacional (el Presidente, los Ministros o Directores de Departamentos Administrativos -Inc. 2do del art. 115 de la CP-) en el caso de que la parte interesada sea la Nación. Cuando se trate de los Departamentos será el Gobernador y en los Municipios el Alcalde o quién haga sus veces. En las entidades descentralizadas del orden Nacional, Departamental o Municipal, los representantes de dichas instituciones autorizarán la facultad que se explica²¹² (salvo lo referente a los establecimientos públicos como se explica más adelante). Se advierte que en el campo contractual las entidades públicas de que habla el art. 2do de la Ley 80 de 1993 y demás normas que lo complementen, podrán transigir directamente sin que para el efecto se requiera la previa autorización de los funcionarios indicados. Si el Proceso se promovió por orden consagrada en Ley, Ordenanza o Acuerdo, la transacción deberá estar autorizada en este tipo de actos respectivamente (art. 341 del C. de P.C.).

²¹² Dependiendo obviamente de lo que dispongan los ordenamientos creadores salvo que sus respectivos estatutos digan otra cosa.

Es necesario señalar que los representantes de los Establecimientos Públicos no podrán transigir ni allanarse, por regla general, sin que medie autorización escrita de la Junta Directiva, salvo que los estatutos dispongan otra cosa, empero, en cuanto a las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, podrán hacerlo sin que medie autorización alguna (art. 218 CCA).

Ahora bien, consideramos que la autorización, cuando deba ser suministrada por representantes legales de las entidades públicas, puede ser entendida cuando se otorgue poder con expresa facultad para transar por parte de tales representantes. Aunado a lo anterior es necesario acotar que cuando se autoriza transigir va implícita la facultad de desistir.

Por otro lado, es pertinente anotar que para el profesor Pedro Antonio Lamprea, no existe limitación alguna en materia de transacción cuando se trata de entidades públicas, toda vez que en virtud de lo consagrado en la Ley 80 de 1993 y normas complementarias y la naturaleza de la transacción, que como dijimos para este autor es contractual, las entidades públicas pueden contratar libremente siempre y cuando cumplan con los principios consagrados en tal normativa, por tanto, las normas que contemplan la necesidad de autorizaciones en materia de transacción estarían tácitamente derogadas. Veamos lo que dice el doctrinante anotado:

Un aspecto medular sobre la transacción tiene que ver con la capacidad de los órganos del Estado para transigir. Reiteradamente, la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado, declaró que los entes descentralizados, solo podrían transigir si existiera, a favor de ellos, expresa disposición que los facultara (Concepto de marzo 14 de 1977, CP Samuel Arango Reyes). El argumento central del concepto en mención, se funda en la consideración de que, por implicar la transacción disposición de bienes, los órganos públicos carecen de capacidad para hacerlo, sin advertir que en la actividad contractual que la ley les reconoce, les está atribuyendo facultad de disposición de los bienes propios.²¹³

Esta posición en nuestro parecer es acorde a derecho pero dentro del ámbito de la contratación estatal, pues independientemente de que la transacción sea o no un contrato, lo que es cierto es que en virtud de lo consagrado en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, es un acuerdo de voluntades que tiene vía libre para extinguir obligaciones emanadas de un contrato estatal, sin ningún tipo de obstáculo, por ende, si la entidad pública tiene capacidad de disponer de sus bienes a través de contratos, no debe estar sometida a talanquera alguna para finiquitar las

²¹³ Anulación de los Actos de la Administración Pública, Segunda Edición, 2004, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Bogotá D.C.–Colombia, página 539.

obligaciones que de ellos emanan a través de la forma como se crearon, en este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Al expedir la ley 80 de 1993, el legislador decide terminar con la distinción que venía rigiendo los contratos celebrados por la administración, al señalar que los contratos en donde intervienen entidades estatales, sin distingo alguno, son contratos estatales (artículos 2 y 32), regidos por las disposiciones comerciales y civiles correspondientes (artículos 13), salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley, y asignó la competencia para conocer de las controversias originadas en ellos, exclusivamente a la jurisdicción contencioso administrativa (artículo 75). De esta forma, a partir del año 1993, los conflictos surgidos de la actividad contractual del Estado, quedó radicada definitivamente en cabeza de la jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, el propio legislador, en esa misma ley, facultó a las partes, administración y particular, para sustraer del conocimiento de la jurisdicción los conflictos que, en virtud de la celebración, el desarrollo, la ejecución y la liquidación de los contratos estatales llegaren a surgir, al señalar que éstos buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias y discrepancias surgidas de la actividad contractual, a través de los mecanismos alternos de solución de conflictos, tales como el arbitramento, la conciliación, la amigable composición y la transacción (artículo 68 del CCA) prohibiendo expresamente a las autoridades, impedir el uso de estos mecanismos, o la inclusión en los contratos estatales de la cláusula compromisoria o la celebración de compromisos para dirimir las diferencias surgidas del contrato estatal (artículo 69).

Significa lo anterior que el Estado, al igual que los particulares, puede someter las divergencias surgidas con ocasión de un contrato donde es parte, a la decisión de terceros investidos de la facultad de dirimir definitivamente la controversia, sin que con ello se considere vulnerado el interés público que los contratos estatales implícitamente ostentan, o se discuta la facultad de la administración para transigir, tal como aconteció hasta no hace pocos años”.²¹⁴

Sin embargo, a pesar de lo anterior, consideramos que las restricciones a que se refiere el Código de Procedimiento Civil, aún conservan su vigencia en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado, pues se reitera, el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, solo produce efectos frente a la contratación estatal.

²¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-1436 de 2000.

A pesar de lo expuesto y en contraposición a lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 80 de 1993, el nuevo CPA reiteró las restricciones contempladas en el Código de Procedimiento Civil, así

Artículo 176. Allanamiento a la demanda y transacción. Cuando la pretensión comprenda aspectos que por su naturaleza son conciliables, para allanarse a la demanda la Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional y las demás entidades públicas requerirán previa autorización expresa y escrita del Ministro, jefe de departamento administrativo, gobernador o alcalde o de la autoridad que las represente o a cuyo despacho estén vinculadas o adscritas. En los casos de órganos u organismos autónomos e independientes, tal autorización deberá expedirla el servidor de mayor jerarquía en la entidad.

En el evento de allanamiento se dictará inmediatamente sentencia. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude o colusión, o lo pida un tercero que intervenga en el proceso.

Con las mismas formalidades anteriores podrá terminar el proceso por transacción.

6. Recursos

El auto que resuelva sobre la transacción parcial en primera instancia es apelable en el efecto suspensivo, esto debido a lo dispuesto en el artículo 181 del CCA; y la total, obviamente en el mismo efecto. Si la decisión se produce en única o segunda instancia, el auto lo dictará el ponente y será susceptible de súplica. No es viable en cuanto a efectos de la apelación, la remisión al inciso 3ro del art. 340 y al 351, Numeral 7mo del C. de P.C., dado que el artículo 181 anotado regula la materia en su totalidad sin que se pueda sostener vacío alguno. Si la misma decisión fuere dictada por Juez Administrativo en primera instancia, la apelación se otorgará en los mismos efectos. Si la transacción se rechaza, el auto no es apelable porque no está contemplado en el artículo 181 del CCA, por ende, solo será reponible o suplicable. Consideramos que el auto que aprueba la transacción únicamente es apelable por el Ministerio Público.

7. Cobertura

Las acciones públicas, tales como las de simple nulidad y las electorales, no serán transigibles. Los derechos discutidos en estas no tienen el carácter

de renunciables, por estar precisamente en juego los intereses generales de la legalidad no susceptibles de ninguna clase de convenio entre las partes. Solo en aquellas acciones de reparación directa, repetición, ejecutiva cuando se proponen excepciones contra el mandamiento de pago o contractuales, será viable, empero, si se trata de discutir la legalidad de actos administrativos proferidos en un contrato, solo se podrá transar sobre los efectos económicos de dichos actos²¹⁵, sin embargo, en lo atinente a actos administrativos proferidos por fuera de los marcos contractuales, cuya legalidad se discuta al interior de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la transacción es inviable²¹⁶. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] la transacción en el Código Contencioso Administrativo solo fue consagrada en los procesos relativos a contratos y de reparación directa, razón por la cual está contemplada en el capítulo II De los procesos relativos a contratos y de reparación directa es decir que no está autorizada para los procesos de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez, que no le es dable a las partes transigir sobre normas de derecho público, cuando se controvierten actos administrativos, caso en el cual la competencia radica de manera exclusiva en la jurisdicción contencioso administrativa [...] ²¹⁷

Nota: Normalmente el memorial que solicita la aprobación de la transacción también va acompañado del desistimiento o, al menos, luego de finiquitada la transacción, el desistimiento es solicitado por la parte demandante.

B. La Conciliación

1. Definición

La conciliación se encuentra consagrada en el artículo 64 de la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos: “es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado conciliador.” Conciliador que puede ser en los conflictos contenciosos, el agente del Ministerio Público (antes

²¹⁵ Lo cual consideramos viable, pues el arbitraje procede sobre los efectos económicos de los actos contractuales y es claro que el arbitraje solo opera frente a lo que se puede transar, tal como se verá más adelante.

²¹⁶ El Consejo de Estado en auto del 27 de junio de 1994, de la Sección Segunda, denegó la solicitud de terminación del proceso de restablecimiento del derecho de carácter laboral, por medio de la transacción, en virtud a que en materia contencioso administrativa, y por excepción, ésta solo esta instituida para los procesos relativos a contratos y a asuntos de reparación directa.

²¹⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección 2da, Subsección B, Auto del 24 de junio de 2004, expediente 3468-02, Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro, Revista Jurisprudencia y Doctrina de *Legis* de septiembre de 2004, páginas 1388 a 1390.

del proceso o por fuera del proceso) en la extrajudicial o el Juez, el Tribunal o el Consejo de Estado en la judicial. En estos eventos el juez o el agente solo son un facilitador que propone fórmulas de arreglo pero en ningún momento imponen su opinión o punto de vista sobre el asunto.²¹⁸ Esto diferencia a esta figura de la amigable composición.

El artículo 8° de la Ley 640 de 2001 consagra las obligaciones que tiene el conciliador, las cuales se resumen en los siguientes puntos:

- Citar a las partes.
- Hacer concurrir a terceros.
- Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación. El objeto debe estar determinado, por ende, asuntos ambiguos u oscuros no pueden ser temas de arreglo, dado que las discusiones se volverían especulaciones sin ningún sentido y generarían un desgaste innecesario o, contrario sensu, el trámite conciliatorio sería un mero formalismo sin ninguna utilidad práctica y ausente de negociación. Más adelante veremos que este requisito se torna crítico en relación con el trámite conciliatorio extrajudicial, como requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción contenciosa.
- Motivar a las partes a que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia.
- Formular propuestas de arreglo.
- Velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles (los derechos laborales de carácter salarial o prestacional por ejemplo), así como los derechos mínimos e intransigibles (por ejemplo el estado civil de las personas). –Parágrafo 2° del artículo 2° del Decreto 1716 de 2009-.
- Levantar el acta de la audiencia de conciliación.

Los centros de Conciliación no se encuentran autorizados para celebrar audiencias de conciliación en materia contencioso administrativa, ya que el artículo 23 de la Ley 640 de 2001 que la autorizaba, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, bajo el argumento: “[...] las normas acusadas establecen una delegación permanente de la función de administrar justicia en los particulares, desconociendo flagrantemente el texto del artículo 116 de la carta que expresamente autoriza al legislador para atribuirles dicha función en forma transitoria”²¹⁹. Sin embargo, el salvamento de voto de la mencionada providencia

²¹⁸ “Si bien es cierto en la conciliación, interviene un conciliador, este no tiene injerencia decisoria en las bases y alcances de la determinación que por ser transaccional corresponde exclusivamente a los interesados, y solo podrá sugerir fórmulas de arreglo pero no podrá imponer su criterio, ni intentar modificar el acuerdo logrado”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 4 de noviembre de 2004, expediente 24.225, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.)

²¹⁹ Sentencia C-893 de agosto 22 de 2001, Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

argumenta lo siguiente (posición que compartimos plenamente): “El fallo en cuestión confunde el ejercicio permanente de la función Jurisdiccional con la circunstancia de que los particulares se encontraran constantemente dispuestos a servir como conciliadores, en los casos para los cuales fuesen seleccionados”.

2. Cobertura

La conciliación en el proceso contencioso administrativo es procedente en aquellos conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción contencioso administrativa a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del CCA, de conformidad a lo consagrado en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998. Ahora bien, el primer Parágrafo de este artículo también dispone que es viable la conciliación en los procesos ejecutivos derivados de la contratación estatal (art. 75 de la Ley 80 de 1993), siempre y cuando en ellos se propongan excepciones de mérito²²⁰, sin embargo, el Gobierno mediante el Decreto 1716 de 2009, estableció en el parágrafo 1° del artículo 2° de dicha codificación, que los asuntos que deban tramitarse mediante el proceso ejecutivo de que trata el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, no son susceptibles de conciliación extrajudicial, asunto que a nuestro modo de ver resulta ilegal, dado que repugna con lo consagrado en el artículo 59 de la Ley 23 de 1991. También es viable en la acción de repetición (art. 21, Ley 678 de 2001).

Es necesario advertir que los conflictos de carácter tributario no son conciliables (Parágrafos 1ro y 2do del artículo 59 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 70 de la Ley 446 de 1998), lo que obliga a concluir que cuando estemos en presencia de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter tributario, la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad es inviable, habida cuenta que el artículo 42A de la Ley 270 de 1996 establece que dicho requisito solo opera en asuntos conciliables. Esta excepción también se encuentra consagrada de manera expresa en el parágrafo 1° del artículo 2° del Decreto 1716 de 2009. Ahora bien, el Comité de Defensa judicial y Conciliación de la DIAN, a través del acta 111 de junio 12 de 2009, señaló los asuntos tributarios no susceptibles de conciliación, listado que consideramos no taxativos porque la ley no exceptúa, así:

- Las liquidaciones de impuestos nacionales regulados en el Estatuto Tributario, es decir, la de corrección aritmética, la de revisión y la de aforo.
- La sanción por mora en el pago de impuestos, anticipos y retenciones.

²²⁰ En este evento también podríamos incluir la viabilidad de la transacción, porque se trataría de un asunto económico en discusión susceptible de ser transado.

- La sanción por mora en la consignación de los valores recaudados por entidades autorizadas.
- Las sanciones que se relacionan con las declaraciones tributarias.
- Las sanciones relativas a informaciones y expedición de facturas.
- Las sanciones relacionadas con la contabilidad y la clausura del establecimiento.
- Las sanciones específicas para cada tributo ni las sanciones a notarios y a otros funcionarios.
- Las liquidaciones oficial de corrección y oficial de revisión de valor previstas en el Estatuto Aduanero (D. 2685/99).
- Las solicitudes que se refieran a los procesos sobre devoluciones o compensaciones de impuestos nacionales o tributos aduaneros.

Por otro lado, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento consideró que la Conciliación en materia laboral es inviable por regla general, dado que los derechos laborales son mínimos e irrenunciables, lo que implica su imposibilidad de disposición. Esta limitación jurisprudencial en la práctica borra de un tajo la conciliación como mecanismo de descongestión judicial, toda vez que el 80% de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho que se incoan ante los estrados judiciales, son de carácter laboral, a lo que se suma que constituyen el mayor porcentaje de litigios que se dilucidan al interior de la Jurisdicción contencioso administrativa. La *ratio decidendi* del pronunciamiento anotado puede inferirse del siguiente párrafo que se pasa a transcribir:

Insiste la Sala en que para la exigencia del requisito de procedibilidad en examen, el juez en materia contencioso administrativa debe observar extremo cuidado con los derechos “ciertos y discutibles” susceptibles de conciliación en materia laboral, puesto que la mayoría de ellos son irrenunciables e imprescriptibles y para sus destinatarios son fundamentales, como sucede con el derecho a la pensión. De ahí que el rechazo de la demanda por ese motivo implica el observar especial responsabilidad en la actividad judicial ²²¹.

Ahora bien, este pronunciamiento en la práctica puede generar algunos ámbitos de discusión, por ejemplo: cuando estamos en presencia de actos administrativos de retiro del servicio donde se solicita a título de restablecimiento del derecho el reintegro correspondiente y como reparación del daño los salarios dejados de percibir, ¿estamos en presencia de derechos irrenunciables e imprescriptibles? Consideramos que en este caso debe operar el requisito de procedibilidad porque

²²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda –subsección “A”. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón, Bogotá, D.C., primero (01) de septiembre de dos mil nueve (2009), Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00817-00 (AC), Actor: Ismael Enrique Molina Guzmán, Demandado: Juzgado Primero Administrativo de Ibagué y otro. Acción de tutela.

el status laboral es renunciable. Sobre este tópico el Consejo de Estado se ha pronunciado en lo relacionado con el retiro del servicio por supresión del cargo, en los siguientes términos: “En armonía con el artículo transcrito, como quiera que la ley le otorgó a este tipo de empleados la facultad de escoger entre el reintegro a un cargo similar al suprimido o la indemnización correspondiente, sus intereses en este aspecto son susceptibles de disposición, por ende de conciliación”.²²²

Por otro lado, en caso de acciones de lesividad en donde se pretende la nulidad total de actos administrativos que reconocen derechos laborales, pensamos que también se debe exigir el requisito de procedibilidad, pues en estos casos no se discute el reconocimiento de un derecho irrenunciable e imprescriptible, sino su extirpación del patrimonio del interesado.

En cuanto a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y las contractuales cuando versen sobre actos administrativos proferidos durante la actividad contractual, como los que se profieren en virtud de las cláusulas excepcionales, la conciliación es procedente solo en lo que tiene que ver con los efectos económicos y siempre y cuando el acto administrativo sea susceptible de revocarse directamente porque se encuentra inmerso en las causales consagradas en el artículo 69 del CCA, ya que en caso contrario, se entraría a negociar la legalidad del acto, lo cual esta proscrito por la ley. Sobre el particular, el Dr. Carlos Betancur Jaramillo ha dicho: “La materia conciliable no es la legalidad del acto, sino los efectos patrimoniales de este. Cuando la administración se convence de la ilegalidad de un acto, dentro de la etapa conciliatoria, y concilia, no está negociando su legalidad, sino sus consecuencias. En el fondo, cuando la administración llega a esa conclusión dentro de la audiencia, es como si allí mismo lo revocara y aceptara restablecer los derechos de la persona afectada con el mismo. Y para hacer esto no solo no existe impedimento legal alguno, sino que existe la permisión legal”. (Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Quinta Edición, Página 400).

En razón de lo explicado anteriormente sobre la conciliación en materia de los efectos económicos del acto administrativo, el artículo 71 de la Ley 446 de 1998, consagra la revocatoria automática de los actos administrativos, la cual se configura al momento de proferir el acta conciliatoria la cual reemplaza al acto revocado, empero, consideramos desafortunado que el artículo anotado haga hincapié en que el acto administrativo debe ser de carácter particular, dado que en virtud de la teoría de los móviles y finalidades, también se puede ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra actos administrativos

²²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda –subsección “B”. Auto de 20 de enero de 2011. Radicación 13001-23-31-000-2009-00254-01. Consejero Ponente: Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2011, páginas 569 a 572.

de carácter general y en este último caso, si nos atenemos al tenor literal de la disposición comentada, sería imposible conciliar. Por eso consideramos que en este caso debe entender por acto particular también el general que afecta derechos subjetivos y que, por ende, puede ser acusado por los afectados a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Ahora bien, en el acta de conciliación donde se llega a un acuerdo sobre los efectos económicos del acto administrativo, se debe indicar y justificar cuál o cuáles de las causales de revocación directa previstas en el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, o normas que lo sustituyan, sirven de fundamento al acuerdo e igualmente se precisará sin con ocasión del acuerdo celebrado se produce la revocatoria total o parcial del mismo. (Inciso segundo del numeral 3° del artículo 9° del Decreto 1716 de 2009.).

Es importante precisar que el Juez de lo Contencioso Administrativo, cuando debe entrar a aprobar o improbar un acuerdo conciliatorio sobre los efectos económicos de un acto administrativo, debe verificar que la causal o causales del artículo 69 del CCA se configuren para el caso concreto, empero, en ningún caso podrá hacer juicios de mérito u oportunidad, solo de legalidad, tal como lo ha advertido el Consejo de Estado ²²³. En este orden de ideas, la revisión de cada una de las causales será de la siguiente manera:

- **Causal de ilegalidad (cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley):** Debe verificar si el acto administrativo se encuentra afectado por alguna o algunas de las causales de invalidez consagradas en el artículo 84 del CCA y que, previamente, deberá o deberán estar tipificadas en el acta de conciliación respectiva.
- **Causal de mérito (Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él):** El control de esta causal es el más problemático de todos porque tal como se señaló líneas atrás, el Juez no puede entrar a remplazar las decisiones de la administración o a emitir juicios de conveniencia u oportunidad. En este evento, para que el juez pueda dilucidar si se configura esta causal de revocación, debe realizar un juicio de proporcionalidad que permita inferir que la decisión adoptada por la administración resulta contraria al interés público o social o atenta contra él. La medida administrativa, entonces, se enjuicia a través de un sistema de filtros (juicios progresivos, necesarios y concurrentes), así:

²²³ 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.

1. **Juicio de idoneidad:** La medida debe soportar dos tipos de juicios. Una idoneidad fáctica que responde al siguiente cuestionamiento, ¿si se logra obtener el fin para el cual se tomó la medida? y una idoneidad jurídica, ¿es un fin permitido por el ordenamiento jurídico? El fin que no se logra obtener o el fin ilegal deben estar descritos en el acta de la audiencia de conciliación respectiva.
 2. **Juicio de necesidad:** Si el acto administrativo supera el juicio anterior, se procede a formular el siguiente cuestionamiento: ¿no se podía haber logrado el fin buscado sin necesidad de sacrificar el derecho de la persona afectada con el acto administrativo? Para poder dilucidar este interrogante a su vez se debe plantear otra pregunta, así: ¿es la única medida al mismo precio y con los mismos sacrificios o menos sacrificios? En este caso se tiene en cuenta que la decisión administrativa puesta en tela de juicio es más costosa que otra, no solo en términos económicos sino también políticos, geográficos, sociales y demás variables dentro del caso concreto. Es necesario precisar que tales términos o variables deben haber sido expuestas en el acta de la conciliación que se estudie.
 3. **Juicio de proporcionalidad en sentido estricto:** El sacrificio en libertades no debe ser superior al beneficio obtenido. A la luz de las libertades básicas que debe poseer todo individuo en una democracia liberal como la nuestra (libertad política, libertad de expresión, libertad de reunión, libertad de conciencia, libertad de pensamiento, libertad de la persona –libre de opresión psicológica, agresión física y desmembramiento-, propiedad personal y libertad respecto del arresto y detención arbitrarios²²⁴), cuando el sacrificio de dichas libertades es mayor que el beneficio en relación con las mismas, el acto administrativo que lo impone debe ser revocado por la segunda causal del art.69 del CCA
- Causal del daño especial (Cuando con ellos se causa agravio injustificado a una persona): En este caso hay un desequilibrio de las cargas públicas, es decir, el acto administrativo le impone una carga superior al afectado con la decisión, en comparación con el resto de personas que están en su misma situación. En este caso el Juez constata que la carga o gravamen que se impone y se describe en el acta de conciliación, si constituye un peso que el afectado con la decisión no está en el deber jurídico de soportar.

La posibilidad de conciliar sobre los efectos económicos de los actos administrativos aún permanece vigente, a pesar de lo manifestado por el profesor Juan Ángel Palacio Hincapié, pues este eminente doctrinante incurre

²²⁴ RAWLS, Jhon, Teoría de la Justicia, Sexta reimpresión, 2006, Fondo de Cultura Económica de México, Traducción de María Dolores González, página 68.

en un craso error, al considerar que al no estar contemplada la conciliación como requisito de procedibilidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de conformidad a lo contemplado en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001, el legislador quiso suprimirla para este tipo de controversias, lo cual es una conclusión inatente, porque una cosa es el requisito de procedibilidad y otra la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos²²⁵. Por otro lado, cabe anotar que en la actualidad el requisito de procedibilidad ya es obligatorio para la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en virtud de lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, por medio del cual se aprobó como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el artículo 42A.

3. Requisito de procedibilidad

Para acudir a la jurisdicción contencioso administrativa en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa o en acción contractual, es necesario agotar previamente etapa conciliadora extrajudicial, habida cuenta que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001 declaró exequible el artículo 37 de la Ley 640 de 2001, el cual se puede considerar complementado con el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009. Empero, es necesario aclarar que en materia de acción de repetición tal requisito de procedibilidad es obligatorio en virtud de lo consagrado en el párrafo 4° del artículo 2° del Decreto 1716 de 2009, lo cual, sin embargo, se nos antoja ilegal dado que el párrafo 1° del artículo 37 de la Ley 640 de 2001 consagra que el requisito de procedibilidad no opera para la acción de repetición. Como corolario, en auto de marzo del 2010 (Exp. 37765), el Consejo de Estado no aplicó, por ilegal, las disposición del Decreto 1716 del 2009 que ampliaba la exigibilidad de este requisito a las acciones de repetición, pues la ley de rango superior, la 1285 del 2009, no las incluye. Por otro lado, es importante acotar que la conciliación extrajudicial será requisito de procedibilidad en los procesos ejecutivos que se promuevan contra los municipios. Esta conciliación se tramitará siguiendo el procedimiento y los requisitos establecidos para la de los asuntos contencioso administrativos (Inciso primero del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012)²²⁶.

Así mismo, será preocupación de la doctrina, la jurisprudencia y del mismo legislador que este requisito no se convierta en una mera formalidad y, por el

²²⁵ La posición que se critica la expone el doctrinante anotado en su obra *Derecho Procesal Administrativo*, Sexta Edición, 2006, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Páginas 700 y 701.

²²⁶ El artículo 613 del Código General del Proceso que exonera del requisito de procedibilidad en cualquier proceso ejecutivo, no se aplica en esta materia por ser una norma general. Ver: Contraloría General de la República, Concepto: IE-72496 de noviembre 26 de 2012. Esta posición también la contempla el Tribunal Administrativo del Quindío, en providencia cuya referencia es: Auto que resuelve apelación de dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013), en proceso ejecutivo donde el demandante es: Cooperativa de Trabajo Asociado Consutrabajo y el demandado es el Municipio de Quimbaya y el número de radicación es: 63-001-3333-001-2013-00080-01. Magistrado Ponente: Rigoberto Reyes Gómez.

contrario, efectivamente sea una vía idónea para resolver la controversia. Por ende, consideramos que la identidad entre el objeto conciliado y el objeto debatido en sede judicial, debe saltar a la vista de la lectura del acta o de la constancia de que trata el art. 2º de la Ley 640 de 2001 y de las pretensiones de la demanda²²⁷, en caso contrario el requisito de procedibilidad no se habrá agotado. En este sentido compartimos en un todo lo manifestado por el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Armenia (Q) en los siguientes términos:

La conciliación como requisito de procedibilidad, es entendida por este despacho como la obligatoriedad de que previo el debate jurisdiccional a través del proceso, las partes discutan las pretensiones de manera directa, con la ayuda de un tercero imparcial y calificado llamado conciliador, a fin de que estas tengan la posibilidad previa de decidir de manera directa sus controversias (autocomposición), como requisito previo para debatir ante un tercero imparcial, imparcial e independiente, el juez, sus pretensiones (heterocomposición).

Teniendo en cuenta lo anterior, el despacho interpreta que el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, ha de entenderse como la obligación que tiene el demandado de posponer la discusión judicial del conflicto intersubjetivo de intereses surgido frente a una entidad u organismo del Estado, para discutir de manera directa las pretensiones en conflicto.

La anterior interpretación, igualmente tiene como soporte el artículo 6 del decreto 1716 de 2009, que consagra en su literal d, la obligación de presentar en la solicitud de conciliación: “las pretensiones que formula el convocante”, al igual que en el artículo 2 de la Ley 640 de 2001 que consagra que la constancia de no conciliación deberá contener el objeto a conciliar.

De lo anterior para el despacho es claro que para que se entienda debidamente agotada la conciliación como requisito de procedibilidad, ha de existir una cierta identidad de contenido entre las pretensiones discutidas en sede de conciliación y las que pretenda el actor introducir en sede jurisdiccional, dado que de no interpretarse así, carecería de efecto útil la norma que consagra dicho requisito.

²²⁷ No solo las de carácter económico sino también las de restablecimiento del derecho y de nulidad del acto o actos administrativos acusados debidamente individualizados, máxime si tenemos en cuenta que el acto administrativo demandado se entiende revocado por el acuerdo logrado y uno de los eventos de no conciliación sería, precisamente, la imposibilidad de tipificar el acto administrativo en alguna de las causales del art. 69 del CCA

Por lo anterior, el análisis que realice el juez al momento de admitir la demanda, no es una simple revisión formal frente a la existencia de la constancia de que trata el artículo 2 de la Ley 640 de 2001, sino que debe ir más allá a fin de determinar el contenido de las pretensiones debatidas en conciliación y las que se pretenden introducir en sede jurisdiccional.²²⁸

También se echa de menos el evento de que no se estableciera por el legislador una sanción o multa de carácter pecuniario para la parte o partes que asumieran una posición no conciliadora de carácter temeraria, en caso de la materialización de una condena en el proceso contencioso administrativo, tal como lo consagra el parágrafo 2º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, en lo atinente a la etapa de conciliación en el proceso contencioso de controversias contractuales, así:

En caso de condena en procesos originados en controversias contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliadora de alguna de las partes, condenará a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales.

Por otro lado, es importante advertir que el requisito de procedibilidad sufrió un duro golpe como mecanismo para descongestión de los despachos judiciales como consecuencia de pronunciamiento del Consejo de Estado, donde se dijo que en materia laboral la conciliación extrajudicial no es obligatoria pues se discuten derechos mínimos e irrenunciables, dado que el 80 % de los procesos contencioso administrativos en Juzgados Promiscuos tienen dicho talante²²⁹. Lo anterior no quiere decir que la conciliación en materia laboral no se pueda adelantar, lo que ocurre es que no se puede exigir como requisito para admitir la demanda y solo se

²²⁸ Auto de rechazo de demanda del tres de junio de 2009, al interior de acción de nulidad y restablecimiento del derecho, radicación: 63001-3331-003-2009-00681-00, demandante: Gregorio Sánchez Vallejo, Demandado: ESE Rita Arango Álvarez del Pino en liquidación, Juez: Luis Carlos Alzate Ríos. Esta posición no es compartida por el Tribunal Administrativo del Quindío, pues considera que exigir identidad entre el objeto de la conciliación y las pretensiones de la demanda es un rigorismo extremo que afecta el acceso efectivo de la administración de Justicia. Así mismo considera que en sede judicial tampoco se pueden exigir los requisitos contemplados en el art. 6º del Decreto 1716 de 2009, así no se hubiere podido llevar la audiencia por falta de corrección del peticionario. A lo sumo, considera que, la única exigencia que se debe verificar en sede judicial es simplemente una congruencia o similitud mínima en los aspectos y hechos del objeto a conciliar y el petitum del libelo. Ver: Tribunal Administrativo del Quindío –Sala de Decisión–, Magistrado Ponente: Paulo León España Pantoja, Asunto: Resuelve recurso de apelación, Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Radicación: 63-001-3331-001-2009-00309-01, Accionante: Beatriz Eugenia Lee Mejía, Accionado: Municipio de Armenia.

²²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda –subsección “A”. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón, Bogotá, D.C., primero (01) de septiembre de dos mil nueve (2009), Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00817-00 (AC), Actor: Ismael Enrique Molina Guzmán, Demandado: Juzgado Primero Administrativo de Ibagué y otro. Acción de tutela.

puede celebrar por obligaciones secundarias al derecho laboral mismo, tal como acordar la forma de pago o la condonación de intereses, o excepcionalmente por el objeto principal como en lo atinente a la indemnización por “brazos caídos”. En otras palabras, solo en eventos conciliables se puede exigir el requisito de procedibilidad; por ejemplo: en materia tributaria, según el legislador, es imposible tal exigencia²³⁰, empero, ahora en materia laboral tampoco es viable agotar dicho requisito, lo que implica que un gran número de procesos que se ventilan en el contencioso no necesitan del mismo, lo que en últimas hace inane la medida de descongestión.

Ahora bien, el requisito que se viene señalando en este acápite, duró mucho tiempo sin operar, toda vez que el Ministerio del Interior y de Justicia no había determinado su entrada en vigencia en ningún distrito judicial, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 640 de 2001, toda vez que no había el número de conciliadores suficiente con relación a los negocios que se ventilaban en cada distrito judicial, a lo que se suma que tales conciliadores debían ser servidores públicos y no contratistas de la administración. Sin embargo, en la actualidad este requisito está en plena operatividad en virtud de lo consagrado en el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 que aprobó como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el artículo 42A. Como consecuencia se expidió la Ley 1367 de diciembre 21 de 2009, que les otorga competencia para celebrar estas conciliaciones a los procuradores delegados y judiciales y crea 425 cargos adscritos al despacho del Procurador General de la Nación, sin embargo, tal como suele suceder en nuestro país, primero crean la ley y luego le aseguran el presupuesto para poderla ejecutar y esta no es la excepción, por tanto, la puesta en funcionamiento de los nuevos cargos está sometida a los ajustes presupuestales que efectúe el gobierno.

El profesor Juan Ángel Palacio Hincapié advierte que no será requisito de procedibilidad para demandar, cuando bajo la gravedad de juramento, que se entenderá prestado con la presentación de la demanda, se manifieste que se ignora el domicilio, el lugar de habitación y el lugar de trabajo del demandado, o que este se encuentra ausente y no se conoce su paradero. Situación que la encontramos lógica, siempre y cuando el demandante sea una entidad pública, pues si el demandante es un particular, es imposible que la sede de la entidad desaparezca²³¹.

También es importante anotar que la conciliación no se cumple con la radicación de la solicitud. En auto de marzo del 2010 (Exp. 37635), la Sección Tercera del

²³⁰ En auto de noviembre del 2009 (Exp. 17800), el Consejo de Estado descartó este requisito para las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter tributario.

²³¹ Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Páginas 686.

Consejo de Estado aclaró que el requisito no se cumple solo con la radicación de la solicitud, sino que debe agotarse, hasta la celebración de la audiencia. Empero, consideramos que si a pesar de la solicitud y por cuestiones de agenda del conciliador, no se puede llevar a cabo el trámite conciliatorio dentro del término de los tres meses en que dura interrumpida la caducidad de la acción, el demandante puede advertir en su libelo tal imposibilidad y el Juez deberá reconocer salvado este requisito y admitir la demanda por este aspecto.

Por otro lado, cabe anotar que en fallo de tutela de diciembre pasado, la Sección Segunda del Consejo de Estado advirtió que la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad no es exigible desde la entrada en vigencia de la Ley 1285 del 2009, que la consagró, sino a partir de la expedición del Decreto Reglamentario 1716 del 2009, esto es a partir del 15 de mayo del 2009, lo cual contradice lo expuesto por la sección tercera en auto de marzo del 2010 (Exp. 37365), en el sentido de que el requisito de la conciliación es exigible a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1285, es decir, desde el 23 de enero del 2009.²³²

Finalmente, en reciente pronunciamiento, el Consejo de Estado señaló que el hecho de solicitar la conciliación antes de la ejecutoria del rechazo de la demanda por falta de este requisito, subsana el error procesal de no agotar este trámite antes de interponer la demanda, a pesar de que la Ley 1285 del 2009 exige que se tramite antes de la presentación de la demanda, pues por prevalencia del derecho sustancial, puede iniciarse el trámite del requisito de procedibilidad hasta que el rechazo de la demanda esté ejecutoriado.²³³

4. Clases

En materia contencioso administrativa la conciliación podrá ser judicial o extrajudicial, teniendo en cuenta si se realiza dentro de un proceso judicial o por fuera de un proceso judicial (art. 3ro, Ley 640 de 2001). Es pertinente anotar sobre este punto que si la conciliación se logra por fuera del proceso judicial a pesar de que este se encuentre en trámite, el proceso anotado terminará de manera anticipada, como consecuencia de que la parte demandante presenta escrito desistiendo de la demanda, en atención a que se llegó a un acuerdo en sede extrajudicial.

²³² Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001031500020100139800 de diciembre 9 de 2010, Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

²³³ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001031500020090124400 de enero 29 de 2010, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara, y 11001031500020100039500 de mayo 3 de 2010, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

5. Las partes

Los representantes de las entidades públicas podrán conciliar por ministerio de la ley, ya que no requieren autorización expresa para el efecto. En cambio, los apoderados de las personas naturales o jurídicas o de las entidades públicas, tendrán que estar expresamente autorizados por sus poderdantes, ya que la conciliación implica disposición del derecho (Último inciso del artículo 70 del Código de Procedimiento Civil). Aunado a lo anterior, en materia contencioso administrativa siempre se debe actuar a través de abogado (Parágrafo 3° del artículo 1° de la Ley 640 de 2001), sin embargo, cuando el particular es convocado no es necesario que comparezca con apoderado. En este sentido se pronunció el honorable Tribunal Administrativo del Quindío en los siguientes términos:

A nuestro juicio, la interpretación que hace el a quo del parágrafo 3° del artículo 1° de la Ley 640 de 2001, no es acertada, pues consideramos que el derecho de postulación que exige la ley para este tipo de acciones prejudiciales, se entiende dirigida a las personas naturales que formulan la solicitud de conciliación y no para aquellas a quienes son citadas como convocadas por parte de una entidad pública debidamente representada como el caso que nos ocupa.

Para este Tribunal, la señora Gloria Inés Marín Betancourt estaba en capacidad de transar directamente con la entidad pública sin necesidad de estar asistida de un profesional del derecho, pues en primer lugar ella no fue quien dio origen a la actuación y segundo, se trata de un crédito personal a su favor susceptible de transacción, del cual podía disponer ya sea a nombre propio o por conducto de apoderado, sin que esto sea un requisito *sine quanon* para dar validez a la actuación extrajudicial, pues si exigiéramos que toda persona natural que sea convocada a una conciliación extrajudicial contencioso administrativa, esté asistida por un abogado, estaríamos dilatando y colocando trabas a la función ágil y armoniosa con que se tramitan estos mecanismos de solución de conflictos.

Tanto es así, que el mismo parágrafo 2° del artículo 1 de la Ley 640 de 2001, señala que las partes deberán asistir a la audiencia de conciliación y podrán hacerlo junto con su apoderado. Según el Diccionario de la Real Academia Española, el verbo “deber” significa estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva. Por su parte la palabra “poder” como verbo, significa tener expedita la facultad o potencia de hacer algo, razón por la cual, cuando una

persona es citada o convocada a una audiencia de conciliación prejudicial, tiene la prerrogativa o autonomía de la voluntad de comparecer directamente o por intermedio de apoderado judicial a fin de transar las diferencias que tenga con alguna autoridad pública, sin que la comparecencia de un abogado para representar a las personas naturales convocadas, se constituya en el imperativo categórico necesario para transar directamente las diferencias que se presenten entre el Estado y los particulares.

Así las cosas, concluye la Sala que es posible actuar a nombre propio como convocado en este tipo de conciliaciones, pues una interpretación en sentido contrario, resultaría demasiado restrictiva y formalista.²³⁴

Ahora bien, aunque la interpretación anterior la encontramos loable y afortunada, el Gobierno Nacional a través del Decreto 1716 de 2009, en el artículo 5°, exige la presencia de abogados titulados como apoderados tanto para convocantes como para convocados, veamos: *“Los interesados, trátese de personas de derecho público, de particulares o de personas jurídicas de derecho privado, actuarán en la conciliación extrajudicial por medio de apoderado, quien deberá ser abogado inscrito y tener facultad expresa para conciliar”*. Esta disposición, entonces, abre el debate en el sentido de colegir que resulta demasiado restrictiva frente a lo dispuesto en la Ley 640 de 2001, sin embargo, como el mismo parágrafo 3° del artículo 1° de esta ley permite margen de interpretación, el asunto está por resolverse en los estrados judiciales.

Sin perder de vista lo anterior, es pertinente advertir que el inciso segundo del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012, estableció una excepción a lo consagrado en el artículo 5° del Decreto 1716 de 2009, así: *“El acreedor podrá actuar directamente sin hacerse representar por un abogado. Dicha conciliación no requerirá de aprobación judicial, y su incumplimiento solo genera la consecuencia de que el acreedor puede iniciar el proceso ejecutivo correspondiente.”*

Por otro lado, es obligatoria la concurrencia de las partes involucradas en el arreglo, salvo que no posean domicilio en el lugar donde se realiza o se encuentren fuera del mismo, sin embargo, es costumbre inveterada de algunas entidades públicas acudir a las audiencias de conciliación únicamente a través de sus apoderados, sin la presencia física del representante legal o su delegado, lo que daría al traste, en teoría, con la legalidad del acuerdo logrado o de la audiencia celebrada, sin

²³⁴ Tribunal Administrativo del Quindío, Magistrado Ponente: Rigoberto Reyes Gómez, Armenia, once (11) de febrero de dos mil ocho (2008), asunto: auto aprobatorio de conciliación extrajudicial, Convocante: Contraloría Municipal de Armenia, Convocado: Gloria Inés Marín Betancourt, Radicado: 63-001-3331-001-2007-00283-01.

embargo, la jurisdicción contenciosa ha sido laxa en este sentido y le ha dado vía libre a dichas audiencias como requisito de procedibilidad o como acuerdos legales, a pesar de que no esté presente el representante legal o el delegado de la entidad pública en el momento de su celebración. En la conciliación judicial, la participación del Ministerio Público es facultativa, pues se derogó el artículo 72 de la Ley 446 de 1998 por la Ley 640 de 2001.

6. Competencia

Será competente para tramitar la conciliación extrajudicial el agente del ministerio público asignado al juez o corporación que sería competente para conocer del asunto respectivo ante la jurisdicción contencioso administrativa (Artículo 24 de la Ley 640 de 2001). En la conciliación judicial es competente para adelantarla el Juez o Corporación que esté conociendo del proceso correspondiente, y el Ministerio Público podrá apelar el acuerdo conciliatorio cuando resulte lesivo al patrimonio público, al interés general o a los derechos fundamentales de alguno de los intervinientes en el acuerdo.

7. Oportunidad y caducidad

Solo las partes de común acuerdo podrán solicitar que se realice audiencia de conciliación dentro de un proceso judicial, la cual operará en cualquiera de las etapas del mismo, sin embargo, el juez, de oficio, podrá citar a audiencia (El artículo 43 de la Ley 640 de 2001 derogó el 104 de la Ley 446 de 1998, por ser una disposición posterior y especial). Por otro lado, las partes pueden solicitar la celebración de un número indeterminado de audiencias de conciliación, toda vez que la ley no establece un límite en esta materia ²³⁵.

La conciliación extrajudicial no opera cuando la acción respectiva se encuentre caducada (Parágrafo 2° del artículo 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998 y parágrafo 1° del artículo 2° del Decreto 1716 de 2009).

La solicitud de conciliación extrajudicial suspenderá la caducidad de la respectiva acción hasta por un término que no podrá exceder de tres (3) meses siguientes a la presentación de la solicitud (aunque el procedimiento conciliatorio podrá exceder este término por solicitud mancomunada de las partes involucradas en el arreglo); esto en el caso de la conciliación extrajudicial (art. 20, inciso 1ro de la Ley 640 de 2001). Si el término de trámite del procedimiento conciliatorio es menor a los tres meses, al día siguiente de la expedición de las constancias respectivas²³⁶ o

²³⁵ Esta opinión la comparte el Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié. Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Páginas 682.

²³⁶ Ver: artículo 2° de la ley 640 de 2001.

de la ejecutoria del auto improbatario de la conciliación (par. 2º del artículo 37 de la Ley 640 de 2001), se reinicia el cómputo de la caducidad, si la conciliación es parcial o fallida, si por el contrario es superior, el término de caducidad, de todas maneras, se reinicia al día siguiente de los tres meses (art. 21, Ley 640 de 2001). El reinicio del cómputo se realiza en días calendario y no hábiles, dado que en lo atinente a la caducidad de las acciones consagradas en los artículos 85, 86 y 87 del CCA, se trata de términos en meses y años que no pueden convertirse en días. En otras palabras, si el reinicio del cómputo consta de 10 días, este término incluirá los sábados, domingos y festivos.

Es pertinente anotar que la solicitud que hace el interesado al Comité de Conciliación de la respectiva entidad pública no suspende el término de caducidad, el demandante debe acreditar que la audiencia no prosperó, porque no existió ánimo conciliatorio o porque trascurrieron más de tres meses sin que se celebrara con el recibido de la solicitud. Solo de esa manera se entiende cumplido el requisito de la Ley 1285²³⁷.

Es necesario señalar que si se presenta la demanda para evitar la caducidad de la acción y simultáneamente se está adelantando el trámite conciliatorio extrajudicial, habida cuenta que se prolongó por más de los tres meses de que se habló en el párrafo anterior, el conciliador extrajudicial mantiene la competencia para ocuparse del asunto, dado que el proceso judicial puede culminar anticipadamente en virtud de un desistimiento como consecuencia de un arreglo entre las partes en sede extrajudicial. Por otro lado, cabe anotar que en lo atinente al requisito de procedibilidad, el demandante deberá dejar constancia en su libelo que el proceso conciliatorio extrajudicial aún se está tramitando y que se vio compelido a presentar la demanda sin su agotamiento con el objeto de evitar la caducidad de la acción. Creemos que en este evento el Juez debe, al menos en relación con este punto, admitir la demanda, siempre y cuando se anexasen a la demanda los soportes del caso, en especial la copia auténtica de la solicitud de conciliación extrajudicial con el correspondiente recibido.

8. Pruebas

La solicitud de conciliación extrajudicial deberá acompañarse de la copia de la petición de conciliación enviada a la entidad pública o al particular²³⁸ y de las pruebas que fundamenten las pretensiones conforme a los requisitos consagrados

²³⁷ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto 05000123100020090085801 (37555) de noviembre 25 de 2009, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil.

²³⁸ El artículo 6º del Decreto 1716 de 2009 contempla los requisitos que debe contener la petición de la conciliación extrajudicial que se presenta ante el agente del Ministerio Público correspondiente, dentro de los cuales se resalta el literal K de dicha disposición que contempla la necesidad de adjuntar la copia de la petición de conciliación previamente enviada al convocado.

en los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil –conducencia, pertinencia y utilidad- (literal f del artículo 6° del Decreto 1716 de 2009 e inciso primero del artículo 8° de la misma codificación). Durante la audiencia los interesados pueden aportar pruebas y el conciliador puede solicitar nuevas pruebas o que se complementen las aportadas. Las pruebas tendrán que aportarse dentro de los veinte (20) días calendario siguiente a la presentación de la solicitud de conciliación si se trata de conciliación extrajudicial. Este trámite no dará lugar a la ampliación del término de suspensión de la caducidad de la acción previsto en la ley. Si no se aportan las pruebas por los interesados en este término se entenderá que no se logró el acuerdo (art. 25, Ley 640 de 2001 y artículo 8° del Decreto 1767 de 2009). En cuanto a la judicial, el Juez de oficio o a petición del ministerio público decretará las pruebas necesarias para establecer los presupuestos de hecho y de derecho del acuerdo conciliatorio. Las pruebas deben practicarse dentro de los treinta días siguientes a la audiencia que las decretó dentro del proceso judicial (art. 26, Ley 640 de 2001).

En aquellas entidades públicas donde exista comité de conciliación, es indispensable que se anexe copia auténtica del acta respectiva que le dio vía libre al arreglo, habida cuenta que se prueba que se presentó por el interesado la solicitud de poner en consideración asunto conciliable ante tales entidades y se cumplió con el deber legal de estudiarla en sede administrativa, deber legal que a nuestro modo de ver arroja un concepto vinculante para el representante legal de la entidad, pues es un mecanismo idóneo de autocontrol que ideó el legislador para proteger el erario público, el interés general y los derechos fundamentales de las personas (art. 75, Ley 446 de 1998)²³⁹. En aquellos eventos donde no hay comité de conciliación, el interesado debe anexar a la solicitud ante el procurador o el juez, copia del documento con su respectivo recibido, donde puso a consideración de la entidad el asunto a conciliar.

Ahora bien, se discute cual podría ser el objeto de prueba en el trámite de un procedimiento conciliatorio judicial o extrajudicial en el contencioso administrativo. Consideramos que el Juez o el Procurador debe hacer mucho énfasis en los perjuicios, específicamente en lo atinente a su acreditación, cuantificación y su nexa causal con el daño, habida cuenta que los demás elementos

²³⁹ Pedro Antonio Lamprea crítica esta posición bajo los siguientes términos que de antemano no compartimos, así: “Esta previsión legal ha sido causa de mala inteligencia por parte de algunos tribunales administrativos. En un caso particular, el envío del acta del comité de conciliación (reglamentado por el decreto 1214 de 2000) por fax, y no en original, se consideró incumplimiento de la obligación sobre remisión de pruebas. La verdad es que, en nuestro concepto, el acta del comité de conciliación no hace parte del acervo probatorio, imprescindible para aprobación del acuerdo. La convocación y concepto del comité de conciliación es procedimiento puramente administrativo que, de no cumplirse, acarrea responsabilidad de carácter civil y disciplinario para el funcionario que obra sin tenerlo en cuenta, pero que la ley no señala como causal de rechazo del acuerdo conciliatorio”. Anulación de los Actos de la Administración Pública, Segunda Edición, corregida y aumentada, 2004, Ediciones Doctrina y Ley LTDA, Bogotá D.C.

de la responsabilidad contractual o extracontractual del Estado deben considerarse establecidos, salvo que el Juez advierta prima facie algún problema relacionado con los mismos como sería el caso de la presencia de una causa extraña que rompa el nexo causal. En este sentido se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos:

Valga afirmar que en los eventos de conciliación en derecho administrativo, que es cada vez más la primera opción para resolver un litigio de responsabilidad contra el Estado, lo más importante que ha de tenerse claro es la cuantificación del daño. En efecto, cuando el Estado está dispuesto a conciliar es usualmente porque observa que su responsabilidad sería declarada en el proceso, es decir, porque está en presencia de una alea jurídica razonable, y por ello la conciliación supone que no es necesario volver sobre todos los argumentos jurídicos en relación con el fundamento y la imputación. A pesar de que indiscutiblemente la certeza jurídica que se tenga en la solución del caso influye en la fórmula conciliadora que se presente, el daño retoma su máxima importancia en la medida en que los demás elementos para que se declare la responsabilidad han sido establecidos o se presume razonablemente que lo podrán estar.²⁴⁰

9. El procedimiento conciliatorio extrajudicial

En la extrajudicial, recibida la solicitud de conciliación, que deberá formularse por escrito, el agente del ministerio público dentro de los diez días siguientes, si la encontrare procedente, citará a los interesados para que dentro de los treinta días siguientes a la fecha de dicha solicitud concurren a la audiencia de conciliación, en el día y hora señalados, mediante un medio expedito y eficaz, con una antelación no inferior a 15 días a la realización de la misma, indicando el objeto de la conciliación y las consecuencias por no comparecer (Artículo 7° del Decreto 1716 de 2009)²⁴¹. Las partes podrán pedirle al Agente del Ministerio Público que señale nueva fecha e incluso pueden solicitar suspensión de la audiencia durante su curso siempre y cuando haya ánimo conciliatorio (art. 10° del Decreto 1716 de 2009). Si las partes o una de ellas no comparece a la diligencia, se entiende que no hay ánimo conciliatorio y, como consecuencia, se expide la correspondiente certificación (art. 11, Decreto 1716 de 2009), sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar (arts. 22 y 35 de la Ley 640 de 2001).

Si las partes logren acuerdo total sobre los extremos del conflicto se levantará un acta que será suscrita por las partes y por el agente del ministerio público, quién la

²⁴⁰ HENAO, Juan Carlos, El Daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés, Universidad Externado de Colombia, página 283.

²⁴¹ Ahora, el Decreto *Legislativo* 075 de 2010, producto del estado de excepción por la crisis en el sistema de salud, señala que el Agente del Ministerio Público deberá revisar y suscribir los arreglos en salud dentro de los cinco (5) días siguientes al envío del acuerdo a motu proprio realizado por las partes involucradas en la controversia o solicitar la información o pruebas que estime necesarias. En todo caso, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes al recibo de la información o pruebas solicitadas (Inciso 2° del art. 4°).

remitirá a más tardar dentro de los tres días siguientes al juez o corporación que fuere competente para conocer de la acción respectiva con el fin de que este le imparta su aprobación, si fuere el caso (art. 12 del Decreto 1716 de 2009)²⁴². Este auto no es consultable (art. 24, Ley 640 de 2001). Si no se llega a un acuerdo, el conciliador debe expedir la constancia de que trata el artículo 2º de la Ley 640 de 2001, sin perjuicio de que el Juez al momento de revisar el requisito de procedibilidad verifique la identidad entre las pretensiones de la demanda y el contenido de dicha constancia, específicamente en el punto del objeto a conciliar. Ahora, en lo atinente a los requisitos de la solicitud para conciliar que se presenta ante el Agente del Ministerio Público, sino la anexan con el cuaderno que se envía a la sede judicial, debe darlos por sentados el Juez, en caso contrario, esto es, en el evento de que si se allegue la solicitud y esta no reúna los requisitos del artículo 6º del Decreto 1716 de 2009, el Juez deberá rechazar la demanda por no cumplimiento del requisito de procedibilidad, toda vez que se inició un trámite conciliatorio extrajudicial que no podía iniciarse.²⁴³

Sin perder de vista lo anterior, es importante anotar que en la práctica la exigencia de la solicitud en debida forma no ha calado entre los jueces y tribunales, más por un asunto de acceso efectivo de la administración de justicia que por impropiedad jurídica *strictu sensu*. Lo mismo se puede decir de la identidad del objeto entre lo pretendido y lo conciliado, donde solo se ha exigido una similitud más no una identidad extrema. Consideramos que dichas posiciones van en detrimento de la seriedad de la figura en pro de un acceso efectivo que en últimas debería ceder frente al deber de lealtad procesal y búsqueda de una justicia pronta que también es un componente de la tutela judicial efectiva.

Es importante tener en cuenta que la autoridad judicial improbará el acuerdo conciliatorio cuando²⁴⁴ (Inciso tercero del Artículo 65A de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 73 de la Ley 446 de 1998):

²⁴² El inciso segundo del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012, estableció una excepción al trámite de la aprobación de las conciliaciones extrajudiciales, esto es, cuando el municipio oficia como convocante o convocado, así: “El acreedor podrá actuar directamente sin hacerse representar por un abogado. Dicha conciliación no requerirá de aprobación judicial, y su incumplimiento solo genera la consecuencia de que el acreedor puede iniciar el proceso ejecutivo correspondiente.”

²⁴³ Sin embargo, el Tribunal Administrativo del Quindío considera que estos requisitos no se pueden exigir en sede judicial, en caso contrario, según su parecer, se vulneraría el acceso efectivo a la administración de justicia; aún más, sostiene que en caso de que no se pueda llevar a cabo la audiencia por falta de corrección del solicitante en el cumplimiento de tales requisitos, esto no es óbice para no admitir la demanda. Ver: Tribunal Administrativo del Quindío –Sala de Decisión–, Magistrado Ponente: Paulo León España Pantoja, Asunto: Resuelve recurso de apelación, Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho, Radicación: 63–001–3331–001–2009–00309–01, Accionante: Beatriz Eugenia Lee Mejía, Accionado: Municipio de Armenia.

²⁴⁴ Los requisitos que se esgrimen a continuación también operan para la aprobación de conciliación judicial. Aunque con la sola firma del acta por el Juez se aprueba (artículo 43 de la Ley 640 de 2001), en la práctica judicial se sigue expidiendo auto aprobatorio como una manera de realizar un control posterior reposado y útil para el interés de las partes y por los conflictos en juego que trascienden el interés general. Ahora, si hay que practicar pruebas (artículo 26 de la Ley 640 de 2001), dentro de los 30 días siguientes a la audiencia de conciliación se deben practicar las pruebas solicitadas o decretadas de oficio y conforme al resultado de la valoración de las practicadas se expedirá auto aprobatorio o improbatario de la conciliación judicial. (Ver: Juan Ángel Palacio Hincapié. Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición, 2006, Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Páginas 692 y 693.)

a. No se hayan presentado las pruebas necesarias para finiquitar la conciliación, por ejemplo, si se trata de obligaciones respaldadas con títulos valores, estos no se encuentren aportados al expediente en original. Sobre este evento, se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Si bien en los procesos ejecutivos en los cuales se pretende el cobro de sumas determinadas de dinero, respaldadas en títulos valores, se exigen los originales, dicho requerimiento, también resulta predicable cuando se va a celebrar una conciliación. No se trata de una exigencia caprichosa, pues por razones de seguridad jurídica, el juez debe tener certeza que la suma que se va a ejecutar o conciliar, es la que, efectivamente se adeuda. Piénsese en el evento que se pretenda conciliar sumas respaldadas en fotocopias de títulos valores, y que las partes no lograsen conciliar sus diferencias, de acudir a la jurisdicción, lo más probable es que el juez niegue el mandamiento de pago solicitado, si no se allegan los originales. Y no podría ser de otra manera, puesto que es el patrimonio público lo que se encuentra comprometido, situación que obliga al juez a ser riguroso con los medios de prueba que respaldan las obligaciones exigidas, las cuales, en tratándose de títulos valores, deben ser los originales.²⁴⁵

b. El acuerdo sea violatorio de la ley. Por ejemplo que el acuerdo conciliatorio no reúna los requisitos mínimos para que preste mérito ejecutivo de conformidad a como lo dispone el artículo 488 de C. de P. C. en concordancia con lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 446 de 1998. Este sería el caso de que la obligación de dar o hacer contenida en el acuerdo conciliatorio, estuviere sometida a una condición hipotética donde no existe certeza de su realización o cuando se pretende conciliar por prestaciones sociales que no se pueden generar en un contrato de prestación de servicios (Numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993).²⁴⁶ Otro caso es cuando se pretende burlar las normas de la Ley 80 de 1993 con el objeto de legalizar hechos cumplidos, en estos casos el juzgador debe tener en cuenta la buena o mala fe de quien le prestó el servicio al Estado, dado que si la administración pública lo indujo en error, tiene derecho a un 100% de lo conciliado y se aprueba el arreglo; si tanto administrado como administración actuaron de mala fe se materializa la compensación de culpas y en estos términos

²⁴⁵ Sección Tercera, Auto del 2 de febrero de 2005. Expediente 27.387. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Publicado en la revista jurisprudencia y doctrina de *Legis*, de mayo de 2005, páginas 680 a 683.

²⁴⁶ Sin embargo la jurisprudencia del Consejo de Estado las ha reconocido bajo la égida del contrato realidad. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección segunda, Sentencia del 19 de febrero de 2009. expediente 3074-05. Consejera Ponente: Dra. Bertha Lucía Ramírez de Páez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2009, páginas 932 a 939.

se aprueba el acuerdo; y si fue el contratista quien quiso prestar el servicio sin que lo autorizaran, no se le reconocerá nada en obediencia a la máxima: *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar a su favor su propia culpa) y, por ende, el acuerdo conciliatorio será improbadado.

c. Resulte lesivo para el patrimonio público, es decir, que de las pruebas recaudadas no se deduzca una alta probabilidad de condena en contra del Estado. Por ejemplo: Se evidencie el rompimiento del nexo causal por una causa extraña.

El Consejo de Estado ha precisado los requisitos que se deben presentar para que se le pueda impartir aprobación a un acuerdo conciliatorio extrajudicial, así:

- a.** La debida representación de las personas que concilian.
- b.** La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.
- c.** La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d.** Que no haya operado la caducidad de la acción.
- e.** Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- f.** Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (L. 446/98, arts. 73 y 81).²⁴⁷

Es pertinente anotar que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, dejó por fuera un requisito, el agotamiento en debida forma de la vía gubernativa cuando se trate de conciliar extrajudicialmente sobre los efectos económicos de los actos administrativos, habida cuenta que solo son susceptibles de conciliación extrajudicial los asuntos propensos a ventilarse en sede jurisdiccional (art. 70, Ley 446 de 1998 y el parágrafo 3º del artículo 2º del Decreto 1716 de 2009). Por ende, es imprescindible para la viabilidad de la conciliación extrajudicial el hecho de que la vía gubernativa estuviere agotada, en cuanto a los conflictos relacionados con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 61 de la Ley 23 de 1991, modificado por el artículo 81 de la Ley 446 de 1998), en caso contrario es inoperante y en caso de llevarse a cabo sin el cumplimiento del requisito anotado, debe ser improbadada en sede jurisdiccional.

Si se le impartiere aprobación, el acta de acuerdo y el auto aprobatorio del mismo debidamente ejecutoriados, prestarán mérito ejecutivo y tendrán efecto de cosa juzgada (artículo 13 del Decreto 1716 de 2009).

²⁴⁷ Sección Tercera, Auto del 2 de febrero de 2005. Expediente 27.387. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Publicado en la revista jurisprudencia y doctrina de *Legis*, de mayo de 2005, páginas 680 a 683.

Si la aprobación es parcial queda abierta la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa en lo conciliado que no fue aprobado.

Si no hay aprobación, se declarará cerrada la etapa extrajudicial y se dejará registro en el despacho respectivo del asunto ²⁴⁸.

Es importante advertir que en materia de conciliaciones extrajudiciales como requisito de procedibilidad para procesos ejecutivos en contra de municipios, no se requiere aprobación judicial (Inciso segundo del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012). Por otro lado, en estos casos el delegado del Ministerio Público encargado de la conciliación acumulará todas las solicitudes relacionadas con obligaciones de dar una suma de dinero a cargo del municipio y fijará una sola audiencia trimestral en la que el representante legal del municipio propondrá una programación de pagos de los créditos que acepte, la cual deberá respetar el orden de preferencia de las acreencias previsto en la Ley 550 de 1999.

Siguiendo con el lineamiento discursivo del párrafo anterior, se anota que en la audiencia de conciliación se excluirán de la programación de pagos aquellas obligaciones que el representante del municipio no acepte por ser procedente, a su juicio, alguna de las excepciones de mérito que obran en los procesos ejecutivos. Así mismo, sino ha transcurrido un (1) año desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria en contra del municipio, el representante del mismo podrá excluir de la programación de pago la que se origine por este concepto (Inciso tercero del artículo 47 de la Ley 1551 de 2012 e inciso primero del artículo 298 del CPA).

10. Los recursos

El auto que apruebe o impruebe el acuerdo conciliatorio a nivel de corporación será dictado por la sala, sección o subsección de la que forme parte el magistrado que actuó como sustanciador y será susceptible de apelación en los asuntos de doble instancia y de reposición en los de única. En los de Juez Administrativo, es susceptible de apelación por las partes y el ministerio público si imprueba, en caso contrario, solo por el ministerio público, en este último evento también en corporación. El Ministerio Público puede apelar aún, los acuerdos conciliatorios extrajudiciales que se aprueban en sede jurisdiccional, toda vez que el actúa ante tales acuerdos como simple mediador sin ingresar al fondo del asunto.

²⁴⁸ El artículo 5° del Decreto Legislativo No. 075 de 2010, producto del estado de excepción por la emergencia en el sistema de salud, le otorga un plazo perentorio de 5 días al Juez para aprobar los acuerdos conciliatorios relacionados con la salud, contados a partir del día siguiente de la recepción del acuerdo (el cual debe ser enviado dentro de los tres días siguientes a su suscripción por el Procurador) o de las pruebas pedidas si fuere del caso.

11. Efectos

El acta de acuerdo y el auto aprobatorio debidamente ejecutoriado prestará mérito ejecutivo (título complejo) y tendrá el alcance de cosa juzgada formal (la eficacia de la decisión solo es obligatoria en cuanto al proceso donde se dictó y mientras se mantenga el estado de cosas que la rodearon) y de cosa juzgada sustancial (es inmutable en un proceso posterior y en un estado de cosas diferente), dejando a salvo la situación de terceros directamente interesados. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Cabe entender, entonces, que la cosa juzgada que se le atribuye a la conciliación es tanto formal como sustancial, pues no se hace distinción alguna. Dicho de otra forma, lo acordado por las partes en las condiciones señaladas por la ley hace tránsito a cosa juzgada plena, debiéndose tener entonces que lo acordado o conciliado no es susceptible ni de recurso ni de modificación o mutación mediante un nuevo mecanismo procesal, salvo la situación de terceros directa e inmediatamente interesados en el asunto que no tuvieron la oportunidad de intervenir en la conciliación.²⁴⁹

La conciliación judicial aprobada producirá la terminación del proceso en lo conciliado por las partes que la acepten²⁵⁰. Si el acuerdo fuere parcial, el proceso continuará para dirimir los aspectos no conciliados. Si existen varios deudores o responsables y de ellos se predica la solidaridad, no necesitan conciliar todos y el proceso continuará con los que no conciliaron. Obviamente si lo que se presenta es un litisconsorcio necesario, si es menester que todos concilien, en caso contrario, el proceso se sigue contra todos. Las anteriores reglas también se predicán de los acreedores. Por otro lado, si en un proceso de reparación directa, contractual o de nulidad y restablecimiento del derecho, que implique el pago de sumas de dinero por restablecimiento del derecho o indemnización de perjuicios, una de las partes demandada concilia y frente a las otras se continúa el proceso, en caso de condena deberá descontarse lo conciliado.

En cuanto al tercero llamado en garantía, si este no consintiere en lo conciliado o no asistiere a la audiencia, el proceso continuará entre entidad pública y tercero²⁵¹.

²⁴⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 19 de marzo de 2009. Radicación 11001-0324-000-200400203-01. Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2009, páginas 926 a 932.

²⁵⁰ Es importante acotar que el Consejo de Estado considera que el conciliador no administra justicia, pues no puede imponer su solución; está carente de autoridad para ello. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 21 de octubre de 2009. Radicación 25000-23-26-000-2008-00141-01. Consejera Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencial y Doctrina de *Legis* de marzo de 2010, páginas 419 a 423

²⁵¹ “El acuerdo debidamente aprobado entre las partes principales iniciales tiene el alcance de cosa juzgada, pero solo frente a la primera relación (demandante-demandada), ya que la segunda, por regla general, no

Las sumas líquidas reconocidas en el acuerdo devengarán intereses comerciales durante los seis meses siguientes al plazo acordado para su pago y moratorios luego. Ahora es importante anotar que si cumplidos seis meses desde la ejecutoria de la providencia que aprueba una conciliación, los beneficiarios no acuden ante la entidad responsable para hacerla efectiva, acompañando la documentación exigida para el efecto, cesará la causación de intereses de todo tipo desde entonces hasta cuando se presentare la solicitud en legal forma (inc. 6to del art. 176 del CCA). Por otro lado, si lo que se pretende es iniciar un proceso ejecutivo con base en el acuerdo conciliatorio, el término de caducidad de la acción ejecutiva es de 5 años contados a partir del día siguiente del vencimiento del plazo o de que quede ejecutoriado el auto que aprueba el acuerdo si no se pactó plazo alguno para el pago²⁵².

Finalmente cabe anotar que si las actas de conciliación extrajudicial contienen acuerdos sobre disposición o gravámenes de inmuebles o muebles sujetos a registro, es necesario elevarlas a escritura pública y registrarlas en el respectivo registro de instrumentos públicos²⁵³. Sin embargo, la Ley antitrámites (Decreto-Ley 0019 de 2012) aligeró este requisito al señalar en el artículo 90 lo siguiente:

Las actas de conciliación no requieren ser elevadas a escritura pública. Cuando las partes en el Acta de la Conciliación extrajudicial a que se refiere la Ley 640 de 2001, acuerdan transferir, disponer, gravar, limitar, afectar o desafectar derechos de propiedad o reales sobre bienes inmuebles, el cumplimiento de lo pactado se hará mediante documento público suscrito por el conciliador y por las partes conciliadoras. Lo mismo sucederá, si el bien es mueble y la ley requiere para los efectos antes mencionados, el otorgamiento de escritura pública. El Notario velará porque se presenten los documentos fiscales que señalan la ley y demás requisitos legales.

12. La conciliación judicial es optativa salvo cuando media sentencia condenatoria y es apelada

puede ser comprendida en el mismo, sino que deberá definirse en el fallo. Por esa razón, nada impediría que el proceso continúe entre la entidad demandada y el llamado, con miras a que se resuelva en la sentencia si la conducta de este último no solo estuvo afectada de dolo o culpa grave, sino que tuvo incidencia en la responsabilidad imputada a la administración". (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 6 de octubre de 1994. Expediente No. 12.679.).

²⁵² Analogía con el término de caducidad en la acción ejecutiva cuyo título ejecutivo son sentencias judiciales (numeral 11 del artículo 136 del CCA).

²⁵³ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 19 de marzo de 2009. Radicación 11001-0324-000-200400203-01. Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2009, páginas 926 a 932.

El artículo 70 de la Ley 1395 de 2010 adicionó un cuarto inciso al artículo 43 de la Ley 640 de 2001, en donde se estableció que cuando el fallo de primera instancia sea de carácter condenatorio y contra el mismo se interponga el recurso de apelación, el juez o magistrado deberá citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso. La asistencia a esta audiencia es obligatoria, por ende, debe comparecer el representante legal de la entidad o entidades públicas, el o los accionantes y los respectivos apoderados de ambas partes, conforme lo señala el artículo 1° de la Ley 640 de 2001. Si el apelante no asiste a la audiencia, se declara desierto el recurso. Es importante advertir que al interior de esta audiencia no puede ser objeto de discusión la responsabilidad, pues de ella ya se decidió en la sentencia de primera instancia y la legalidad no es transable, solo es dable conciliar sobre el monto indemnizatorio. Por otro lado, por Secretaría se debe citar a las partes y a sus apoderados mediante oficio y al Ministerio Público se le debe notificar personalmente el auto que fija la fecha de la audiencia (inciso primero del artículo 127 del CCA).

Es importante anotar sobre la audiencia referida en el párrafo anterior que la norma solo exige que las partes asistan a la diligencia, por ende, basta la simple presencia física al interior de la misma para que se celebre, sin que sea menester la facultad expresa para conciliar o la existencia del acta del comité de conciliación dando vía libre a dicha posibilidad. Por otro lado, el inciso cuarto del artículo 192 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ratifica esta audiencia.

Por otro lado, el parágrafo primero del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, era claro en señalar que una vez vencía el periodo probatorio se debía intentar una audiencia de conciliación sujeta a los lineamientos del artículo 101 del CPC mediante la intervención de personas diferentes a aquellas que participaron en la producción de los actos o en las situaciones que generaron las discrepancias. Ahora bien, la incidencia del artículo 101 del CPC en este evento resultaba determinante en materia sancionatoria, en caso de ausencia injustificada de una o de ambas partes. A lo anterior es pertinente agregar que si la conducta renuente en cuanto al arreglo conciliatorio era constitutiva de temeridad, se imponía en la sentencia condenatoria una multa entre 5 y 200 salarios mínimos legales mensuales a la parte o servidor público que incurrió en dicha temeridad (parágrafo 2° del artículo 75 de la Ley 80 de 1993). Sin embargo, esta conciliación al interior del proceso contencioso contractual dejó de ser obligatoria, a raíz de lo contemplado en el inciso segundo del artículo 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010, dado que la conciliación como requisito de procedibilidad reemplaza todas las audiencias obligatorias de este tipo que estaban consagradas para el proceso contencioso administrativo.

Como corolario, salvo lo atinente a la conciliación a celebrarse a continuación de sentencia condenatoria apelada, como ya se anotó, en los procesos susceptibles de ser conciliados, la audiencia de conciliación judicial es optativa a petición de ambas partes en contienda como ya se señaló (artículo 43 de la Ley 640 de 2001).

13. Acción de repetición

Cuando la conciliación se diere por una actuación dolosa o gravemente culposa de un servidor público, la entidad perjudicada podrá repetir contra este (art. 86, CCA). Es importante anotar en este punto que los servidores públicos no deben tener temor a conciliar dado que las exigencias de la culpa grave son altas pues se exige que el comportamiento o la decisión que causó el daño sea compatible con un servidor más torpe que un torpe, es decir, no es la simple torpeza sino una torpeza mayor que la de un servidor público negligente e imprudente habitual. Aunque en estos eventos hay que tener cuidado con las presunciones de que tratan los artículos 5° y 6° de la Ley 678 de 2001, dado que en tales casos la tipificación de vicios invalidantes como el desvío de poder en el acta de conciliación podría dar vía libre a la acción de repetición. Por eso consideramos que el desvío de poder o la falsa motivación no serán motivos de conciliación muy recurridos.

14. No hay prejuzgamiento

En la conciliación judicial las fórmulas de arreglo que proponga el juez en ningún caso constituirán prejuzgamiento (Inciso segundo del artículo 43 de la Ley 640 de 2001). De igual manera es pertinente advertir que lo que se discuta en una audiencia de conciliación extrajudicial en ningún evento incidirá en un eventual proceso judicial. (Artículo 16 del decreto 1818 de 1998) ²⁵⁴.

15. Conciliación en equidad

La conciliación en equidad no opera en el contencioso administrativo, tal como lo precisa el doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié en los siguientes términos:

La conciliación en equidad es aquella en la cual, quien cumple la función de conciliador, lo hace sin tener en cuenta aspectos técnicos

²⁵⁴ “... sería un contrasentido estimar que por haberse producido un acuerdo conciliatorio parcial ya sea este prejudicial o judicial, la parte demandada haya adquirido una situación de desventaja para defender sus intereses y ejercer su derecho de contradicción sobre lo no conciliado, bajo el supuesto de que aceptó implícitamente las pretensiones de su contradictor. Para el tribunal supremo de lo contencioso administrativo, el acuerdo conciliatorio no constituye un medio útil para llevar a juez al convencimiento o la certeza sobre los hechos, ya que no está investida de un poder demostrativo de situaciones fácticas, que permita el contacto del juez con la realidad del caso concreto que se ventila”. (Consejo de Estado, Sección 3ra, sentencia de marzo 2 de 2000; expediente No. 11.774; C.P. Alier E. Hernández Enríquez).

ni de derecho, simplemente se limita a obtener una fórmula que consulte el derecho de cada una de las personas en conflicto, sin que se desconozca el derecho del otro. Es donde la intuición del conciliador, su sentido común, tiene mayor despliegue y le permite encontrar un justo medio que satisfaga a cada una de las personas enfrentadas en un asunto. La conciliación en equidad solo procede en los casos autorizados por la ley. No es un mecanismo válido en materia contenciosa en la regulación actual.²⁵⁵

16. Recusación y ausencia injustificada

Por último, es necesario advertir que las partes pueden recusar un conciliador cuando sospechen que no es imparcial²⁵⁶ y, por otro lado, la ausencia injustificada de alguna de las partes en la audiencia de conciliación, genera indicio grave en un eventual proceso judicial, es decir, se presume verídica la causa *petendi* de la parte demandante y la parte demandada tendrá que asumir una carga probatoria más exigente para desvirtuar dicha presunción o viceversa en lo atinente a las oposiciones y excepciones (Artículo 22 de la Ley 640 de 2001). Sin embargo, es pertinente anotar que la fuerza mayor y el caso fortuito que impidieron comparecer a la audiencia, se pueden acreditar sumariamente dentro de los cinco (5) siguientes a la celebración de la misma y al interior de la cual se declaró fallida por la ausencia de una de las partes (numeral 2do del parágrafo del artículo 103 de la Ley 446 de 1998).

C. El Desistimiento

El desistimiento implica la renuncia a las pretensiones de la demanda, lo cual se puede dar de común acuerdo o unilateralmente.

1. Entidades legitimadas para desistir

En este punto se aplica lo explicado para la transacción en relación con las autorizaciones consagradas en el Código de Procedimiento Civil. Aunque es importante anotar en este tópico que en virtud del principio de auto tutela administrativa, las entidades públicas, por regla general, ofician como demandadas.

²⁵⁵ Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 680.

²⁵⁶ “Según la Constitución Política, artículo 116, las partes habilitan al conciliador y además las faculta a ellas para recusarlo en sospecha de parcialidad o falta de independencia mediante el procedimiento del impedimento y la recusación son esenciales a la conciliación, y son parte de su carácter eminentemente voluntario”. Corte Constitucional, Sentencia C-893, agosto 22 de 2001; Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández.

2. Cobertura

Las acciones públicas como la de simple nulidad y las electorales no permiten desistir. En este caso se aplican los criterios esbozados para la transacción. Sin embargo el retiro de la demanda si es viable en acciones públicas, siempre y cuando se lleve a cabo antes de que se notifique la demanda a la parte demandada o al Ministerio Público, lo que ocurra primero, toda vez que después dicho retiro se equipara como forma de terminación anormal del proceso a un desistimiento y, por ende, no opera en este tipo de acciones tal como se advirtió líneas atrás. De igual manera tampoco es viable el desistimiento en la acción de repetición (Artículo 9º de la Ley 678 de 2001), pero si el retiro de la demanda en las condiciones expuestas.

Es importante anotar que el retiro de la demanda antes de la conformación del contradictorio no hace tránsito a cosa juzgada, al paso que el desistimiento sí, porque implica una renuncia expresa a las pretensiones. Por otro lado, el retiro no necesita de auto aprobatorio si no se ha trabado la *litis*, basta constancia secretarial. Luego de conformado el contradictorio es imprescindible dicho auto, dado que tal retiro hace las veces de desistimiento y, por ende, hace tránsito a cosa juzgada como ya se advirtió (art. 88 del CPC). Lo expuesto en este párrafo está en consonancia con lo consagrado en el artículo

174 del CPA, que además agrega que en caso de que se haya decretado una medida cautelar, tampoco es viable el retiro de la demanda, así:

El demandante podrá retirar la demanda siempre que no se hubiere notificado a ninguno de los demandados ni al Ministerio Público y no se hubieren practicado medidas cautelares.

Ahora bien, el desistimiento si opera en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho²⁵⁷ y en las demás de carácter subjetivo como las de reparación directa, contractuales o las de grupo. En consonancia con lo anterior, el retiro de la demanda en este tipo de acciones no tiene límite, empero, luego de conformado el contradictorio o de decretada una medida cautelar, ya no es técnicamente un retiro de la demanda, tal como se advirtió, sino un desistimiento y deberá reunir los requisitos de este para que opere.

²⁵⁷ El Consejo de Estado, al establecer las diferencias entre la acción de simple nulidad y la de nulidad y restablecimiento del derecho, precisó lo siguiente: “Otros rasgos de estas dos acciones tienen que ver con el hecho de que la nulidad no es desistible, cualquier persona puede coadyuvar o impugnar la demanda, lo que no sucede con la de nulidad y restablecimiento del derecho, que si es desistible, con el cumplimiento de los requisitos de ley, y solamente a los terceros interesados les es permitido participar en un proceso de esa naturaleza”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia 5683 de marzo 4 de 2003, Consejero Ponente: Manuel S. Urueta Ayola. Publicada en Código Contencioso Administrativo de *Legis*, hojas sustituibles, páginas 169 a 171.

3. Procedimiento

El demandante podrá desistir de la demanda mientras no se haya pronunciado la sentencia que le ponga fin al proceso, sin tener en cuenta si se trata de primera, de segunda o de única instancia.

El auto que acepte el desistimiento, producirá los mismos efectos de una sentencia absolutoria. En el caso de la segunda instancia es necesario diferenciar si se desiste del recurso o si se desiste del proceso. En el primer evento, el desistimiento no se equipara a una sentencia absolutoria, por ende, la sentencia de primera instancia queda en firme, sea esta condenatoria o absolutoria, al paso que en el segundo evento, se entiende que el demandante absuelve a la entidad demandada, es decir, en este último caso, el auto interlocutorio que acepta el desistimiento si se equipara a una sentencia absolutoria.

Si el desistimiento no comprende todas las pretensiones o no cubre a todos los demandados, el proceso continuará según el caso.

El desistimiento debe ser incondicional.

Las partes podrán desistir de los recursos e incidentes que promuevan pero no de las pruebas practicadas, aunque sí de las que están por practicarse.

El desistimiento no impide el trámite de la demanda de reconvenición.

El auto que decida el desistimiento en primera instancia será dictado por la Sala y susceptible de apelarse en el efecto suspensivo, si lo decreta, y será dictado por el ponente y susceptible de súplica, si lo deniega. El que decida la solicitud en única o segunda instancia será dictado por el ponente y tendrá recurso de súplica. El dictado por los jueces será apelable o reponible según se trate de terminación o no del proceso.

4. Desistimiento tácito: El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula esta figura en el artículo 178. En dicha disposición se establece que transcurrido un plazo de treinta (30) días sin que se hubiese realizado el acto necesario para continuar el trámite de la demanda, del incidente o de cualquier otra actuación que se promueva a instancia de parte, el juez ordenará a la parte interesada mediante auto que lo cumpla dentro de los quince (15) días siguientes (Inciso primero del artículo 178 del CPA).

Vencido este último término sin que el demandante o quién promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin

efectos la demanda o la solicitud, según el caso, y el juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente, condenará en costas y perjuicios siempre que como consecuencia de la aplicación de esta disposición haya lugar al levantamiento de medidas cautelares (Inciso segundo del artículo 178 del CPA).

El Auto que ordena cumplir la carga o realizar el acto y el que tiene por desistida la demanda o la actuación, se notificará por estado (Inciso tercero del artículo 178 del CPA).

Decretado el desistimiento tácito, la demanda podrá presentarse por segunda vez, siempre que no haya operado la caducidad (Inciso cuarto del artículo 178 del CPA), por tanto, este tipo de desistimiento no hace tránsito a cosa juzgada.

D. La perención (art. 14- CCA)

Cuando por falta de impulso del proceso a través de un acto procesal a realizar por la parte demandante, el expediente permanece en secretaría por más de seis meses, se decretará la perención del proceso de oficio²⁵⁸ o a petición de la parte demandada, lo que implica una terminación anormal del mismo. Es pertinente advertir que la Ley 794 de 2003 derogó la perención en materia procesal civil, lo cual no es aplicable en materia contencioso administrativa por tener esta última, una regulación especial. La perención no es un acto sino un hecho, ya que se produce no por la voluntad de alguna de las partes del proceso, sino por el simple transcurso del término señalado por la ley.

1.Requisitos

a. Paralización del proceso por más de seis meses: Este término se contará a partir del día siguiente de la notificación del último auto o desde el día de la práctica de la última diligencia o desde la notificación del auto admisorio de la demanda al ministerio público, en su caso. Sobre el asunto del auto admisorio de la demanda y la perención, es necesario advertir varias cosas:

- En primer lugar, para que esta ocurra no es necesario que se haya trabado la *litis*, es decir, que se haya notificado el auto admisorio de la demanda al demandado, ya que sobre el particular la norma no dice nada.²⁵⁹

²⁵⁸ Sobre el particular el Consejo de Estado señala: “*Ahora es conveniente aclarar el argumento del recurrente en cuanto a que el juez no puede de oficio decretar la perención de oficio; al respecto se observa de la lectura del artículo 148 del CCA, que no se condiciona la decisión, como en el CPC antes de la reforma introducida por la ley 794 de 2003 (art. 347), a solicitud de parte*”. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil tres (2003). Radicación número: 63001-23-31-000-2001-0900-01. Actor: María Bárbara Devia Garzón y otros. Referencia: Expediente 23.793. Apelación auto.

²⁵⁹ “Como se ve, del contenido y alcance de la norma que se comenta no se establece que para que haya proceso es necesario que se haya efectuado la notificación del auto admisorio de la demanda a la parte demandada y,

- En segundo lugar, para que la perención pueda ser decretada en virtud de la omisión por parte del actor de cumplir con un mandato consagrado en el auto admisorio de la demanda, este deberá estar notificado debidamente al Ministerio Público y será a partir del día siguiente a tal notificación que se contabilizará el termino configurativo de la perención, tal como lo contempla la última parte del inciso primero del artículo 148 del CCA En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, aunque con la vieja tesis de la relación jurídico procesal a la cual se hizo referencia en ítem anterior y que se pensaba se había superado, veamos:

La Sala observa de la lectura del expediente que esa interrelación jurídica no se ha dado aún, pues solo se notificó el auto admisorio de la demanda, y por estado, a la PARTE DEMANDANTE; y ¿entonces donde está la relación jurídico procesal? Sobre el punto de la interrelación la ley se expresa a través de previsiones legales que contienen el mandato de notificar a la CONTRAPARTE, así: En relación con el Agente del Ministerio Público y el demandado (s) se exige la notificación, respectivamente, en el inciso 1 del artículo 127 y artículo 150 del CCA Y lograda esa notificación o con el demandado o con el Agente del Ministerio Público, quien es parte en todos los procesos contencioso administrativos, se traba la relación jurídico procesal. Por lo tanto si no se ha efectuado esa notificación, con uno de ellos, no puede hablarse jurídicamente de proceso. El proceso no se origina con el auto admisorio de la demanda, ni con la notificación al PROPIO DEMANDANTE, sino con la notificación al demandado o al Agente del Ministerio Público.

Por consiguiente le asiste razón al demandante, que busca la revocatoria del auto de perención, cuando indica que es improcedente decretar la “perención de un proceso” cuando el juicio no ha nacido a la vida jurídica, toda vez que el artículo 148 del CCA enseña que la perención del proceso se decretará cuando el expediente permanezca seis meses en Secretaría por falta del impulso del demandante, y que tal término comenzara a contarse, entre otros, a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público.²⁶⁰

por ende se haya trabado la litis, pues la concepción de proceso es tomado por la norma en un sentido lato, amén que según algunos procesalistas el proceso se inicia con la demanda[...]” (Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto de junio 16 de 1995, expediente 10.087, Consejero Ponente Álvaro Lecompte Luna).

²⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil tres (2003). Radicación número: 63001-

- En tercer lugar, sobre la suma que debe depositar el demandante con el objeto de pagar los gastos ordinarios del proceso, para que pueda ocurrir la perención es indispensable que el juez en el auto admisorio de la demanda (Numeral 4to del artículo 207 del CCA), precise de manera clara, el monto del valor de los gastos y el plazo que posee el actor para hacer el depósito correspondiente.²⁶¹ Por otro lado, una vez se realice la consignación referida, es menester que el interesado allegue al Despacho la copia de la consignación, en caso contrario, operará la perención, pues hasta ese momento el Juez no se ha enterado de dicho depósito. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] El apelante aporta con su escrito copia al carbón del comprobante de consignación núm. 4941147, del Banco Popular, en el cual consta que consignó en efectivo la suma de \$25.000, en la cuenta corriente núm.05001079-2 de cuyo titular se indica que es el Tribunal [...]. En el mismo se señala el número del proceso respectivo, el cual corresponde al sub-lite en primera instancia. Su fecha es 6 de agosto de 2001, mientras que el auto que ordenó el pago de ese monto fue notificado por estado el 10 de julio de ese mismo año, por lo tanto la consignación aparece efectuada antes de que se cumpliera un mes después de esa notificación. Si bien es cierto que en estas circunstancias el dinero que se ordenó consignar quedó a disposición del tribunal en virtud de la mencionada consignación, también lo es que éste no tuvo conocimiento de ello durante el tiempo advertido en el auto impugnado, dada la omisión de la parte actora de aportar el comprobante al proceso, es decir, era la carga procesal que tenía la accionante para que el asunto siguiera su trámite, en la medida que enterado el tribunal de esa consignación pudiera disponer de los respectivos recursos y proceder a surtir las diligencias subsiguientes, en especial, la de notificación del auto admisorio de la demanda. Así las cosas, como no ha sido desvirtuada la inactividad de la parte demandante frente a la carga que tenía de impulsar el proceso, ya que las razones en que se sustenta el recurso no son suficientes para ello, la Sala debe confirmar el auto atacado [...]²⁶²

23-31-000-2001-0900-01. Actor: María Bárbara Devia Garzón y otros. Referencia: Expediente 23.793. Apelación auto.

²⁶¹ “La falta de pago de las expensas necesarias para que pueda surtirse la diligencia de notificación del demandado, no puede ser sancionada con la perención del proceso, cuando el juez omite señalar la suma de dinero que la parte demandante debe proveer para el efecto”. (Consejo De Estado, Sección Tercera, Auto 22995, noviembre 14 de 2002, Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez).

²⁶² Consejo de Estado, Sección Primera. Ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola. Auto de 20 de marzo de 2003, expediente 25000-23-24-000-2001-08557-01 (8557)

Ahora bien, que ocurre si el demandante no consigna la totalidad del monto estipulado en el auto admisorio de la demanda. Consideramos que el proceso se debe adelantar por acceso efectivo a la administración de justicia y, una vez se agote el rubro por los gastos propios del trámite, se deberá requerir nuevamente al demandante para que consigne la suma que faltare a través de un auto de sustanciación, el cual fijará un término perentorio para cumplir con la carga procesal, sin dejar de advertir que operará la perención del proceso en caso de que se omitiere cumplir dicha carga.

- La perención es inviable antes de la expedición del auto admisorio de la demanda, toda vez que solo hasta la producción de dicha providencia se le notifica al Ministerio Público la misma y, por ende, este último ingresa formalmente al proceso como garante del patrimonio público, el orden público y los derechos fundamentales de los asociados y será, entonces, testigo de excepción del decreto de perención, pudiéndolo recurrir si es del caso, en defensa de tales instituciones.
- En cuanto a los antecedentes administrativos que se solicitan en el auto admisorio de la demanda a la entidad demandada (Numeral 6to del artículo 207 del CCA), el hecho de que esta no los aporte por más de seis meses no es un evento que haga viable la perención, toda vez que no se trata de un asunto que le correspondiere a la parte demandante como carga procesal de impulso del proceso.²⁶³
- En cuanto a la caución de que se habla en el artículo 140 del CCA, su monto y término para pagarla se fija, si es posible, en el auto admisorio de la demanda o en un auto interlocutorio posterior a la misma, si no es posible su fijación y, en caso que el obligado no la pague dentro de los seis meses siguientes a la notificación de dicho auto, se decretará la perención, debido a que el pago de la caución es una carga procesal que implica una garantía en cabeza de la entidad demandada en caso de despacharse desfavorablemente las pretensiones y, por ende, su incumplimiento impide que se adelante el proceso.²⁶⁴

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

²⁶³ “Según los relatos de los hechos, se observa que el expediente permaneció en la secretaría en espera de la respuesta de la administración de impuestos a la solicitud de remisión de los antecedentes administrativos, estando por lo tanto a cargo de la secretaría la iniciativa para obtener el cumplimiento de la orden dada por el magistrado sustanciador en el auto del 23 de noviembre de 1981. Frente al silencio o renuencia de la administración, lo procedente era el informe del secretario para que el magistrado adoptara las medidas conducentes, como el apremio a la administración bajo multa.” (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto de noviembre 28 de 1986).

²⁶⁴ La jurisprudencia define las cargas procesales en los siguientes términos, así: “[...] consisten en la exigencia legal de una conducta de realización facultativa, establecida en el exclusivo interés del propio litigante, y cuya omisión trae aparejada para él consecuencias desfavorables” Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de noviembre 8 de 1972. CCA, *Legis* Hojas Sustituibles, página 375.

[...] en relación con el argumento del apelante según el cual no podía pedir una caución después de admitida la demanda, por lo mismo no sería procedente decretar la perención del proceso, la Sala se pronunció en el auto de abril 27 de 2001, Ep. 11906 actor Adolia Rivas Valencia, M.P. Ligia López Díaz, señalando que la caución debe ser fijada con posterioridad a la admisión de la demanda pues de lo contrario se impediría el acceso a la administración de justicia y se violaría el derecho a la igualdad, por lo tanto, el actuar del Tribunal fue ajustado a derecho y el no cumplimiento de esta carga procesal, como se dijo anteriormente, dejó sin actividad el proceso y en consecuencia operó la perención del mismo”.²⁶⁵

Sin perder de vista lo anterior, es pertinente anotar que no toda caución genera la perención del proceso, tal como acontece con la que se debe prestar para que opere la inscripción de la demanda, por ende, el Juez debe estar atento a que el tipo de caución a prestar impida el impulso del proceso, como se evidencia con la regulada en el artículo 140 del CCA como se explicó en este ítem. Por otro lado, es posible que por error el Juez adelante el proceso sin percatarse de que el interesado no ha prestado la caución, en este evento, el Juez deberá detener el proceso en el estado en que se encuentre mediante un auto interlocutorio y requerir al interesado para que preste la caución en un término perentorio. En caso de que el interesado no realice la mencionada carga dentro de los seis meses siguientes a la notificación del auto anotado, el Juez estará facultado para decretar la perención del proceso.

b. Que esta paralización no obedezca a un decreto de suspensión. Como es el caso de la suspensión del proceso mientras se vincula en debida forma al denunciado en el pleito o el llamado en garantía (Inciso segundo del artículo 56 del CPC).

c. Que durante ese lapso el demandante no haya promovido actuación alguna dentro de los términos consagrados en el procedimiento: Las actuaciones extemporáneas no impiden la ocurrencia de la perención. Como interponer recursos más allá del término de ejecutoria. Por otro lado, la remisión por falta de competencia no impide la perención, toda vez que el proceso continúa en la etapa procesal respectiva en espera del cumplimiento de la carga procesal por parte del demandante, lo único que ocurre es que hay cambio de juez. Por otro lado, el artículo 23 de la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, el cual adicionó el artículo 209A a la Ley 270 de 1996 “estatutaria de la administración

²⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, Bogotá D.C., quince (15) de julio de dos mil cuatro (2004), Radicación Número: 25000-23-27-000-2002-90171-01 (14591), Actor: Frontier de Colombia S.A., Demandado: DIAN-Bogotá.

de justicia”, estableció la perención en los procesos ejecutivos en los eventos en que el expediente permanece en la secretaría durante nueve (9) meses, o más por falta de impulso cuando este corresponda al demandante o por estar pendiente la notificación del mandamiento de pago a uno o varios ejecutados de un auto cuando la misma corresponda adelantarla al ejecutante. Llama la atención que en este caso la ley no diferenció entre el evento de que la parte demandante sea una entidad pública y en el otro en que no lo sea, tal como sucede con la perención ordinaria, por ende, así la parte demandante sea una entidad pública puede operar la perención del proceso.

d. Procede a petición de la parte demandada, del ministerio público o de oficio.

e. La perención solo opera en primera o única instancia. Sobre este punto ver la sentencia C-123 de 2003 y el artículo 148 del CCA

2. Efectos

El decreto de perención, una vez en firme, pone fin al proceso y no interrumpe la caducidad de la acción, por tanto no hace tránsito a cosa juzgada, a diferencia de las otras formas de terminación del proceso, las cuales si impiden la iniciación de un nuevo procedimiento por la misma causa y por los mismos hechos, con identidad de partes. Si la acción no ha caducado podrá intentarse una vez más, a pesar del decreto de la perención. En este último evento resulta importante precisar que la presentación de la demanda interrumpe el término de caducidad, sin embargo, el legislador al señalar que la perención no interrumpe la caducidad de la acción, deja sin efectos la interrupción realizada por la presentación de la demanda. Por tanto, una vez ejecutoriado el auto de perención, a partir del día siguiente se reinicia el conteo de la caducidad, es decir, mientras el proceso estuvo en sede judicial no corrió el término de caducidad. Por ejemplo: si se interpone una acción de reparación directa al año y tres meses, una vez ejecutoriado el auto que decreta la perención del proceso, a partir del día siguiente, se contabilizará el término de la caducidad de la acción por los nueve meses restantes. En nuestra opinión esta debe ser la interpretación de los efectos a que refiere el artículo 148 del CCA en concordancia con el artículo 143 de la misma codificación, a la luz del principio de acceso efectivo a la administración de justicia (art. 229 de la CP).

Lo anotado en el párrafo anterior no opera cuando se realiza el retiro de la demanda antes de que se conforme el contradictorio, toda vez que una vez se expide la constancia secretarial que la autoriza, se inicia nuevamente el término de caducidad de la acción, dado que el retiro de la demanda no deja sin efectos la interrupción de la caducidad con la presentación de la demanda. Es importante

precisar que de la facultad de retirar la demanda antes de que se conforme el contradictorio no se puede abusar, dado que se podría ampliar el término de caducidad indefinidamente, por ende, el Juez debe improbar el retiro de la demanda realizado antes de conformarse el contradictorio, cuando se realiza por más de una vez, por seguridad jurídica, salvo que se trate de un evento donde la acción no caduca.

En lo atinente a la perención en el proceso ejecutivo regulada en el artículo 23 de la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, por medio de la cual se agregó el artículo 209A a la Ley estatutaria de la administración de justicia, consagra que su decreto genera devolución de la demanda y de sus anexos y, si fuera del caso, la cancelación de las medidas cautelares, evento en el cual se condenará en costas y perjuicios al ejecutante.

3. Cobertura

No procede la perención en los procesos donde la parte demandante sea la Nación, una Entidad Territorial o una Entidad Descentralizada.²⁶⁶ Tampoco procede cuando se trate de acciones públicas (Simple Nulidad o Electorales, por ejemplo). En este caso la falta de impulso del proceso se castiga con medidas correccionales (Artículo 114 del CCA), aunque en algunos tribunales se opta porque, específicamente en los casos de no pago de los gastos ordinarios, se adelanten por franquicia (a cargo del Estado) las diligencias que se sufraguen mediante el rubro nombrado (gastos ordinarios). Cabe anotar en este numeral que la Ley 1285 del 22 de enero de 2009 consagró la perención del proceso en los procesos ejecutivos en su artículo 23, el cual agregó el artículo 209A a la Ley estatutaria de la administración de justicia y, tal como se anotó anteriormente, en este último caso la perención opera así la parte demandante sea una entidad pública.

4. Recursos

El auto que decrete la perención será apelable en el efecto suspensivo. Si es dictado en única, será suplicable porque es obra del ponente. El auto que deniegue la perención no es apelable, ya que así no lo contempla el Código en el artículo que se estudia, sin embargo, si se trata de única instancia es suplicable, porque también es dictado por el ponente. Cuando se trate de Jueces Administrativos, el auto que decrete es apelable y el que deniegue reponible. En lo atinente a la

²⁶⁶ El inciso 4to del artículo 148 del CCA fue declarado exequible bajo el siguiente argumento: “[...] se erige en una manera de hacer efectiva la protección del patrimonio público de esas entidades causando en grado mínimo afectación de otros principios e intereses constitucionalmente reconocidos, como los principios de eficacia y celeridad que deben regir las actuaciones de los agentes del Estado en materia judicial”. (Corte Constitucional, Sentencia C-043. Enero 30 de 2002 Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis).

perención en el proceso ejecutivo, el auto que ordene devolver la demanda es apelable en el efecto suspensivo, y el que lo deniegue, en el devolutivo (artículo 23 de la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, que agregó el artículo 209A a la Ley 270 de 1996).

5. Notificación del auto que decreta la perención

Se publicita como las sentencias, esto es, personalmente ab initio o por edicto si no es posible la notificación personal (Inciso segundo del artículo 148 del CCA). Sin embargo en caso de que el auto que decreta la perención sea objeto del recurso de apelación o de súplica, la decisión que los desate, según el caso, se notifica por estado. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Se tiene entonces que la notificación por estados, es la notificación típica de los autos y en tanto que la providencia que confirma la perención, es un auto que cuenta con una naturaleza diferente a la especial de la cual goza el auto que decreta la perención, la forma debida de notificación del primero es por estados y no por edicto, forma que de paso es conveniente aclarar, es la propia para la notificación de las sentencias, como forma subsidiaria de notificación de las mismas, cuando no es posible su notificación personal.²⁶⁷

6. El desistimiento tácito no operaba en el contencioso administrativo

La Ley 1194 de 2008 introdujo una nueva institución al Código de Procedimiento Civil, en su artículo 346, denominada “desistimiento tácito”, pero exclusivamente para los asuntos privados, por ende, no compartimos la tesis de Nattan Nisimblat, cuando señala que por remisión del artículo 267 del CCA podría operar en los procesos contenciosos administrativos.²⁶⁸

Sin embargo, con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo esta figura fue incluida al proceso contencioso administrativo (art. 178 del CPA), asunto que implica en la práctica el remplazo de la perención por esta nueva figura. Figura que resulta acorde a un proceso contencioso administrativo más igualitario, dado que la misma podrá ser decretada en detrimento de las entidades públicas.

E. El allanamiento (art. 218., CCA, artículo 176 del CPA y art. 98 y 99 del C.G.P.)

²⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección cuarta, auto del 4 de agosto de 2005. Expediente 15462. Consejero Ponente: Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié. Publicado en revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2005, páginas 1395 y 1396.

²⁶⁸ Ver la publicación de *Ámbito Jurídico* del 16 de febrero al 1º de marzo de 2009, de la editorial *Legis*, en su página 14.

Para que exista el allanamiento se requiere que el demandado admita las pretensiones de la demanda y los hechos²⁶⁹. Sobre el particular el Consejo de Estado, Sección tercera, a través de la Sentencia de octubre 22 de 1990²⁷⁰, manifestó: “La aceptación de las pretensiones, solo implica su reconocimiento, pero no el de los hechos los cuales carecerán de prueba, fuera de la indiciaria nacida del allanamiento a las pretensiones, lo que no basta”. Por lo tanto la solicitud debe reunir tanto la aceptación de las pretensiones como de los hechos.

El allanamiento no puede ser parcial, habida cuenta que un allanamiento en tales condiciones imposibilita la terminación anormal del proceso e implica la continuación del mismo y la consecuente sentencia de fondo. Por ende, el allanamiento siempre debe ser total en cuanto a las pretensiones y los hechos.

Por otro lado, en el caso de litisconsorcio necesario por pasiva, en la antigua normativa se podía presentar el allanamiento por alguno de sus integrantes y el proceso continuaba con quienes no se allanaran (Inciso segundo del artículo 93 del CPC). En la nueva normativa, en este caso el allanamiento es ineficaz (numeral 6° del artículo 99 del C.G.P.).

1. Entidades legitimadas para allanarse

Tienen la misma limitación esbozada cuando se analizó la transacción, en torno a las autorizaciones consagradas en el Código de Procedimiento Civil y en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Artículo 176 del CPA).

2. Procedimiento

Se aplica lo dispuesto en los artículos 93 y 94 del Código de Procedimiento Civil, advirtiendo que el allanamiento se debe presentar en la contestación de la demanda o antes de que se profiera sentencia de primera instancia (Inciso primero del artículo 98 del C.G.P.).

Es pertinente manifestar que el numeral 3ro del artículo 94 del CPC fue derogado por el inciso segundo del artículo 218 del CCA, debido a que las entidades públicas pueden allanarse a las pretensiones y hechos de la demanda, empero, bajo los parámetros contemplados en la última disposición mencionada, asunto ratificado en el inciso primero del artículo 176 del CPA y en el segundo inciso del

²⁶⁹ El artículo 98 del Código General del Proceso establece: “Allanamiento de la demanda. En la contestación o en cualquier momento anterior a la sentencia de primera instancia el demandado podrá allanarse expresamente a las pretensiones de la demanda reconociendo sus fundamentos de hecho, caso en el cual se procederá a dictar sentencia de conformidad a lo pedido. Sin embargo, el juez podrá rechazar el allanamiento y decretar pruebas de oficio cuando advierta fraude, colusión o cualquier otra situación similar.”

²⁷⁰ *Legis*, Código Contencioso Administrativo, hojas sustituibles, página 398.

artículo 98 del CPA Es necesario mencionar que el allanamiento no procede frente a acciones públicas, porque las sentencias que se dictan y dan por terminado los procesos que se adelantan en virtud de las mismas producen efectos erga omnes. (Numeral 6to del artículo 94 del CPC).

3. Se decide mediante sentencia

A diferencia de las demás formas de terminación anormal del proceso, esta es la única que se termina mediante sentencia, la cual seguirá los lineamientos generales en cuanto a su elaboración y los recursos que le proceden, aunado a que se profiere de manera anticipada, es decir, se prescinde del trámite de las etapas que faltaren al interior del procedimiento (Inciso segundo del artículo 176 del CPA). Es necesario advertir que si se rechaza el allanamiento por no reunir los requisitos que contempla el artículo 94 del CPC y el artículo 176 del CPA o se imprueba por defectos sustanciales, el auto interlocutorio que se profiera solo es susceptible del recurso de súplica, así se emita en primera instancia y si se trata de juez administrativo solo es reponible.

F. El abandono (art. 233 del CCA)

En los procesos electorales no procede la perención, debido a que en los mismos está envuelto el orden público y el interés general, ya que las elecciones o nombramientos no pueden quedar en la indefinición, sin embargo existe un caso especial donde procede el fenómeno del abandono, veamos: se aplica cuando el demandante no comprueba la publicación en la prensa del edicto, dentro de los veinte días siguientes a la notificación que se le haga al ministerio público del auto que la ordena, que no es otro que el admisorio de la demanda.

La publicación aquí mencionada se refiere al edicto de notificación a todos los elegidos comprendidos en el acto cuya nulidad se pide, que deberá publicarse en dos periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral, cuando en virtud de la anulación del acto deba practicarse nuevo escrutinio.

La decisión: La deberá tomar el ponente en los asuntos de única instancia o la sala del tribunal en los de doble instancia. En las distintas hipótesis, de oficio o a petición de parte. Es apelable en primera instancia o suplicable si es de única instancia (art. 183 del CCA). En el caso del Juez administrativo siempre es apelable, porque en todo momento dicho funcionario judicial conoce en primera instancia.

Efectos: Por analogía produce los mismos efectos de la perención, es decir, no hace tránsito a cosa juzgada y solo interrumpe el término de caducidad por el término

que hubiere transcurrido entre su inicio y la presentación de la demanda, por ende, una vez decretado el abandono, a partir del día siguiente de la notificación del auto que lo declara, se reinicia el conteo del término de caducidad por el lapso que faltare.

G. Otros casos de terminación anormal del proceso

Se pueden identificar cuatro eventos:

1. Los autos interlocutorios que dan por terminado el proceso contencioso administrativo de manera anticipada por sustracción de materia, dictados en asuntos que giren en torno a la legalidad de actos administrativos, cuando estos sean derogados o revocados en sede administrativa de conformidad a los lineamientos exigidos por la ley.

Ahora, el Consejo de Estado en ocasiones ha señalado que esta terminación anormal no es viable, pues la nulidad rige hacia el pasado y no puede equipararse a la revocatoria o derogatoria en sede administrativa, por ende, la jurisdicción contenciosa no pierde competencia para conocer así se presenten las anteriores figuras, pues la nulidad restablece el orden jurídico, al paso que la revocatoria o la derogatoria no. Sin embargo, no compartimos esta posición por la sencilla razón de que para nosotros la nulidad rige hacia el futuro. La posición errónea que venimos comentando, ha sido expuesta por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Esta Corporación ha sostenido reiteradamente que la derogatoria de un acto administrativo de carácter general, surte efectos hacia el futuro, pero es posible que las situaciones de carácter particular y concreto que se hayan realizado durante su vigencia no estén consolidadas. Para restablecer el orden jurídico perturbado por un acto ilegal se requiere el pronunciamiento definitivo de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, toda vez que los efectos de tal declaración se remontan al momento de su entrada en vigencia.²⁷¹

Es pertinente anotar sobre este punto que la administración pública pierde competencia para derogar o revocar el acto acusado en sede judicial, cuando se le notifica el auto admisorio de la demanda, empero, si la administración, haciendo caso omiso a esta situación jurídica, decide revocar o derogar el acto

²⁷¹ 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.

administrativo acusado, no se termina el proceso por sustracción de materia. En este último caso se inaplica el acto administrativo que revoca o deroga y resuelve de fondo el asunto.

2. De igual manera el auto que declara desierto el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, ya que imposibilita que se surta la segunda instancia y finaliza, por ende, de manera anticipada el proceso. Recordemos que frente a este auto no procede el recurso de queja, debido a que el mismo solo procede cuando se deniega la apelación no cuando se concede y luego se declara desierta. Esta misma explicación opera frente al auto que acepta el desistimiento del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

3. El auto interlocutorio que acepta el retiro de la demanda luego de conformado el contradictorio.

4. De acuerdo a lo consagrado en el literal d del artículo 6 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 6 de la Ley 1105 de 2006, suprimida una entidad pública e iniciado su proceso de liquidación, deben terminarse los procesos ejecutivos y los mismos deben acumularse al proceso de liquidación.

H. El Arbitramento (art. 116 de la CP y 111 y ss. de la Ley 446 de 1998)²⁷² Aunque el arbitramento no es propiamente una forma de terminar anormalmente el proceso contencioso administrativo, se ha querido traer a colación en este acápite porque constituye, al igual que la transacción y la conciliación, un mecanismo alternativo de solución de conflictos, es decir, una opción diferente al aparato judicial estatal, lo que se traduce en últimas en la terminación de un proceso contencioso administrativo, no a través de la forma normal, esto es, la sentencia jurisdiccional ordinaria, sino a través de un laudo arbitral²⁷³. Aunque, como veremos más adelante, cuando se suscribe un compromiso para finiquitar una diferencia que se está ventilando en sede judicial, el proceso contencioso administrativo puede acabarse anticipadamente como consecuencia de la producción de un eventual laudo arbitral.

²⁷² El fundamento legal del arbitraje en Colombia es el siguiente: el D.E. 2279 de 1989 es el “El Estatuto Arbitral”. Este decreto ha sido modificado por las siguientes codificaciones: la Ley 23 de 1991; el Decreto 2651 de 1991; la Ley 80 de 1993; la Ley 315 de 1996 que regula el “Arbitramento Internacional”; la Ley 446 de 1998; la Ley 270 de 1996; el Decreto Compilatorio 1818 de 1998 que incurrió en varios errores: no incluyó todas las normas vigentes, incluyó normas derogadas e hizo ajustes a normas, por ende, no es un decreto confiable; la Ley 793 de 2003 y la Ley 1258 de 2009 que reformó la ley estatutaria de la administración de justicia.

²⁷³ Los albores del arbitraje como una alternativa del aparato judicial estatal se evidencian en la magnánima obra de Thomas Hobbes “Leviatán”, donde este gran filósofo explica que San Pablo en la época del Imperio Romano, recomendó que se tomaran algunos de sus hermanos de la comunidad cristiana “*como árbitros para ventilar sus diferencias, en vez de recurrir a la ley uno contra otro, ante los jueces paganos; lo cual implica un precepto sano y lleno de caridad, susceptible de ser practicado, también en los mejores Estados cristianos*”. Fondo de cultura económica de México, séptima reimpresión, 1996, páginas 480 y 481.

Ahora bien, el fundamento constitucional de esta figura está consagrado en el artículo 116 de la Carta Magna, así: “los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.²⁷⁴

En atención al aparte constitucional transcrito, la jurisprudencia ha definido el arbitramento de la siguiente manera:

A la luz de esta definición, se tiene que el arbitramento es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, expresamente autorizado por la Constitución Política, mediante el cual las partes de una controversia, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, confían la decisión del conflicto que los enfrenta a uno o más particulares, que adquieren el carácter de árbitros y administraran justicia resolviendo esa disputa específica, a través de un procedimiento arbitral que finaliza con una decisión plasmada en un laudo arbitral, cuya obligatoriedad las partes han aceptado de antemano.²⁷⁵

Del aparte jurisprudencial transcrito se evidencian dos características fundamentales del arbitramento que lo constituyen en una figura con naturaleza jurídica mixta, las cuales se pueden discriminar de la siguiente manera:

- **Los árbitros cumplen una función jurisdiccional:** En el desarrollo del proceso y sus efectos son netamente jurisdiccionales.
- **La fuente de la función jurisdiccional de los árbitros es contractual:** El arbitraje en sus orígenes es contractual, es decir, las partes expresan su voluntad de someter sus controversias a Jueces privados.

A continuación se entrará a analizar cada una de las características anotadas, así:

1. La fuente de la función jurisdiccional de los árbitros es contractual

Es requisito *sine quanon* del arbitramento la voluntad de las partes libre de vicios del consentimiento, la cual se concretiza en habilitar a un particular para que actúe como juez, excluyendo la jurisdicción de los jueces ordinarios,

²⁷⁴ El artículo 116 de la Constitución Política especifica quienes administran justicia en Colombia, así: los Jueces, el Congreso, la Administración Pública y los Particulares (Árbitros, Conciliadores y Jurados de Conciencia). Por ende, los Notarios o los Secretarios de Despachos Judiciales no pueden administrar justicia.

²⁷⁵ Sentencia SU-174 de marzo 14 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

comprometiéndose a cumplir con la decisión que adopte el Tribunal y fijando las reglas del procedimiento, si fuere el caso ²⁷⁶.

Este acuerdo de voluntades o negocio jurídico puede denominarse pacto arbitral o pacto compromisorio; puede revestir diferentes formas, así: cláusula compromisoria o compromiso; y puede abarcar un conflicto específico o referirse en general a los conflictos que puedan surgir de una determinada relación negocial. Veamos con más detalle las modalidades del pacto arbitral:

a. Cláusula compromisoria: Es una estipulación incorporada en el texto de un contrato o en un documento anexo a ese contrato, en donde las partes señalan que todas o solamente algunas de las controversias derivadas de ese contrato, se sometan a un tribunal de arbitramento. Posee las siguientes características:

- Siempre se refiere a controversias de carácter contractual.
- Siempre está referida a controversias futuras, es decir, la cláusula compromisoria debe perfeccionarse antes de que surja el litigio. ²⁷⁷
- La autonomía de la cláusula compromisoria: En virtud de la Ley 446 de 1998 (art.116) se creó la autonomía de la cláusula compromisoria, esto es, que los árbitros tienen facultad para pronunciarse sobre la existencia o sobre la validez del contrato y esa nulidad o declaratoria de inexistencia no afecta la cláusula compromisoria. Tal autonomía tiene una excepción: la petición de nulidad de la cláusula compromisoria, en este caso el Juez competente es el ordinario.

b. El compromiso: Es un negocio jurídico en virtud del cual las partes que están involucradas en una controversia deciden que dicha controversia sea sometida a decisión de árbitros. Tiene las siguientes características:

- Esta referido a controversias contractuales o extracontractuales.
- Se refiere a controversias ya existentes.
- Puede versar sobre un litigio que ya está siendo conocido por un Juez de la República, siempre y cuando no se haya dictado sentencia. Las partes deben presentarle al Juez copia del compromiso, informándole al Juez que ellos han decidido resolver la controversia ante árbitros. El Juez suspende el proceso y ordena expedir copia auténtica del expediente, la cual remite a los árbitros. Si se dicta laudo se informa al juez y este ordena el archivo

²⁷⁶ La Corte Constitucional sobre el particular expresa: “[...] la voluntad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia y atribuirla a particulares”. Sentencia SU-174 de marzo 14 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

²⁷⁷ Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 11001020300020100175300 de octubre 26 de 2010, Magistrado Ponente: William Namén.

del expediente. Si no se dicta laudo, por ejemplo: se vence el término para fallar y no se falla, de igual manera se informa al juez y se reanuda el proceso. Es importante anotar en este punto que las partes pueden agregar nuevas controversias, es decir, otros conflictos diferentes al planteado o planteados en sede judicial.

Ahora, este acuerdo de voluntades tiene una justificación constitucional que trasciende la concepción tradicional de descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia. En efecto, es ni más ni menos que una manifestación de la democracia participativa que impera en nuestro país, habida cuenta que constituye una opción voluntaria para los ciudadanos de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos.

Así las cosas, el acuerdo de voluntades de las partes contratantes en esta materia trae las siguientes consecuencias:²⁷⁸

- **La función conferida a los árbitros es transitoria o temporal:** Toda vez que las partes habilitan a los árbitros para resolver una determinada controversia, la cual, una vez es resuelta, genera que tal habilitación desaparezca.
- **Las partes deben actuar diligentemente en el establecimiento con precisión de los efectos que les producirá el acudir a la justicia arbitral:** Habida cuenta que, deben tener claro cuáles son las consecuencias jurídicas y económicas que para ellas se derivarán de la decisión²⁷⁹.
- **El acuerdo de voluntades debe estar libre de vicios del consentimiento:** Dado que, en caso contrario, se afecta la legitimidad del tribunal arbitral y de las decisiones que él adopte, por ende, en caso de que los árbitros al momento de fallar adviertan algún tipo de vicio del consentimiento en el pacto arbitral, deberán inhibirse de proferir laudo, en caso contrario, es procedente el recurso de anulación (numeral 1º del artículo 38 del D.E. 2279/89).
- **Aquellos asuntos no susceptibles de libre disposición y autonomía de las partes no pueden ser objeto de un tribunal de arbitramento:** Este es un límite material a la competencia de los árbitros, pues solo lo transable o negociable dentro de la órbita de la voluntad de las

²⁷⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-1038 de 2002, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

²⁷⁹ “Como en todo negocio jurídico, también en el acuerdo que da paso al arbitraje, es deber de las partes establecer con precisión los efectos que han de seguirse de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas que tal decisión produce; solo así puede decirse que la cláusula compromisoria es plenamente eficaz”. Corte Constitucional, Sentencia C-330 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz

partes, puede ser tocado por aquellos en sus decisiones²⁸⁰. Es importante anotar que en derecho privado normalmente se puede transigir, *a contrario sensu*, en derecho administrativo la legalidad no se puede transigir.

- **¿Qué pasa si se presenta la demanda a pesar de la existencia de un pacto arbitral?** Desde el punto de vista teórico es un tema de falta de competencia, sin embargo el legislador reguló el asunto de una manera diferente. El Juez no puede rechazar la demanda, la admite y el demandado debe hacer valer la cláusula compromisoria a través de una excepción previa (art. 97-3 del CPC), la cual en el contencioso administrativo se hace efectiva por medio del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda o como excepción de fondo en la contestación de la demanda. En este último caso, el Juez debe terminar el proceso de manera anticipada por falta de jurisdicción. Ahora bien, si el demandado no propone la excepción, se deroga tácitamente el pacto arbitral. Con posterioridad no se puede alegar nulidad alguna. Por otro lado, si el demandado alega la excepción previa y esta prospera, el Juez debe decretar la terminación del proceso y devolver la demanda al demandante con sus anexos. Es importante anotar sobre este punto que la Corte Constitucional, en la Sentencia C-662 de 2004, declaró inexecutable el numeral 2º del artículo 91 del CPC, pues es inconstitucional que al prosperar la excepción de la cláusula compromisoria o el compromiso, se deje sin efectos la interrupción de la prescripción o de la caducidad. Así las cosas, en el auto donde el Juez declare la excepción debe fijar un término prudencial para interponer la demanda ante el Tribunal de Arbitramento, para que se mantenga vigente la interrupción de la prescripción o de la caducidad.

Sin embargo, la derogatoria tácita de la cláusula compromisoria no es una postura pacífica de la jurisprudencia, dado que en una providencia posterior, la máxima corporación de lo contencioso administrativo estableció que si las partes pretenden deshacer o dejar sin efectos el pacto arbitral, deben seguir las mismas solemnidades que acataron al acordarlo, es decir, hacerlo expresa y formalmente por escrito en un documento. Agrega el Consejo de Estado que, de lo contrario, no tienen la posibilidad de escoger la justicia

²⁸⁰ La Corte Constitucional, al comentar la sentencia SU-174 de 2007, expresó sobre el particular lo siguiente: “Como ya se mencionó, en aquella ocasión la corporación considero de manera expresa que restringir la competencia de la justicia arbitral al conocimiento de asuntos susceptibles de transacción resultaba por entero compatible con los preceptos constitucionales. Indicó la Corte sobre el particular, que la justicia arbitral solo podía operar cuando los derechos en discordia eran de libre disposición de sus titulares, esto es, únicamente podía versar sobre aquellos derechos frente a los cuales se predica la libertad de renuncia en todo o en parte, pues, insistió la Corte, es precisamente esta capacidad de renuncia o disposición la que marca el carácter transigible de un derecho o litigio. Bajo este perfil, la libertad de renuncia está determinada por la naturaleza misma del derecho y corresponde al *Legislador* establecer en qué casos ésta es posible –capacidad legal de disposición–.” Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-378 de 23 de abril de 2008. Magistrado ponente: Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2008, páginas 1620 a 1628.

a la que desean acudir, porque su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de los árbitros. Por tanto el pacto no es inmodificable o derogable, empero, no es válido cambiarlo de manera tácita o por inferencia del juez a partir de la conducta procesal de las partes, ya que esto desconoce el carácter autónomo de la cláusula compromisoria, aclaró el alto tribunal. Así las cosas, el juez administrativo debe rechazar la demanda en el evento en que exista ese acuerdo, por carecer de jurisdicción y competencia. Si no lo hace, tendrá que declarar la nulidad de la actuación con base en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y remitir por falta de jurisdicción, sin que el silencio del demandado sanee esta situación.²⁸¹

Como consecuencia de la naturaleza netamente voluntaria de la justicia arbitral, la Corte Constitucional ha declarado inexecutable algunas leyes, así:

- Artículo 19 de la Ley 142 de 1994: A través de la sentencia C-242 de 1997, toda vez que se obligaba incluir en los estatutos de las empresas prestadores de servicios públicos domiciliarios una cláusula arbitral.
- Artículos 35, 36 y 37 de la Ley 546 de 1999: Que regulaban la conformación y el funcionamiento de tribunales de arbitramento pactados en contratos de crédito para construcción o adquisición de vivienda con entidades financieras. En este caso se profirió la sentencia C-1140 de 2000, porque en la práctica la cláusula compromisoria en este tipo de contratos se tornaba en obligatoria por su naturaleza adhesiva.
- Artículo 19 de la Ley 182 de 1995: Por medio de la sentencia C-060 de 2001, pues tal disposición establecía que si no se llegaba a un acuerdo entre los concesionarios del servicio de televisión y las empresas de servicios públicos o el Estado sobre el uso de la infraestructura de redes de cableado, ductos y postes existentes para efectos de facilitar la transmisión de la señal, se habría de someter la controversia a arbitramento de conformidad con el Código de Comercio, lo que abortaba la autonomía de voluntad de las partes.
- Normas legales contenidas en el Decreto 2651 de 1991 y la Ley 446 de 1998 que atribuían a los Centros de Arbitraje funciones de índole jurisdiccional: Mediante la Sentencia C-1038 de 2002, se estableció que los centros de arbitraje no podían admitir la demanda, ordenar su traslado, examinar la posibilidad de reconvencción, dado que las partes solo habilitan a los árbitros para cumplir funciones judiciales una vez se encuentra instalado el Tribunal. Como corolario, el centro solo puede realizar funciones de

²⁸¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 17859 de abril 18 de 2013, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano.

apoyo, como por ejemplo, designar los árbitros, siempre y cuando se dé una habilitación directa por las partes o de manera indirecta a través del reglamento del Centro ²⁸².

- Inciso segundo del artículo 65 de la Ley 143 de 1994: El establecimiento del tribunal de arbitramento obligatorio impuesto al concesionario o la entidad concedente cuando no estén de acuerdo con el dictamen pericial emitido respecto al reconocimiento y pago de los bienes señalados en el contrato viola el principio de voluntariedad (Sentencia C-330 de 2012, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto).
- Artículo 17 de la Ley 1122 de 2007: De conformidad a lo contemplado en la sentencia C-35 de 2008, se declaró su inexecutable, pues ordenaba que en los casos que hubiera acuerdo para la liquidación de los contratos que suscribieran las entidades territoriales con las entidades prestadoras de salud del régimen subsidiado, se debía acudir a un arbitramento técnico, lo cual violentaba la autonomía de la voluntad de las partes.

2. La naturaleza jurisdiccional del arbitramento

La principal consecuencia que trae la justicia arbitral es que deroga la jurisdicción institucional del Estado, sin embargo, el arbitraje no es una jurisdicción especial, pues solo se estatuye para dirimir el conflicto para el cual fue creada.

Las características de la naturaleza jurisdiccional del arbitramento son las siguientes:

- Son particulares los que administran justicia en calidad de árbitros.
- El arbitraje implica una función jurisdiccional, por ende, sus fallos son en derecho, resuelven efectivamente una disputa, tienen fuerza vinculante para las partes y hacen tránsito a cosa juzgada: Por ende, el arbitramento realiza el acceso efectivo a la administración de justicia. Sin embargo, los laudos solo son susceptibles de ser impugnados a través del recurso de anulación impetrado ante el Consejo de Estado, si se trata de un conflicto contencioso administrativo, o ante el Tribunal Superior respectivo si es particular, por unas causales taxativas contempladas en el artículo 38 del D.E. 2279 de 1989 y del recurso extraordinario de revisión. Tales recursos solo controlan los requisitos formales del laudo, es decir, corrigen errores de procedimiento. Así las cosas, los errores susceptibles de corregirse son los

²⁸² Es importante anotar sobre este punto que los Centros de Arbitraje están vigilados por el Ministerio del Interior y de Justicia, quién puede imponer sanciones que van desde la amonestación escrita, pasando por multa hasta de 200 SMLMV, suspensión hasta por un término de seis meses, hasta revocatoria de la autorización de funcionamiento, en virtud de lo contemplado en el Decreto 3626 del 2007. Por ejemplo: sería una conducta reprochable susceptible de las sanciones anotadas que el Director del Centro de arbitraje, designara el árbitro o los árbitros de manera parcializada.

errores *in procedendo* y no los errores *in judicando*, por tanto, no se puede tocar la valoración probatoria, las normas escogidas y la interpretación de las mismas. Sin embargo, contra los laudos cabe la acción de tutela en los términos contemplados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, lo que abre la posibilidad de que por esta vía se puedan discutir errores *in judicando*. Ver por ejemplo las sentencias de la Corte Constitucional SU-174 de 2007 o T-058 de 2009.

- Los árbitros deben ser habilitados por las partes para administrar justicia mediante un procedimiento diferente y especial.
- Los árbitros administran justicia de manera transitoria y excepcional, por ende, cuando profieren el laudo, pierden competencia: La ejecución y control del laudo le corresponde al Juez Civil del Circuito.
- Las normas propias del juicio arbitral son definidas por el legislador, sin perjuicio de que las reglas del procedimiento arbitral sean fijadas por las partes, pero respetando el marco legal y el debido proceso: El trámite que se diseñe debe generar el escenario propicio para discutir argumentos, valorar pruebas, controvertir la posición de la otra parte e incluso, controlar las decisiones de los árbitros. Ahora, las partes no pueden limitar los poderes de los árbitros, por ende, estos deben tener todas las facultades para cumplir su función (emisión de providencias judiciales). Como corolario, el proceso arbitral a la luz de lo contemplado en el artículo 112 de la Ley 446 de 1998, puede ser *independiente* (el procedimiento diseñado por las partes), *institucional* (conforme al procedimiento contemplado en el reglamento del centro) o *legal* (el establecido por el legislador). Ahora bien, consideramos que con el advenimiento del artículo 6° de la Ley 1285 del 22 de enero de 2009, que modificó el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, en particular en lo atinente al numeral 3° de esta disposición, en materia contencioso administrativa solo el procedimiento legal es el permitido, en otras palabras, en este ámbito, a las partes les queda vedado acordar las reglas de procedimiento a seguir directamente o por referencia a la de un centro de arbitraje.
- En atención al punto anterior cabría preguntarse lo siguiente: ¿solo existe el proceso legal? Este cuestionamiento se propone habida cuenta que el artículo 13 de la Ley 270 de 1996 establecía que los particulares pueden crear sus normas de procedimiento, empero, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de dicha disposición, por medio de la sentencia C-037 de 1996, limitó el alcance de dicho artículo al establecer que la facultad de los particulares para crear normas solo se circunscribía a llenar vacíos legales, lo que obligaba a concluir que en la práctica todos los arbitrajes son de carácter legal. Ahora bien, la máxima corporación de la Jurisdicción Constitucional, en la sentencia SU-174 de 2007, en un *obiter dictum*, señaló que los particulares pueden crear normas de procedimiento.

Luego advendría la Ley 1258 de 2009 donde se repitió lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 270 de 1996. Como consecuencia de ello, todos esperábamos que la Corte clarificara de una vez por todas el punto en el estudio de exequibilidad de la Ley 1258 de 2009 a través de la sentencia C-173 de 2008, sin embargo, se limitó a señalar que los particulares pueden crear sus propias normas de procedimiento respetando el debido proceso y el marco legal, afirmación que nos deja en las mismas, dado que nos preguntamos que alcance tiene hablar del marco legal en estos eventos. Lo anterior es más desconcertante si tenemos en cuenta que el procedimiento institucional está sujeto a los mismos límites que el que deviene de particulares. Como corolario de todo lo anterior es preferible establecer expresamente en la cláusula compromisoria que el Tribunal de Arbitramento se someterá al procedimiento legal y de esta manera se deja a un lado la incertidumbre de una posible nulidad del proceso por aplicar proceso diferente al que se debió atender.

- Los árbitros tienen los mismos poderes, los mismos deberes y las mismas responsabilidades de los Jueces de la República. Por ejemplo: pueden decretar medidas cautelares o pruebas de oficio. Por otro lado, pueden incurrir en error jurisdiccional o generar un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, lo que podría provocar una falla en el servicio de administración de justicia a la luz de lo contemplado en la Ley 270 de 1996.
- El proceso arbitral en Colombia es un proceso de carácter declarativo, es decir, la regulación legal tiene ese carácter, en otras palabras, el legislador no ha diseñado un proceso ejecutivo arbitral. Ahora bien, la dificultad práctica de la viabilidad del proceso ejecutivo arbitral es su transitoriedad, pues no hay certeza de cuando paga el acreedor. Sin embargo, el proceso ejecutivo arbitral puede ser diseñado por el legislador, lo que implica afirmar que el mismo no es incompatible con el mecanismo alternativo que se estudia dado que el artículo 116 de la Constitución Política no estableció limitación alguna, tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Se observa entonces, que el Congreso de la República, dentro de la libertad de configuración legislativa que la Constitución le otorga, bien puede establecer, como de hecho lo hizo en este caso específico, la posibilidad de que sea la justicia arbitral la que tramite procesos ejecutivos, estableciendo así mismo la normas procedimentales pertinentes para el trámite de tales procesos [...]”.²⁸³

²⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de julio de 2009, Expediente 36478, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra, revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2009, páginas 1611 a 1626. En el aparte jurisprudencial transcrito se hace referencia al arbitraje en ciertos procesos ejecutivos hipotecarios regulados por la ley (artículos 88 y 91 de la Ley 510 de 1999).

Ahora bien, a pesar de lo expuesto en este punto, el Consejo de Estado ha sido enfático en advertir que los Jueces Administrativos no son competentes para resolver procesos ejecutivos sobre contratos estatales, pues esa facultad es exclusiva de la jurisdicción administrativa mientras el legislador no diga otra cosa.²⁸⁴

- El proceso arbitral es un proceso de única instancia, toda vez que las partes quieren que el fallo lo dicten esos particulares y no un Juez de segunda instancia, en otras palabras, la decisión material que tomen los árbitros no podrá ser revisada por otro Juez. Ahora, cabe advertir que el hecho de ser un proceso de única instancia lo hace riesgoso, habida cuenta que la decisión en su ámbito sustancial se torna inmodificable, esto es, no hay posibilidades de que se cambie parcialmente o revoque por otra autoridad judicial, con excepción de lo ya expresado en relación con la acción de tutela.
- El agotamiento de la conciliación como requisito de procedibilidad, no será necesario para efectos de acudir ante tribunales de arbitramento encargados de resolver controversias derivadas de contratos estatales, cuyo trámite se regula por lo dispuesto por el artículo 121 de la Ley 446 de 1998²⁸⁵. Sin embargo, consideramos que si en la cláusula arbitral se pacta la obligatoriedad de agotar previamente la conciliación extrajudicial antes de acudir al Tribunal, dicho requisito es obligatorio por voluntad de las partes (clausula compromisoria sujeta a condición).

3. Clases de arbitraje

a. Arbitraje en derecho: En este escenario los árbitros resuelven la controversia conforme al ordenamiento jurídico vigente. Si las partes guardan silencio en torno a la clase de arbitraje que quieren constituir, este siempre será en derecho.

b. Arbitraje en equidad: En virtud de lo contemplado en el numeral primero del artículo 38 del CPC los Jueces de la República pueden fallar en equidad. La característica de este tipo de fallos es que los jueces elaboran una norma jurídica únicamente aplicable al caso concreto. Esto quiere decir que la equidad es la justicia en el caso concreto. Esa norma jurídica surge de los principios generales del derecho. Como corolario de lo expuesto en este literal se puede concluir lo siguiente: el Juez o los árbitros pueden elaborar una norma jurídica para resolver el caso concreto si así se lo autorizan las partes. Ahora, es importante puntualizar que las normas de equidad pueden coincidir con las legales y tales sentencias en equidad siempre son dictadas en única instancia. Es causal de anulación del laudo

²⁸⁴ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 36478, julio 8 de 2009, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

²⁸⁵ Parágrafo 5° del artículo 2° del Decreto 1716 de 2009, proferido por el Ministerio del Interior y de Justicia, “por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y el Capítulo V de la Ley 640 de 2001”.

arbitral haber fallado en equidad y no en derecho, empero, *a contrario sensu* no es viable la anulación, pues las causales del recurso son taxativas. Los árbitros en Tribunales constituidos para fallar en equidad pueden ser o no abogados.

c. Arbitraje técnico: En este tipo de arbitraje los árbitros resuelven con base en la ciencia o el arte. Los árbitros en estos eventos no pueden ser abogados pues se necesita la especialización. Aunque en teoría en estos casos se presenta una supuesta controversia técnica, en la práctica la misma no se presenta y termina siendo un dictamen pericial a petición de las partes con fuerza de cosa juzgada.

d. Arbitraje en conciencia: Esta proscrito en el contencioso administrativo. En una sentencia de mayo de 2009, la sección tercera del Consejo de Estado aclaró los elementos que permiten considerar que un laudo se profirió en conciencia. Según la corporación, esta situación no se presenta únicamente cuando los árbitros no fundamentan su decisión en normas jurídicas (ni siquiera en los principios generales del derecho como sucede en el arbitraje en equidad). También se estructura si aprecian libremente los hechos y las pruebas allegadas al expediente. Con ese argumento, anuló un laudo de un tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Neiva que resolvió un litigio sobre un contrato de concesión para el mantenimiento y la operación del servicio de alumbrado público. Según la sección, los árbitros establecieron el porcentaje de la tasa interna de retorno (TIR) del proyecto, es decir, la rentabilidad de los recursos invertidos, de acuerdo con su sentido común, sin tener en cuenta los documentos contractuales ni el dictamen pericial practicado en el proceso. Por eso, concluyó que el laudo se falló en conciencia.²⁸⁶

4. Límites materiales del arbitraje

Solo se pueden someter a arbitramento los asuntos transigibles: Sin embargo este es un límite legal más no constitucional, por ende, el legislador puede contemplar que se sometan a los Tribunales de Arbitramentos asuntos no transigibles, tal como se advirtió líneas atrás a propósito del proceso ejecutivo. Solo el legislador puede contemplar que es transigible y que no. Ejemplos de lo que no es transigible, tenemos los siguientes: el estado civil de las personas, los derechos de los incapaces, los derechos indisponibles, los derechos mínimos de los trabajadores o las controversias relacionadas con la impugnación de actas y decisiones de asambleas, juntas directivas y de socios de sociedades (art. 194 del C.C.O. declarado exequible a través de la sentencia C-378 de 23 de abril de 2008).

Es pertinente tener en cuenta que en virtud de lo consagrado en el inciso primero del artículo 111 de la Ley 446 de 1998, a diferencia de la conciliación donde eventualmente se puede conciliar sobre los efectos económicos de actos

²⁸⁶ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 11001032600020070005800 (34525), mayo 13 de 2009, Consejera Ponente: Myriam Guerrero.

administrativos, en materia de arbitramento no se pueden adelantar acciones donde esté de por medio el principio de legalidad y el interés general, tal como sucede con las electorales o las de simple nulidad. De igual manera, si se trata de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho tampoco opera el arbitraje, ya que necesariamente mediante ellas se discuten la legalidad de actos administrativos. Esta afirmación se profiere debido a que la citada disposición consagra que solo serán materia de arbitramento aquellos asuntos susceptibles de ser transados. La Corte Constitucional señaló al respecto lo siguiente: “Dentro de este contexto, considera esta corporación que la facultad que tiene el Estado, a través de la jurisdicción, para confrontar las actuaciones de la administración con el ordenamiento constitucional y legal normativo, a efectos de determinar si estas se ajustan al principio de legalidad que les es propio, es competencia exclusiva de la jurisdicción, que los particulares no pueden derogar a través de la cláusula compromisoria o el pacto arbitral”. (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-1436 de octubre 25 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra). Ahora bien, sin perder de vista lo expuesto en el párrafo anterior, es imprescindible advertir que tampoco la administración pública podrá sustraerse al pacto arbitral a través del ejercicio de sus potestades administrativas, es decir, no podrá expedir actos administrativos para dejar sin efectos lo dispuesto en el pacto arbitral, siempre y cuando se le haya notificado la admisión de la demanda arbitral. Así lo ha señalado el Consejo de Estado a propósito de la constitución de un Tribunal de Arbitramento para definir controversias económicas atinentes a la liquidación del contrato, lo que imposibilita la liquidación unilateral del mismo una vez se notifica a la administración pública la demanda arbitral.²⁸⁷ Si la administración hace caso omiso a la demanda arbitral y mediante actos administrativos pretende dejar sin efectos el pacto arbitral, los árbitros se pronuncian de fondo y hacen caso omiso a la decisión administrativa, la cual estaría viciada de nulidad por falta de competencia.

Ahora bien, a pesar de lo expuesto anteriormente, recientemente la Corte Constitucional precisó que los árbitros sí se pueden pronunciar sobre los efectos económicos de los actos administrativos expedidos durante la celebración, ejecución y liquidación de contratos estatales. Lo que no pueden hacer, agregó la alta Corporación, es pronunciarse sobre la legalidad de estos actos, ya que la decisión sobre su licitud le compete exclusivamente a la jurisdicción administrativa, la cual en estos casos, se verá inmersa eventualmente, en el caso de que le toque revisar la legalidad del acto administrativo cuyos efectos económicos afectó el laudo, en virtud de la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho correspondiente (Sentencia SU-174 de marzo 14 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda). El problema de esta posición es que en ocasiones, so pretexto de pronunciarse solo sobre los efectos

²⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 22 de junio de 2000, Radicación 12723, CP: María Elena Giraldo Gómez, actor: Sociedad Unisys de Colombia S.A.

económicos de los actos administrativos, el Tribunal de arbitramento puede maquillar opiniones sobre la legalidad de las decisiones, es decir, en la práctica no se ve muy claro cómo se escinde la legalidad de los actos administrativos con los efectos económicos de los mismos, salvo, consideramos, que se haga caso omiso de la decisión que se discute, sin hacer pronunciamiento alguno sobre su contenido, empero, cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿acaso los efectos económicos del acto administrativo no hacen parte de los motivos y la parte resolutive de las decisiones administrativas y, en tales eventos, no podría existir una falsa motivación?

Siguiendo con este orden de ideas, el Consejo de Estado al interpretar la sentencia SU-174 de marzo 14 de 2007 referida en el párrafo anterior, precisó que los árbitros no se pueden ocupar de las decisiones que se derivan del ejercicio de las cláusulas excepcionales, empero, en los demás casos, aclara dicha providencia, los árbitros tienen competencia para estudiarlos, conocerlos y decidir sobre los mismos, con excepción de la suspensión provisional que es del exclusivo resorte de la Jurisdicción de lo Contencioso administrativo. Veamos lo que la Corporación anotada expuso sobre el particular:

A partir de lo expuesto y con base en las argumentaciones que aquí se han desarrollado, la Sala modifica la tesis que ha venido sosteniendo jurisprudencialmente para sostener entonces que con excepción de los actos administrativos que sean proferidos en ejercicio de los poderes excepcionales previstos de manera expresa en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993 – a los cuales la Corte Constitucional circunscribió el condicionamiento del cual hizo pender la exequibilidad de los artículos 70 y 71 de la Ley 80 de 1993-, todos los demás actos administrativos contractuales que expidan las entidades del Estado [...] bien pueden ser sometidos al conocimiento de la denominada justicia arbitral en procura de obtener los pronunciamientos a que haya lugar sobre la validez y los efectos de los mismos.

Naturalmente esta conclusión tiene que aparejarse con la anotación adicional, que le resulta inescindible, de que al ejercer las funciones judiciales que en relación con los actos administrativos contractuales distintos de los previstos en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, les autorizan la Constitución Política y las normas legales vigentes, los árbitros debidamente habilitados para ello por las partes no podrán, en evento alguno, suspender provisionalmente los efectos de tales actos administrativos contractuales, puesto que de conformidad con los dictados del artículo 238 de la Carta, esa competencia la

reservó el constituyente de 1991 a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de la cual no forman parte los jueces particulares (árbitros).²⁸⁸

La doctrina, en un esfuerzo por trazar parámetros claros sobre la posibilidad de revisar los efectos económicos de los actos administrativos en un escenario arbitral, ha establecido los asuntos administrativos que pueden ventilarse en vía arbitral²⁸⁹, los cuales pasaremos a analizar pero con algunas precisiones de nuestra autoría:

a. Actos de la administración que no posean la naturaleza de actos administrativos definitivos: Esto es, que no sea una decisión unilateral de la administración pública susceptible de hacerse cumplir aún en contra de la voluntad del administrado. Son ejemplos de este caso los siguientes: cuando se ordena el inicio de obras (es un acto ejecutorio aunque podría tornarse en definitivo si no se inicia la obra), se presentan informes del nivel de cumplimiento del objeto contratado (actos ejecutorios)²⁹⁰ o decisiones unilaterales de la administración que emanan de un arreglo directo. Ejemplo: Una liquidación unilateral que acoge una reclamación previa.

b. La etapa precontractual del contrato administrativo: En el pliego de condiciones se puede establecer una cláusula compromisoria que cubra todas las etapas de la actividad contractual del Estado (precontractual, contractual -ejecución y liquidación- y poscontractual), la que tiene plena eficacia ante los proponentes y el contratista. Sin embargo, consideramos que en estos casos la legalidad de los actos administrativos precontractuales, contractuales y poscontractuales no puede ser susceptible de ventilarse ante un tribunal de arbitramento²⁹¹.

c. Los eventos típicamente contractuales: Las controversias contractuales de carácter económico como la imputabilidad del incumplimiento o la indemnización de perjuicios.

d. La existencia y validez del contrato administrativo: La Ley 446 de 1998 ha indicado que por vía arbitral es factible abordar el debate sobre la validez de los contratos, materia no propiamente transible, sin embargo, en virtud de la libertad configurativa legislativa se ha habilitado este ámbito al interior de la competencia de la justicia arbitral.

²⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 10 de junio de 2009. Radicación 110001-03-26-000-2009-00001-00. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2010, páginas 815 a 835.

²⁸⁹ Opinión de Hernando Herrera Mercado publicada en *Ámbito Jurídico de Legis*, edición del 22 de septiembre al 5 de octubre de 2008.

²⁹⁰ Ver sobre este asunto: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número: 110010326000200300022 01, sentencia del 11 de marzo de 2004.

²⁹¹ Ver sobre este asunto: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número: 110010326000200300022 01, sentencia del 11 de marzo de 2004.

e. La liquidación unilateral del contrato administrativo: En este aspecto, que constituye el más álgido y el que suscita mayores discusiones, se ha dicho que no todo el contenido de un acto administrativo que liquida un contrato estatal, puede considerarse una prerrogativa del Estado y, por consiguiente, es claro que dicho contenido puede ventilarse ante la esfera arbitral, tal como se advirtió en el primer literal de este listado, esto es: puede ventilarse en ese específico ámbito como una decisión de carácter privado que surge de un arreglo directo ²⁹².

A pesar de lo expuesto en los literales precedentes, será el Tribunal de Arbitramento, en la primera audiencia de trámite, en virtud del principio competencia-competencia, quien decida su competencia, incluso en lo atinente a la validez del compromiso o la cláusula compromisoria, sobre todo si tenemos en cuenta que las cláusulas exorbitantes no pueden ver minada su eficacia a través de una cláusula arbitral en detrimento del interés general. Por otro lado, es pertinente agregar en este punto que con el advenimiento de la Ley 1150 de 2007, la cláusula penal y las multas evidencian decisiones de naturaleza administrativa de carácter definitivo que se pueden hacer efectivas a través de la jurisdicción coactiva, por ende, su legalidad no se puede ventilar ante los jueces arbitrales. Por último, no sobra señalar que los conflictos propios de la acción de grupo pueden ser objeto de un proceso arbitral, tal como ocurrió con el caso Gillinsky Vs. el Sindicato Antioqueño.

5. Límites personales del arbitraje

En Colombia todas las entidades públicas pueden acudir al arbitraje sin ningún tipo de límite, salvo que no posean capacidad de disposición, tal como lo ha aceptado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Por su parte la arbitrabilidad subjetiva define quiénes pueden acudir al mecanismo del arbitraje para resolver sus conflictos de carácter transigible. Si bien persiste, en algunos sistemas jurídicos extranjeros, un debate sobre el alcance de la *arbitrabilidad ratione personae*, en nuestro ordenamiento jurídico el legislador ha dejado en claro que pueden recurrir al arbitramento las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad de disposición respecto de sus derechos transigibles. Es decir, el arbitramento es un mecanismo abierto, en general, a todas las personas, siempre que cuenten con capacidad dispositiva. ²⁹³

²⁹² Ver sobre este asunto: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación número: 110010326000200300022 01, sentencia del 11 de marzo de 2004. También Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 19333, Sentencia del 4 de julio de 2002, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar.

²⁹³ Corte Constitucional, Sentencia SU-174 de marzo 14 de 2007, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda.

6. El trámite arbitral (art. 70, Ley 80 de 1993)

a. Demanda: Debe reunir los requisitos formales de cualquier demanda, sin embargo, será anexo obligatorio el contrato que contiene la cláusula arbitral o el compromiso.

b. ¿Dónde se presenta la demanda? R= En el centro de arbitraje que las partes hayan escogido. Si las partes no dicen nada, la demanda se presenta en un centro de arbitraje del domicilio del demandado. En su defecto el del demandante o en su defecto se presenta ante cualquier centro de arbitraje.

c. El director del Centro de Arbitraje no puede tramitar la “etapa pre arbitral”: de conformidad a lo dispuesto en la Sentencia C-1038 de 2002 solo existe la etapa arbitral. En este momento lo único que hace el director del Centro de Arbitraje es colaborar con la designación de los árbitros de la siguiente manera:

- Si ya están designados los árbitros, el director del Centro de Arbitraje le informa a los árbitros y estos tienen 5 días, contados a partir del recibo de la comunicación para aceptar la designación. Si guardan silencio se entiende que no aceptaron.
- Las partes pueden delegar en un tercero para que sea ese tercero el que designe a los árbitros. En este caso el director del Centro de Arbitraje requiere al tercero y ese tercero debe hacer la designación dentro de los 5 días siguientes, con las mismas implicaciones anotadas en el punto anterior.
- Las partes pueden delegar al director del Centro de Arbitraje para que este haga la designación. En este caso se hace un sorteo entre los árbitros de la lista que proporcionen las partes.
- Si las partes guardan silencio, el director del Centro debe respetar el principio de habilitación, es decir, las partes deberán designar a sus jueces. El director convoca a las partes a una reunión de designación de árbitros. El objeto de la reunión consiste en que las partes de común acuerdo designen a sus árbitros. En esta reunión pueden suceder varias cosas:
 1. Se designan de común acuerdo. En Colombia los Tribunales de Arbitramento son de 1 o de 3 árbitros. Las partes determinan si es de 1 o de 3. Si las partes guardan silencio en cuanto al número de árbitros, si es de menor cuantía es de 1 y si es de mayor cuantía es de 3 (el límite es 400 SMLMV). En la práctica, se tiene en cuenta un árbitro de la lista de una parte, otro de la lista de la otra parte y un sorteo para nombrar al tercero.
 2. Si no se ponen de acuerdo y no delegan al Director, cualquiera de las partes puede acudir al Juez Civil del Circuito para que, en un procedimiento breve y sumario, designe los árbitros conforme a la lista del Centro de Arbitraje (Sentencia C-1038 de 2002). Ahora, los

Jueces se pueden inventar el procedimiento breve y sumario para designar árbitros, siempre y cuando se comunique a los interesados la designación (debido proceso). Esta competencia fue atribuida en el Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), específicamente en el numeral 3° del artículo 19, el cual regula la competencia de los jueces civiles del circuito en única instancia.

- Lo recomendable es designar los árbitros de común acuerdo o, en su defecto, delegar al Director del Centro de Arbitraje, lo que se constituye en una oportunidad maravillosa de designar los árbitros según la naturaleza de la controversia empleando diferentes listas. Es importante anotar que en administrativo están limitados los honorarios a 1000 SMLMV.

d. Audiencia de instalación del Tribunal: En esta audiencia se toman las siguientes decisiones:

- Se verifica que los árbitros están bien nombrados.
- Se designa un presidente de su seno. El presidente del Tribunal no es el árbitro ponente ni sus votos valen más. Se designa para dirigir la audiencia y administrar los honorarios y gastos del Tribunal. Se advierte que es una carga de trabajo adicional y, sin embargo, gana igual.
- Se nombra un secretario. Es una persona distinta a la de los tres árbitros. Este secretario hace lo mismo que un secretario de Juzgado.
- Se designa la sede del Tribunal. Normalmente es la del centro de arbitraje.
- Se señala una sede de la Secretaría.
- No es recomendable fijar los honorarios en la audiencia de instalación, dado que la demanda puede ser reformada o contestarse con reconvencción, aumentándose ostensiblemente la cuantía del pleito, aunado a que si se fijan los honorarios en la audiencia de instalación, ya no se pueden modificar posteriormente. Por tanto, es mejor fijar los honorarios en un momento posterior, cuando haya certeza en la cuantía del proceso.
- Se decide sobre la admisión de la demanda.
- Se otorga el traslado de la demanda cuyo término es de 10 días, contado a partir del día siguiente de la notificación del auto admisorio de la demanda; dicha notificación se lleva a cabo conforme lo establecen los artículos 315 y ss. del CPC, si se trata de un particular o una entidad privada, si trata de una entidad pública se debe adelantar conforme lo establece el artículo 150 del CCA Si el demandado está en la audiencia de instalación se le notifica el auto admisorio en estrados y es en esta audiencia donde se debe interponer el recurso de reposición contra dicha admisión.
- El demandado no puede proponer excepciones previas, solo a través del recurso contra el auto admisorio se pueden esgrimir las causales que

contemplan las mismas. Por otro lado, de las excepciones perentorias se da un traslado de 5 días, el cual es automático y de carácter secretarial, es decir, sin necesidad de auto que lo ordene.

e. Audiencia de conciliación: Al interior de esta audiencia pueden suceder los siguientes eventos:

- Si se logra la conciliación los árbitros no ganan un solo peso, salvo que el reglamento del centro de arbitraje respectivo diga otra cosa.
- Si no hay conciliación, en esa misma audiencia o en una posterior, se fijan los honorarios y gastos.

f. Audiencia de fijación de honorarios: Sobre esta audiencia hay que tener en cuenta los siguientes aspectos:

- El Decreto 4089 de 2007 establece unas tarifas obligatorias en materia de honorarios.
- Se fijan los honorarios del Secretario.
- Se fija el valor de los honorarios del centro de arbitraje.
- Se fijan los gastos de protocolización del expediente, toda vez que una vez termina el proceso arbitral, el expediente hay que protocolizarlo en una notaría a través de escritura pública. Se colige de lo anterior que no hay archivo de procesos arbitrales.
- Un ejemplo nos ilustrará sobre cómo se fijan los costos de arbitraje conforme a las tarifas legales, así:
 1. El valor del negocio es de \$12'000.000.000=
 2. \$180'000.000= para cada árbitro.
 3. \$90'000.000= para el Secretario (la mitad de un árbitro).
 4. \$90'000.000= para el Centro de Arbitraje.
 5. \$30'000.000= para los gastos de protocolización.
- Estos valores los pagan ambas partes en proporciones iguales.
- Las partes tienen 10 días para pagarlos.
- Se les pagan al presidente del Tribunal quien constituye una cuenta especial para depositar y manejar los dineros que aún no le pertenecen.
- Si las partes no pagan se declara terminado el proceso, se extingue el Tribunal, se deja sin efectos la cláusula compromisoria para esa controversia específica, es decir, quedan en libertad las partes para acudir ante la jurisdicción.

- Si una parte paga y la otra no, la parte que pagó puede hacer subsistir el Tribunal de Arbitramento, pagando dentro de los 5 días siguientes a los 10 días, lo que la otra parte no pagó. Ese dinero se recupera mediante costas o a través de una certificación firmada por el Presidente y el Secretario del Tribunal, certificación que presta mérito ejecutivo y se cobra ante la justicia ordinaria. La única excepción que se puede proponer es la de pago. Normalmente hay que conseguir lo que le toca a la contraparte, si no se paga lo de la otra parte, se extingue el proceso.
- Cuando ambas partes pagan o una paga por los dos, es posible adelantar el proceso.
- Quien no quede conforme con la fijación de honorarios y gastos procesales, puede interponer el recurso de reposición, el cual se impetra en la audiencia.
- Es importante anotar que algunas de las causales del recurso de anulación obligan a devolver el 50% de los honorarios.

g. Primera audiencia de trámite: En esta audiencia se observa lo siguiente:

- Se estudia el pacto arbitral.
- Se hace una lectura de las pretensiones.
- Se concluye si la controversia es transigible o no transigible o si está contemplada en el pacto arbitral, entre otros aspectos.
- Se define la competencia. En este punto pueden suceder dos situaciones, veamos:
 1. Si se declaran incompetentes, declaran terminado el proceso, declaran sin efectos la cláusula compromisoria para esa controversia, dejan en libertad a las partes para acudir a la justicia ordinaria y devuelven la plata. Ahora, el hecho de que estén obligados a devolver el dinero de honorarios y demás gastos procesales, hace que el sistema sea perverso, pues es posible que se busque declarar la competencia aún en contra del ordenamiento jurídico.
 2. Si estiman que son competentes y la providencia queda en firme, los árbitros adquieren el derecho a percibir la totalidad de los honorarios (50% en ese momento y 50% cuando profieran el laudo arbitral). El Presidente custodia el remanente. De esta manera también es pagado el Secretario.
- La decisión que resuelve sobre la competencia del Tribunal de Arbitramento es susceptible del recurso de reposición, tal como lo aceptó la Corte Constitucional en la sentencia SU-174 de 2007, en los siguientes términos:

Al inicio del proceso arbitral, en la primera audiencia de trámite, y siguiendo el principio de “*kompetenz-kompetenz*”,

el Tribunal de Arbitramento decide acerca de su “propia competencia” y determina si de acuerdo con la Constitución, las leyes vigentes, la cláusula compromisoria y/o el compromiso arbitral suscrito por las partes, es competente para conocer de las pretensiones que le fueron formuladas en la demanda arbitral y precisa el contenido de las mismas. Contra la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento es procedente el recurso de reposición, el cual es decidido previamente a continuar con el trámite arbitral²⁹⁴

- Se decretan las pruebas.

h. Término de duración del Tribunal: Sobre este punto se hacen las siguientes precisiones:

- Luego de la primera audiencia de trámite se empieza a contabilizar el término de duración del Tribunal.
- Las partes los fijan o en su defecto la ley determina una duración de 6 meses prorrogable por otros 6 meses a petición de las partes de común acuerdo.
- Las pruebas se practican en audiencia.

i. Audiencia de alegatos de conclusión: Se fija la fecha una vez se practiquen todas las pruebas, y tiene el siguiente trámite:

- Cada parte cuenta hasta con una hora para exponer oralmente sus alegatos, no importa si es plural o singular.
- Las partes entregan un resumen escrito de sus alegatos procesales.

j. Audiencia de lectura del laudo arbitral: Se fija fecha una vez terminados los alegatos y posee las siguientes particularidades:

- Se leen por el Secretario los apartes más significativos del laudo y la parte resolutive (previas instrucciones del Presidente).

²⁹⁴ Al respecto, el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998 establece lo siguiente:

“La primera audiencia de trámite se desarrollará así:

1. Se leerá el documento que contenga el compromiso o la cláusula compromisoria y las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresará las pretensiones de las partes estimando razonablemente su cuantía.
2. El Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que solo es susceptible de recurso de reposición.
3. El Tribunal resolverá sobre las pruebas pedidas por las partes y las que de oficio estime necesarias.
4. Si del asunto estuviere conociendo la justicia ordinaria recibirá la actuación en el estado en que se encuentre en materia probatoria y practicará pruebas que falten, salvo acuerdo de las partes en contrario.
5. Fijará fecha y hora para la siguiente audiencia.

Parágrafo. Si el Tribunal decide que no es competente, se extinguirá definitivamente los efectos del pacto arbitral. (Artículo 124 Ley 446 de 1998)”.

- Se le entrega a cada una de las partes copia auténtica del laudo.
- Quedan notificados en estrados.
- La condena en costas debe consignarse en el laudo (la liquidación).
- Dentro de los 5 días siguientes a la audiencia de lectura del laudo arbitral, las partes pueden solicitar aclaración, corrección o complementación del laudo.
- Tales menesteres se deben realizar en una audiencia posterior. Esta audiencia se debe realizar dentro de los 6 meses siguientes.

k. Notas procesales: Es importante advertir sobre los siguientes puntos:

- En el proceso arbitral caben las medidas cautelares, así: la inscripción de la demanda y el secuestro de bienes muebles, cuando sobre esos bienes no hubiese podido prosperar la inscripción de la demanda.
- En el proceso arbitral cabe la intervención de terceros, siempre y cuando esos terceros se adhieran al pacto arbitral, en cuyo caso deberán colaborar con una suma para honorarios y gastos (no se puede confundir la intervención de terceros con la integración del contradictorio).
- Cuando hay un litisconsorte necesario que no se ha adherido al pacto arbitral, se cita al tercero y si no se adhiere se acaba el proceso y se devuelve la plata.
- Los árbitros pueden ser recusados conforme a las causas contempladas en el Código de Procedimiento Civil, sin embargo, sería preferible que tales causales no fueran taxativas dado que el Juez es un funcionario del Estado que no tiene actividad profesional paralela ni ejerce en firmas de abogados. El árbitro, todo lo contrario; aun aquellos que han convertido el ser arbitro en su verdadera profesión siguen involucrados en otras actividades, que no tendrían que inhabilitarlos para fungir como tales. Piénsese en el árbitro que es repetidamente nombrado por las mismas partes en todos sus arbitrajes o el que pertenece a la firma de abogados del apoderado de una de las partes, o el que pertenece a una firma de abogados que ha asesorado asiduamente a una de las partes o el que ya ha interpretado una cláusula del contrato que contiene la cláusula compromisoria, por tratarse de un contrato tipo, tal como sucede con el contrato de condiciones uniformes en materia de servicios públicos domiciliarios. Sería deber de los árbitros poner bajo consideración de la partes la posibilidad de recusarlos en los eventos ejemplificados, sin embargo la taxatividad de las causales de recusación no le brindan margen de maniobrabilidad ni a ellos ni a las partes.²⁹⁵

²⁹⁵ Ver comentario del Dr. Fernando Mantilla Serrano, en el acápite de opinión de la publicación de ámbito jurídico del 27 de julio al 9 de agosto de 2009.

7. Recurso de anulación

Finalmente, en este breve resumen sobre el arbitraje, precisaremos algunos puntos relacionados con el recurso de anulación en contra del laudo arbitral:

- La justicia arbitral no es otra jurisdicción, tal como se precisó líneas atrás, por tanto los árbitros no tienen superior jerárquico.
- Las causales del recurso de anulación son restringidas y taxativas y están consagradas en el artículo 38 del D.E. 2279 de 1989, toda vez que con la llegada de la Ley 1150 de 2007, se pasó de un sistema dual a un sistema unificado en lo atinente al catálogo de las causales del recurso de anulación. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Con el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007, el cual reformó el artículo 72 de la Ley 80 de 1993, se pasó del régimen dual a uno unificado, al prever que en relación con los contratos sometidos a la regulación del estatuto contractual administrativo, las causales de anulación del laudo arbitral serían las mismas contenidas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 el cual se encuentra compilado en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998”.²⁹⁶
- La causal consagrada en el numeral primero de la disposición anotada en el punto anterior se puede declarar de oficio por el Juez en virtud del recurso de anulación, por ejemplo, si la cláusula compromisoria fue impuesta por la parte dominante y de esto se da cuenta el Juez, este podrá declarar la nulidad del laudo por versar sobre objeto ilícito (Sentencia C-330 de 2000).
- En lo atinente al numeral 8º del artículo 38 del D.E. 2279 de 1989, es importante anotar que si el laudo es proferido por fuera del término por el cual fue constituido, es procedente el recurso de anulación porque al vencer el término previsto se excluyen del conocimiento del tribunal arbitral los asuntos objeto de controversia.
- Las causales del recurso de anulación solo tocan aspectos relacionados con vicios de forma (*in procedendo*) o con la constitución del tribunal de arbitramento, por tanto, no tienen la amplitud de revisión (*in integrum*) de un recurso de apelación, el cual tiene como único límite la *no reformatio in pejus*.
- El recurso de anulación se interpone dentro de los 5 días siguientes a la audiencia de lectura del laudo arbitral o de la aclaración, aunque en este momento no es necesario precisar la causal de anulación ni mucho menos

²⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto de abril 11 de 2008. Expediente 34863. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2008, páginas 1126 a 1127. En este mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de enero de 2009. Expediente 35.262. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2009, páginas 739 a 742.

sustentarla, para ello habrá oportunidad ante el Consejo de Estado, tal como lo ha aceptado la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

[...] el artículo 22 de la Ley 1150 de 2007 contempla la posibilidad de que los laudos se impugnen a través del recurso de anulación, señalando, simplemente “[...] Este deberá interponerse por escrito presentado ante el tribunal de arbitramento dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación del laudo o de la providencia que lo corrija, aclare o complemente” –destacado fuera de texto-. Una norma similar contiene el artículo 160 del Decreto 1818 de 1998, el cual tampoco exige sustentar para ese momento el recurso, ni señalar las causales que se alegarán.

Esta norma lo único que exige es interponer el recurso dentro del término previsto, sin más condiciones y requisitos, es decir, sin exigir un contenido mínimo. En esto se parecería en algo a la interposición de recurso de apelación de una sentencia ordinaria (conservadas las grandes diferencias que tienen-, para el cual basta con interponerlo).

De otro lado, cuando se da el traslado para sustentar –lo cual hace la Sección Tercera del Consejo de Estado, con fundamento en el artículo 164, inciso 2º del Decreto 1818 de 1998-, las partes pueden señalar las causales que alegarán indicando los fundamentos que sirven de apoyo a cada una de ellas, pues esta norma perfectamente admite que en dicho momento se haga. En efecto, ella establece que ese es el instante para sustentar el recurso, dentro de cuyo criterio debe entenderse incluida la identificación de las causales, haciendo parte de la sustentación del recurso.²⁹⁷

- Se puede solicitar complementación e interponer el recurso de anulación.
- El recurso de anulación no es una segunda instancia, pues los árbitros no tienen superior jerárquico, como consecuencia, en virtud del recurso de anulación no se puede revisar íntegramente una providencia, ni modificarla, por interpretaciones jurídicas o posiciones en derecho. Solo se pronuncian sobre cuestiones de forma y lo que señale el recurrente.

²⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de enero de 2009. Expediente 35.262. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2009, páginas 739 a 742.

- Si es un litigio privado es la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial respectivo. Si es un conflicto derivado de un contrato estatal el competente es la Sección Tercera del Consejo de Estado (art. 72 de la Ley 80 de 1993). Si en la controversia está involucrada una sociedad de economía mixta con un capital estatal igual o inferior al 50%, su juez es el ordinario, en caso contrario es el contencioso.²⁹⁸
- El recurso de anulación se debe resolver en tres meses.
- El recurso de anulación no impide la ejecución del laudo a pesar de que no queda ejecutoriado.
- Si quien interpone el recurso quiere impedir la ejecución del laudo, debe prestar caución que garantice el pago de los perjuicios que se ocasionan por impedirse la ejecución del laudo. El monto de la caución la fija el Juez de la anulación. Si no se presta se declara desierto el recurso (Ley 794 de 2003).
- Se reitera que las causales de anulación están previstas en el artículo 38 del Decreto 2279 de 1989 y son las siguientes:
 1. Nulidad absoluta del pacto arbitral por objeto o causa ilícita. Ejemplo: Los árbitros no se declaran incompetentes debiendo hacerlo.
 2. Indebida constitución del Tribunal de Arbitramento. Es necesario que en el curso del proceso se haya puesto de presente a más tardar en la primera audiencia de trámite.
 3. Dejar de decretar o practicar pruebas sin ninguna razón legal. Es necesario que el recurrente la haya hecho valer en el curso del proceso.
 4. Haber proferido el laudo después del vencimiento del término.
 5. Haber fallado en equidad debiendo fallar en derecho.
 6. Contener la parte resolutive del laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias. Es necesario que el recurrente haya solicitado la corrección o aclaración del laudo.
 7. Haber recurrido el laudo sobre puntos no sujetos a decisión de los árbitros o haberse concedido más de lo pedido.
 8. No haberse decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.

El Consejo de Estado consideró una nueva causal, esto es: el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y el estatuto de constitución de dicho tribunal establecen que las autoridades jurisdiccionales de los países miembros, entre las que se incluyen a los tribunales de arbitramento, tiene que solicitar al Tribunal de Justicia de la Comunidad

²⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 28 de enero de 2009. Expediente: 35.262. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2009, páginas 736 a 739.

Andina la interpretación prejudicial de las normas comunitarias aplicables al caso sometido al conocimiento y la decisión del respectivo juez o tribunal. Agrega la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo que el incumplimiento de esta exigencia del derecho comunitario constituye un yerro procedimental que afecta la validez del laudo correspondiente y abre las puertas a su declaratoria de nulidad.²⁹⁹

- Cuando prosperan las causales 1, 2, 3, 4 y 5, los árbitros deben devolver el 50% de los honorarios.
- Cuando prosperan las causales 1 a 5 el Consejo de Estado anula el laudo, desaparece del mundo jurídico y deben adelantar un nuevo Tribunal de Arbitramento, salvo la 1 que obliga a acudir a la justicia ordinaria.
- Cuando prosperan las causales 6, 7 y 8, el Juez de la anulación no anula el laudo, lo corrige, complementa o aclara.
- Contra el laudo arbitral y contra la sentencia que resuelve la anulación cabe el recurso extraordinario de revisión.
- Las causales de fondo como la violación del debido proceso, se pueden alegar a través de la acción de tutela³⁰⁰, sin embargo, existe una fuerte crítica a este mecanismo toda vez que desnaturaliza la justicia arbitral, pues las partes no autorizaron a un tercero para que resolviera la controversia³⁰¹.

I.- La amigable composición (art. 130 de la Ley 446 de 1998, art. 223 del Documento 1818 de 1998, art. 68 de la Ley 80 de 1993).

1. Definición: Es un mecanismo contractual de solución de controversias a través del cual las partes delegan en un tercero que se llama amigable componedor, la facultad de precisar las partes, el estado y la forma de cumplimiento de un determinado contrato. La decisión que adopte el amigable componedor tiene efectos de cosa juzgada. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En suma, actualmente constituye un mecanismo alternativo de solución de conflictos dispuesto para dirimir las controversias que se susciten en un negocio jurídico en cuanto al estado, “las partes” y el cumplimiento del mismo, para lo cual las partes interesadas delegan en una o varias personas la facultad de dirimir la controversia con

²⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 11001032600020120002000 (43281) de agosto 9 de 2012, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁰⁰ Ver por ejemplo: Sentencia T-058 de febrero de 2009, Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

³⁰¹ La doctrina ha dicho sobre el particular lo siguiente: [...] la excesiva intervención judicial y, sobre todo, la creación de instancia y recursos suplementarios contra el laudo le restan credibilidad al arbitraje y desdibujan su verdadera razón de ser como mecanismo alterno de los tribunales judiciales. Si el juez (así sea el juez constitucional) se abroga el poder de revisar el fondo de las decisiones arbitrales, son los cimientos mismos de la institución arbitral los que se estarían menoscabando”. Opinión de Fernando Mantilla Serrano en la publicación de ámbito jurídico del 1º al 14 de junio de 2009, página 13.

fuerza vinculante de orden contractual con los mismos efectos que se predicán de la transacción a términos del artículo 2483 del Código Civil, para lo cual podrán directamente o por intermedio de un tercero designar al componedor o a los componedores.³⁰²

2. Características:

- Es un contrato de mandato con representación.
- No comporta el ejercicio de función jurisdiccional, por ende, si alguna de las partes del contrato decide someter las diferencias al conocimiento de la jurisdicción, antes de que emita pronunciamiento el amigable componedor, no se puede excepcionar falta de jurisdicción.
- La amigable composición no es un proceso, el amigable componedor no profiere una sentencia, simplemente adopta una decisión con fuerza vinculante.
- Las partes quieren evitar un proceso a través de este mecanismo alternativo de solución de conflictos.
- Antes de que el tercero emita el concepto, las partes deben gozar de amplias facultades para exponerle al amigable componedor sus opiniones, documentos o puntos de vista sobre el tema a dilucidar, tal como lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia T-017 de 2005.

Sobre las características de la amigable composición el Consejo de Estado las ha precisado de la siguiente manera:

[...] se infieren las siguientes características: se trata de un mecanismo de autocomposición, convencional, principal y autónomo que surte efectos únicamente entre las partes en conflicto en los aspectos que hayan sido objeto del encargo; que el encargo de los componedores, surge en virtud de un negocio jurídico de mandato, mandato que a más de no revestir ninguna solemnidad, advierte la Sala que, dada la naturaleza de la institución, conlleva representación, en la medida en que el componedor o los componedores actúan en nombre y por cuenta de los comitentes y la decisión solo obliga a estos, lo cual supone, desde luego, que los mandatarios o componedores deben actuar dentro del marco encomendado por los comitentes, so pena de las consecuencias jurídicas que se desprenden de actuar por fuera de los límites del mandato a términos de los artículos 841 y 1266 del Código de Comercio. Además, solo pueden ser sometidos al

³⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 21 de octubre de 2009. Radicación 25000-23-26-000-2008-00141-01. Consejera Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencial y Doctrina de *Legis* de marzo de 2010, páginas 419 a 423.

pronunciamiento del amigable componedor las controversias que se suscitan dentro del marco definido por la ley.

Se infiere de la norma, igualmente, que las actuaciones y decisiones de los amigables componedores no comportan el ejercicio de función jurisdiccional.³⁰³

I. Terminación Normal.

1. La sentencia

El Dr. Santofimio Gamboa, define a la sentencia como “aquel acto a través del cual el servidor público investido de función juzgadora cumple la obligación jurisdiccional, derivada de la acción y del derecho de contradicción, de resolver sobre las pretensiones del demandante y las excepciones de mérito o de fondo del demandado”³⁰⁴.

Sin perder de vista la definición anterior, podríamos decir que la Sentencia es el acto jurisdiccional más importante, ya que su contenido es trascendental para la armonía de una sociedad, debido a que cada Sentencia aplica el ordenamiento jurídico, declara derechos y, si es del caso, establece obligaciones, lo que trae como connotación jurídica, una solución legítima del conflicto y acorde a los designios del Contrato Social.

La sentencia puede ser de cuatro tipos:

a. Las Sentencias de condena: Son aquellas sentencias que además de declarar la existencia de determinada situación jurídica, como consecuencia de las mismas imponen a la administración la obligación de cumplir con una obligación de dar, hacer o no hacer. En esta clasificación encontramos las sentencias favorables a la parte demandante que surgen de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho o de reparación directa y, en general, en todas aquellas favorables a la parte actora en lo que tiene que ver con el restablecimiento del derecho y la reparación del daño.

b. Las sentencias declarativas: Se dirigen únicamente al reconocimiento de la existencia de una situación jurídica de importancia o la constatación de la ocurrencia de un hecho con consecuencias jurídicas. En estos eventos encontramos las sentencias que denieguen las pretensiones del demandante, sin importar el tipo de proceso en donde se profieran.

³⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 21 de octubre de 2009. Radicación 25000-23-26-000-2008-00141-01. Consejera Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencial y Doctrina de *Legis* de marzo de 2010, páginas 419 a 423.

³⁰⁴ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Página 310

c. Las sentencias constitutivas: Son aquellas que crean, modifican o extinguen un estado jurídico, es decir, al emitirse, generan una nueva estructura jurídica frente a determinada situación, no se limitan a declarar sino que producen algo nuevo. Las sentencias que deciden favorablemente los procesos que acusan actos administrativos o los procesos electorales o las que revisan cartas de naturaleza, en lo que tiene que ver con la declaratoria de nulidad, son ejemplos clásicos de esta modalidad.

d. La sentencias inhibitorias: Son aquellas que no definen de fondo el asunto por presentarse una grave irregularidad que debió dar lugar al rechazo de la demanda y sin embargo se admitió la misma, adelantándose el procedimiento respectivo y llegando a la etapa del fallo. El ejemplo tradicional es la falta de agotamiento de la vía gubernativa.

2. Contenido, cumplimiento y ejecución de las sentencias

La terminación normal del proceso contencioso administrativo a través de sentencia, nos da cabida a la posibilidad de analizar dicha providencia en aspectos muy puntuales, que es necesario precisar por tener regulación expresa en el Código Contencioso Administrativo y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, veamos:

a. Disposiciones nuevas para restablecer el derecho particular:

El artículo 170 del CCA y el artículo 187 del CPA establece que el Juez Contencioso Administrativo, para el solo efecto de restablecer el derecho particular, puede estatuir disposiciones nuevas en la parte resolutive de las sentencias, que no son actos administrativos porque provienen de una autoridad judicial, aunque hacen las veces de los mismos, en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas, a pesar de que esta solicitud no figure en las pretensiones de la demanda, posición criticable como más adelante lo señalaremos. Lo que no puede hacer el Juez, con base en la disposición referida, es modificar el “*petitum*” de la demanda, habida cuenta que sería un atentado contra el principio de congruencia de la sentencia³⁰⁵, el cual garantiza el derecho de defensa, toda vez que establece desde el principio, los puntos frente a los cuales se ejercerá la contradicción de la parte demandada y versará la decisión definitiva del proceso³⁰⁶.

³⁰⁵ “Ahora bien, doctrina y jurisprudencia tanto de la Corte Suprema de Justicia, como del Consejo de Estado, han entendido que la incongruencia aparece: a) cuando el juzgador se pronuncia sobre cuestiones que no fueron sometidas a su conocimiento (extra petita); b) cuando se concede más de lo impetrado (ultra petita) y, c) cuando el juez omite, total o parcialmente, decidir respecto de las pretensiones formuladas o de las excepciones propuestas (mínima petita).” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de noviembre de 2004. Expediente 25.560. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Publicada en la Revista Jurisprudencia y Doctrina de *Legis* de febrero de 2005, páginas 202 a 228. También hay que agregar en este punto que la congruencia de la sentencia exige que no se falle extra causa petendi, esto es, por fuera de los hechos debatidos en la demanda y su respectiva contestación. Un ejemplo sobre esta última anotación sería el caso de un lesionado que durante el trámite de una reparación directa muere como consecuencia de las lesiones, en este evento la sentencia debe girar en torno a las lesiones, en lo atinente a la muerte se deberá iniciar otra acción de reparación directa.

³⁰⁶ El artículo 305 del CPC, aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión expresa del artículo

Como corolario de lo expuesto en el párrafo anterior, el Juez no puede fallar más allá de lo pedido ni por fuera de lo pedido y solo se debe circunscribir a lo pedido. Así mismo, el Juez no puede fallar extra causa *petendi*, es decir, debe resolver el caso con base en los hechos alegados en la demanda y en su contestación y no en otros. Sin embargo este último punto tiene una excepción consagrada en el artículo 305 del CPC, donde se establece de manera expresa que el fallo puede considerar hechos modificatorios o extintivos del derecho sustancial, no planteados en la demanda o en su contestación, siempre que se propongan, a más tardar, durante los alegatos de conclusión y que dicho hecho se pruebe en debida forma. Esta excepción ha sido denominada por la jurisprudencia como “la congruencia ampliada”. Para que opere la misma el Consejo de Estado ha señalado sus requisitos en los siguientes términos:

Son, entonces, tres los supuestos que deben cumplirse para que los hechos nuevos puedan ser tomados en cuenta por el juzgador. El primero de ellos, que se trate de un hecho con entidad relevante frente al derecho sustancial alegado, ya que esa excepción a la regla no podría emplearse con el fin de acreditar en el plenario hechos superfluos o intrascendentes, o que no tengan el menor efecto sobre el derecho sustancial; el segundo, que corresponda a un hecho cuya ocurrencia tenga lugar en momento posterior a las etapas procesales con que cuentan las partes para aducirlos y probarlos, pues lo que se busca con ese dispositivo excepcional es permitirle a los interesados llevar al conocimiento del juez, mediante prueba idónea, la existencia de esos hechos, que por virtud del principio de preclusión o eventualidad no podrían serlo, dada su ubicación en el tiempo; y el tercero, que se alegue y pruebe por el interesado durante la oportunidad prevista para formular alegatos de conclusión ³⁰⁷.

Para entender las situaciones anotadas, traeremos a colación dos ejemplos que nos ilustran el ámbito de aplicación del artículo 170 del CCA y del artículo 187 del CPA, así:

-El señor Diomedes Fonseca, a través de apoderado, demanda un acto administrativo de adjudicación de un contrato y a título de restablecimiento del derecho solicita que se obligue a la Administración a celebrar el contrato

267 del CCA, consagra el principio de congruencia de las sentencias judiciales en los siguientes términos: “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”. Principio que es ratificado en los incisos primero y segundo del artículo 187 del CPA, aunque sin límite en materia de excepciones, salvo la *no reformatio in pejus*.

³⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 27 de agosto de 2009. Expediente 85001-2331-000-2007-00142-02. Consejera Ponente: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2009, páginas 1855 a 1865.

con él. El Tribunal Administrativo, profiere Sentencia, donde declara la nulidad del acto administrativo de adjudicación, empero, no accede al restablecimiento del derecho en los términos contemplados en la demanda, porque en tal caso se estaría invadiendo la órbita de la actividad administrativa, la cual debe adelantar nuevamente el proceso de adjudicación frente a todos los licitantes o proponentes. El Tribunal dispone, entonces, en la providencia, que tal restablecimiento será sustituido oficiosamente por una indemnización de perjuicios para el señor Fonseca. El Tribunal aduce que puede tomar esta determinación en virtud de lo contemplado en la última parte del artículo 170 del CCA y en el penúltimo inciso del artículo 187 del CPA

En este caso, la utilización del artículo 170 del CCA y del artículo 187 del CPA es contraria a derecho, porque el *petitum* no puede ser sustituido oficiosamente por el Juez por uno de simple indemnización, como lo pretende la sentencia, porque con este actuar se incurre en el fenómeno jurídico de la *extrapetita*, ya que el juzgador, en virtud del principio de la congruencia, no puede ir por fuera de las peticiones de la demanda. Aunado a lo anterior, la última parte del artículo 170 del CCA y el penúltimo inciso del artículo 187 del CPA, se refiere al restablecimiento del derecho a través de la producción de actos que se equiparan a los administrativos, por ende, la reparación de un daño a través de la indemnización de perjuicios, no está contemplada en tal disposición. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Si bien es cierto que de conformidad con el artículo 170 del código contencioso administrativo, y solo para los efectos del restablecimiento del derecho, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar éstas, de otro lado es innegable que ello no tiene cabida en relación con la reparación del daño, asunto muy distinto. Una cosa es el restablecimiento dicho y otra, muy diversa a la luz del derecho positivo, la indemnización por el detrimento irrogado, razón por la cual no se puede, de manera oficiosa, ordenar tal resarcimiento por fuera del marco del litigio. Ello resulta lesivo, como se anotó, del derecho de defensa de la entidad demandada, cuya réplica hubo de circunscribirse al planteamiento de la demanda.³⁰⁸

- La Universidad del Quindío interpuso demanda contra acto administrativo propio mediante el cual reconoció la pensión de jubilación a favor de un empleado público. Para ello, se basó en el régimen especial previsto para sus empleados,

³⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, Sentencia del 11 de marzo de 2004 (exp. 2375-03).

que consideraba una edad de jubilación y un tiempo de servicios menor al establecido en la Ley 4ª de 1992. El Consejo de Estado declaró la nulidad del acto administrativo porque vulneraba el artículo 5º del plebiscito de 1957, toda vez que de conformidad a esta disposición, las entidades solo pueden reconocer prestaciones de conformidad con las disposiciones expedidas por el Congreso. A título de restablecimiento del derecho dispuso un nuevo reconocimiento de la pensión de acuerdo con los parámetros legales.

En este caso se aplica perfectamente el artículo 170 del CCA y el artículo 187 del CPA, porque al hacer un nuevo reconocimiento de la pensión bajo los parámetros legales, se estatuyó una disposición nueva que modifica la acusada y no se altera el “*petitum*” de la demanda ³⁰⁹.

Otro ejemplo de disposición nueva en remplazo de la acusada es la facultad que tiene el Juez de reducir el monto de la cláusula penal, teniendo en cuenta para ello las obligaciones ejecutadas por el contratista y aplicando los principios de equidad y proporcionalidad. Por ejemplo: en un contrato se puede haber pactado una cláusula penal pecuniaria de menos el 10% del valor total del contrato y, a pesar de que el contratista haya cumplido parcialmente con el objeto contractual, dicho monto total puede ser impuesto por la entidad estatal en el acto administrativo respectivo. En este evento el Consejo de Estado, en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 170 del CCA y en el artículo 187 del CPA, puede disminuir la sanción en un 20%, al considerar que el contratista cumplió parcialmente sus obligaciones ³¹⁰.

Sin perder de vista lo anterior, para algunos doctrinantes, la posibilidad de estatuir disposiciones nuevas por parte del juzgador, debe estar expresamente solicitada en la demanda o en su contestación, en caso contrario no procedería, so pena de incurrir en el fenómeno de la *extra petita*.³¹¹ Es decir, con el ejercicio de la facultad que se analiza, no solo no se puede modificar el *petitum* y debe versar únicamente en decisiones que se equiparen a actos administrativo sino, además, debe haber sido solicitada expresamente por el libelista como pretensión en su demanda o como excepción en la contestación de la demanda. Esta posición desde nuestro punto de vista es la más acorde por seguridad jurídica y protección al debido proceso, sin embargo, como se anotó, no es acogida por el Consejo de

³⁰⁹ Este caso es traído a colación, “*mutatis mutandi*” de jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 2915–3 de abril 29 de 2004, Consejero Ponente: Jesús María Lemos Bustamante.

³¹⁰ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 noviembre de 2008. Radicación 17009. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2009, páginas 69 a 91.

³¹¹ El profesor Santofimio Gamboa señala sobre el particular: “[...] la facultad de dictar o estatuir disposiciones nuevas es solo y únicamente posible en cuanto tal cosa hubiere sido el producto de petición de parte interesada en las oportunidades legales y siempre que dicha pretensión o excepción esté dentro del marco de la legalidad, es decir, de respeto al orden jurídico y al derecho”. SANTOFIMO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, p. 588.

Estado, quién solo exige que no se altere el *petitum* y se trate de una disposición que se equipare a un acto administrativo.

b. Incidente de liquidación de condena en abstracto ejecutoriada:

A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil, en el contencioso aún opera la condena en abstracto o “in genere”, en donde la sentencia debe señalar con precisión en la parte resolutive, las bases con arreglo a las cuales se harán la liquidación incidental si fuere el caso (Inciso primero del artículo 193 del CPA). Por tanto, el incidente de liquidación de tal condena es operante en los términos del Código Contencioso Administrativo y del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Es importante anotar que si el Juez de lo Contencioso Administrativo carece de los elementos de juicio suficientes para precisar el monto de la condena, debe proceder a condenar en abstracto sin ningún límite, pues el incidente de liquidación de condena es el mecanismo idóneo para estos efectos y por ningún motivo puede pensarse en una denegación de justicia o una vulneración al acceso efectivo de la administración de justicia, dado que, en caso contrario, el legislador no hubiera regulado el mencionado incidente.

Por ejemplo: si el señor Daniel Fonseca resulta favorecido con una sentencia que condena al Estado a pagar a su favor, una suma de dinero producto de una indemnización de perjuicios, empero, la misma no concretiza el valor a pagar, se debe aplicar lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 172 del CCA y el último inciso del artículo 193 del CPA, esto es, el señor Fonseca por intermedio de apoderado, debe promover un incidente mediante escrito que contenga la liquidación motivada de conformidad a las bases señaladas en la providencia respectiva, especificada en su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia condenatoria o de la notificación del auto de obediencia al superior. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. El trámite de este incidente seguirá los lineamientos del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo consideramos recomendable que primero el señor Fonseca agote una especie de vía gubernativa ante la administración pública con el propósito de finiquitar una liquidación en concreto directamente entre las partes, por economía procesal y evitar la congestión del aparato judicial. Tal liquidación se concretizaría inicialmente en el acto administrativo de que trata el artículo 176 del CCA previa cuenta de cobro radicada por el interesado con la liquidación pertinente. Es de aclarar que el nuevo Código conserva esta obligación cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero (Inciso primero

del artículo 192 del CPA), lo que conlleva que para el caso que nos ocupa no sería aplicable lo expuesto en este párrafo, sin embargo, consideramos que el trámite extrajudicial se puede llevar a cabo en aplicación del principio de economía procesal. En caso de que el accionante no esté de acuerdo con lo dispuesto en la decisión administrativa referida, deberá presentar una contrapropuesta ante la administración y solo en caso de que no se llegue a un acuerdo, deberá acudir a los estrados judiciales para adelantar el incidente de liquidación respectivo. Obviamente, las gestiones en sede administrativa deben realizarse sin dejar vencer el término de que trata el inciso segundo del artículo 172 del CCA y el último inciso del artículo 193 del CPA

Es pertinente anotar que en el incidente de liquidación de condena in genere no se alega lo discutido en el proceso que dio origen a tal condena, toda vez que frente a dicho asunto ya operó la cosa juzgada. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

La liquidación de una condena in genere no es más que la determinación cuantitativa de algo que ya ha sido definido en un proceso, que por tal motivo es cosa juzgada y que por lo tanto no es materia controvertible entre las partes. Es un incidente complementario al proceso, consecuencia del trámite dado a la demanda y de todo el debate probatorio en el cual no se controvierte ni el derecho que asiste a las partes, ni la existencia de los hechos, ni la procedencia o justificación de los perjuicios, ni las características intrínsecas de estos o aquellos, todo lo cual se definió en el proceso precedente y que dio origen a la sentencia definitiva. Así, para la liquidación no se dan, ni se debaten, nuevos hechos o derechos, ni sus efectos jurídicos, sino que ellos, ya reconocidos, se traducen en cifras concretas y específicas que han de reflejar el alcance de la condena.³¹²

Sin embargo el Consejo de Estado en la providencia cuyo aparte se transcribió líneas atrás, advierte que el juez contencioso administrativo tiene la obligación de revisar la liquidación que proponga el incidentista cuando esta sea aceptada por la entidad condenada o el particular, en aquellos eventos excepcionales donde obre como demandado, con el objeto de asegurarse que se ajusta a los parámetros dados en la sentencia de condena. Veamos:

En opinión de la Sala, la responsabilidad del juez administrativo en tal evento es la de revisar la liquidación sobre la cual ha habido

³¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, auto 1322, octubre 22, 1990; C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, expediente 5593, Actor: William Brito Peláez, en extracto 136, 1990.

acuerdo, y constatar que la misma se ajusta a los parámetros o pautas dadas por la sentencia condenatoria, en cuyo caso deberá aprobarla. Si por el contrario, el juez detecta alguna irregularidad en la liquidación, o estima que ella se aleja de las pautas fijadas en la sentencia, o considera que se requiere necesariamente alguna prueba específica de carácter técnico que no puede suplirse con la sola aprobación, deberá manifestarlo así y ordenar la práctica de las pruebas necesarias para ajustar la liquidación a lo dispuesto en la mencionada providencia.³¹³

Es importante anotar que una sentencia de condena en abstracto no presta mérito ejecutivo por no cumplir con los requisitos del 488 del CPC, por tanto, el Juez no puede autorizar la expedición de copia que preste mérito ejecutivo del fallo en las condiciones anotadas.

Por otro lado, es menester precisar que una condena en salarios mínimos vigentes es una suma en concreto y no requiere de incidente para su liquidación, toda vez que se trata de una nomenclatura identificable de manera notoria en virtud de la información que arrojen los órganos autorizados para expedirla y la ley que la regula. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

La condena por aumentos legales del salario, consecuenciales al reintegro, no tiene semejanza con los casos que regula el artículo 307 del Código de Procedimiento Civil, porque se trata de obligaciones concretas sobre las cuales hay certeza y cuya fuente (la ley) ni siquiera requiere de demostración alguna. En esta hipótesis está determinada la cantidad inicial y la disposición que simplemente ordena adicionar el reajuste que fija el legislador no puede considerarse como una condena en abstracto.³¹⁴

Y más adelante, en la providencia anotada, la Corte Suprema de Justicia se refiere a las condenas de la jurisdicción contenciosa como condenas en concreto, cuando se fundan en salarios y prestaciones de los servidores públicos, así:

[...] Aun cuando la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ordene el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir sin precisar su cuantía en la sentencia, la condena en estricto sentido no

³¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, auto 1322, octubre 22, 1990; C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla, expediente 5593, Actor: William Brito Peláez, en extracto 136, 1990.

³¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de febrero 25 de 1994, radicación 6455, Magistrado Ponente: Hugo Suescún Pujols.

es genérica, ya que los salarios y las prestaciones de los empleados oficiales son establecidos por la ley, o pueden ser certificados debidamente, de manera que antes que una condena genérica lo que ahí se encuentra es una liquidable mediante la sumatoria de los salarios y las prestaciones dejados de percibir, que es, según los términos del Artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, una operación aritmética simple [...]

De los apartes jurisprudenciales transcritos es menester puntualizar varios aspectos, veamos:

- Se reitera, la condena en salarios mínimos es una condena en concreto dado que simplemente se trata de establecer a cuánto asciende el salario mínimo al momento del pago y, a partir de ello, liquidar el crédito, por ende, las condenas tendientes a indemnizar perjuicios inmateriales son condenas en concreto.
- En lo atinente a los perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente), la condena siempre será en concreto cuando el Juez precisa, mediante fórmulas de matemática financiera, la forma de liquidarla, dado que se parte de bases ciertas (por ejemplo el salario mínimo al momento de la producción del daño o el valor de la cosa destruida o de la erogación realizada) y simplemente se remplazan los datos de dichas fórmulas con las mencionadas bases y las variables correspondientes (el índice de precios al consumidor del caso y el interés legal).
- Como corolario de lo anterior, en los dos casos descritos en los puntos anteriores, estamos en presencia de créditos liquidables y, como consecuencia, es perfectamente viable iniciar un proceso ejecutivo con base en dichas condenas, toda vez que tal proceso ejecutivo tiene una etapa de liquidación del crédito. Por otro lado, tales condenas no necesitan del incidente de liquidación de condena en concreto que analizamos en este momento.
- El juez administrativo tendrá que aplicar las fórmulas de matemática financiera cuando deba precisar si la sentencia es consultable, pues deberá verificar si la condena supera los 300 SMLMV., empero, si con la indemnización de los perjuicios inmateriales ya se supera esa cifra, sería insulso elucubrar sobre las anotadas fórmulas. Así mismo cabe precisar que con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se deroga la figura de la consulta, por tanto, la aplicación de las fórmulas de matemática financiera no será obligatoria para el Juez Administrativo en ningún caso pues, se reitera, la condena está en concreto cuando se formula de esta manera, así no se desarrollen las mentadas fórmulas, aunque habrá que liquidar en caso de costas.

- La condena en abstracto, a diferencia del crédito liquidable con base en fórmulas de matemática financiera o en salarios mínimos legales mensuales vigentes, no permite operaciones aritméticas simples para colegir el valor nominal de los perjuicios. En este evento es necesario recurrir a peritajes que con base en los parámetros estipulados en la condena, permitan inferir el monto de la indemnización. Sería el caso, por ejemplo, de un sembradío destruido por la ocupación temporal de un inmueble rural por parte de las fuerzas militares durante una operación militar. En este caso se debe valorar el estado de las cosechas, el valor de su producto en el mercado local, las reglas de la oferta y la demanda, etc. Todo esto se hará en sede administrativa o en sede judicial al interior del incidente de liquidación de condena en abstracto, bajo las reglas que se explicaron líneas atrás.

Por otro lado, si un dictamen pericial tendiente a cuantificar perjuicios, solicitado durante la etapa probatoria correspondiente, no fue allegado al proceso sin culpa de la parte que lo pidió, la carencia del mencionado dictamen no puede impedir que se falle a favor de las pretensiones, simplemente la práctica del mismo se diferirá para el incidente de liquidación de condena en abstracto. Por ejemplo: si se prueba que se destruyó un inmueble como consecuencia de una falla en el servicio, empero, no se sabe a ciencia cierta el valor del daño emergente (valor del inmueble) por ausencia del peritaje, ausencia que se presenta sin culpa de la parte que lo pidió, se puede condenar a la administración en abstracto y el quantum del daño emergente será objeto del incidente de liquidación de tal condena.

Para finalizar este literal es menester anotar lo siguiente: si el condenado es un particular, de todas maneras la administración debe liquidar para poder cobrar y, aunado a lo anterior, está facultada para iniciar el incidente de liquidación correspondiente en caso de que el particular se muestre en desacuerdo con la cuenta de cobro.

c. Notificación de sentencias

La notificación de las sentencias puede ser personalmente o por edicto, sin embargo, es carga de las partes comparecer a la Secretaría del Juzgado, Tribunal o Consejo de Estado, tres días después de haberse proferido (artículo 173 del CCA), para llevar a cabo la notificación personal, en caso contrario se procederá a realizar la notificación por edicto, sin perjuicio de que durante la fijación en edicto se lleve a cabo la notificación personal en caso de que comparezca una parte interesada. En la notificación personal de sentencias no se aplica el trámite contemplado en el artículo 315 del CPC, toda vez que tal forma de notificación no es obligatoria, ni siquiera en el evento que lo solicite una de las partes interesadas previa expedición de la sentencia, ya que, una vez enteradas del proceso, las partes

tienen la carga procesal de atenderlo ³¹⁵. Aunado a que dicho trámite solo sería una forma de atentar contra la efectividad de las sentencias judiciales habida cuenta que se entorpecería su ejecutoriedad y firmeza, lo que iría en contravía del efectivo acceso a la administración de justicia consagrado en el artículo 229 superior. Una vez en firme la sentencia deberá comunicarse con copia íntegra de su texto, para su ejecución y cumplimiento.

Por otro lado, la sentencia siempre se le notifica personalmente al Ministerio Público y se le comunicará al agente del Ministerio Público frente a la entidad pública vencida en juicio, en caso de que la sentencia sea una condena tendiente pagar o devolver una suma líquida de dinero, con el objeto de que se asegure que en el presupuesto respectivo se incluyan las partidas presupuestales tendientes al pago de dicha condena (incisos 1 y 2 del artículo 177 de. CCA). Aunque el nuevo Código no precisa esta obligación, el último inciso del artículo 192 del CPA establece que ejecutoriada la sentencia, para su cumplimiento, la Secretaría remitirá los oficios correspondientes.

Ahora bien, es menester anotar que la notificación por edicto de las sentencias judiciales, debe contener de manera completa el nombre de todas las partes involucradas en el conflicto que se dirime, tal como lo establece el Código de Procedimiento Civil en los siguientes términos:

Art. 323.- Modificado. Decr. 2282 de 1989, art. 1º, mod. 152. Las sentencias que no se hayan notificado personalmente dentro de los tres días siguientes a su fecha, se harán saber por medio de edicto que deberá contener:

[...] 2. la determinación del proceso de que se trata y del demandante y el demandado, la fecha de la sentencia y la firma del secretario [...]³¹⁶

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se refiere a este tópico en el artículo 203 del CPA y como novedad trae a colación la notificación por buzón electrónico, así:

Las sentencias se notificarán, dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. En este caso, al expediente se anexará la constancia de recibo generada por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha.

³¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-170 de abril 3 de 1997, Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

³¹⁶ Ver: Tribunal Administrativo del Quindío, Armenia, Auto del 11 de abril de 2007, Magistrada Ponente: María Luisa Echeverri Gómez. Acción: Popular, Instancia: Segunda, Radicación: No. 63-001-2331-000-2006-00283-01. Demandante: Alirio Cortés Londoño, Demandado: Municipio de Calarcá, Córdoba y Otros.

A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de edicto en la forma prevista en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil.

Una vez en firme la sentencia, se comunicará al obligado, haciéndole entrega de copia íntegra de la misma, para su ejecución y cumplimiento.

Como consecuencia de lo transcrito se infiere que a las entidades públicas, en vigencia del nuevo Código, se les surtirá la notificación de sentencias a través de medios electrónicos y a los entes privados o personas naturales que no posean buzón electrónico para notificaciones judiciales, por medio de la normativa consagrada en el Código General del Proceso y frente a la cual ya se hicieron los comentarios pertinentes.

d. Registro de Sentencias:

Solo las sentencias que impliquen disposición del derecho de dominio sobre bienes inmuebles o automotores serán registradas en la oficina de registro de instrumentos públicos o en el registro de automotores respectivo, tal como lo establecen los artículos 174 del CCA y 2° de la Ley 1259 de 1970.

Un ejemplo nos ayudará a aclarar este punto: Margarita Martínez resulta favorecida con una sentencia que definió un proceso, iniciado en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento, y, por lo tanto, no le fue expropiada su finca, ubicada en la vía Armenia -

Circasia. Se aclara que la señora Martínez solicitó la suspensión provisional del acto administrativo de expropiación, la cual resultó procedente y, por tanto, nunca se operativizó, ni a través de su registro en la oficina de registro correspondiente ni a través de actuaciones materiales, por ejemplo: Una demolición.

Esta sentencia no debe registrarse porque el acto administrativo en ningún momento implicó disposición del derecho de dominio sobre el bien inmueble de la señora Martínez, es decir, al suspenderse provisionalmente el acto de expropiación, este no fue registrado en la oficina de registro de instrumentos públicos, acto jurídico a través del cual se perfecciona la tradición. Como corolario, al no haber ninguna anotación en la oficina de registro, no es procedente registrar una decisión judicial que no está alterando en nada tal situación.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece en dos disposiciones la exigencia del registro de sentencias, veamos:

- En el inciso final del artículo 190 del CPA se establece que en los procesos donde se ordene reparar el daño por ocupación de inmueble ajeno y se condene a la entidad pública o a una privada que cumpla funciones públicas al pago de lo que valga la parte ocupada del inmueble, la sentencia protocolizada y registrada obrará como título traslativo de dominio.
- El artículo 191 del CPA consagra que cuando se tratare de ocupación permanente de una propiedad inmueble, y se condenare a una entidad pública, o a una entidad privada que cumpla funciones públicas al pago de lo que valga la parte ocupada, la sentencia protocolizada y registrada obrará como título traslativo de dominio.

e. Operación administrativa para el cumplimiento de la sentencia:

Dentro de los 30 días siguientes a la comunicación de la sentencia, la entidad condenada deberá dictar un acto administrativo de ejecución, donde ordene todas las medidas tendientes a darle cabal cumplimiento a la parte resolutive de la providencia (art. 176 del CCA). De esta forma se inicia una operación administrativa que, en caso de no concretarse, podrá dar lugar a un proceso ejecutivo ante la jurisdicción contencioso administrativa. En este sentido se ha pronunciado 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 [...]. 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”³¹⁷.

Ahora, a pesar de lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, en una posición discutible, el Consejo de Estado en reciente providencia genera la posibilidad de que se demande la decisión a que se hace referencia en el artículo 176 del CCA, cuando el acto de ejecución se aparte de la parte resolutive de la sentencia. Esto a nuestro modo de ver es erróneo porque ocasiona un círculo vicioso donde la cosa juzgada se burla y se vuelve a generar una contención. Es nuestro parecer que en este evento lo que se presenta es un incumplimiento de lo decidido en sede judicial y al administrado le queda expedita la vía ejecutiva en dicha sede. La posición equivocada se expuso por la alta corporación en los siguientes términos: “Si el acto de ejecución de la sentencia se aparta de ella, diciendo de manera unilateral las disposiciones legales aplicables para su cumplimiento es una manifestación de voluntad productora de efectos jurídicos. [...] Al decidir definitivamente un asunto (las normas aplicables y la forma que

³¹⁷ Consejo de Estado, Sentencia de junio 13 de 1995, expediente 8291, Consejera Ponente: Dolly Pedraza de Arenas. Código Contencioso Administrativo, *Legis*, hojas sustituibles, Página 348.

se liquidan los intereses ordenados) se trata de un acto administrativo susceptible de impugnación jurisdiccional [...]”.³¹⁸

Por otro lado, la operación administrativa a que se ha hecho referencia en este escrito, debe cumplirse en un término máximo de 18 meses contados a partir del día siguiente de la ejecutoria de la sentencia o de la firmeza del auto liquidatorio. Este es un término prudencial que contempla la ley, para que la administración realice las reservas presupuestales correspondientes (Inciso 4to del artículo 177 del CCA). Cumplido este término se tendrá vía libre para promover el proceso ejecutivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo modifica en algunos aspectos lo expuesto en este literal, así:

- El artículo 192 expresa que cuando la sentencia imponga una condena que no implique el pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, la autoridad a quien corresponda su ejecución dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, adoptará las medidas necesarias para su cumplimiento. Como se evidencia de lo anotado en este punto, el artículo 192 solo se refiere a obligaciones de hacer o no hacer, por ende, no es asimilable al artículo 176 del CCA, aunado a que no circunscribe la ejecución a un solo acto administrativo sino a una gama de medidas necesarias que se dejan bajo la discreción de la administración pública.
- En los casos del pago de sumas dinerarias el inciso primero del artículo 298 del CPA consagra que si transcurrido un (1) año desde la ejecutoria de la sentencia condenatoria o de la fecha que ella señale, esta no se ha pagado, sin excepción alguna el juez que la profirió ordenará su cumplimiento inmediato. Como consecuencia el plazo de los 18 meses a que se hizo referencia líneas atrás se acorta y aunque en la disposición que se comenta se habla de un año, en el inciso segundo del artículo 192 del CPA se precisa que las condenas impuestas a entidades públicas consistentes en el pago o devolución de una suma de dinero serán cumplidas en un plazo máximo de diez (10) meses contados a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia. Como corolario, evidenciamos una ostensible contradicción entre el artículo 298 del CPA y el inciso segundo del artículo 192 del CPA, dado que el Juez debería ordenar el cumplimiento inmediato de la sentencia trascurridos los diez (10) meses de que trata este último y no esperar un año, pues la exigibilidad de la providencia ya se ha evidenciado. Esta afirmación se ratifica con lo dispuesto en el último inciso del artículo 299 del CPA Entendemos, por tanto, que la orden del Juez después del

³¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, Bogotá D.C. Treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006), Radicación número: 25000-23-27-000-2005-01131-01(15784), Actor: BOEHRINGER INGELHEIM S.A.

año anotado, simplemente es un requerimiento que puede dar lugar a un incidente de desacato por desobediencia a una orden judicial, empero, no le da vía libre al ejecutivo. Por otro lado, los procesos cuya condena quede ejecutoriada antes de valorar la contingencia de que trata el artículo 194 del CPA, se pagarán directamente con cargo al presupuesto de la respectiva entidad, dentro de los doce (12) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia, previa la correspondiente solicitud de pago (último inciso del artículo 194 del CPA).

Se resalta en este literal que la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 38 de la Ley de Presupuesto General de la Nación para el 2011 (L. 1420/10), el cual dispuso que las sentencias, las conciliaciones y las cesantías parciales serían incorporadas al presupuesto, de acuerdo con la disponibilidad de recursos, pues la elaboración del presupuesto general de la Nación debe sujetarse a las órdenes de los jueces, y no al revés.³¹⁹

f. Los ajustes de valor no deben ser solicitados expresamente:

De conformidad al artículo 305 del CPC, aplicable a esta jurisdicción por remisión expresa del artículo 267 del CCA y del artículo 306 del CPA, el cual consagra el principio de la congruencia de las sentencias judiciales, se proscriben los fenómenos de la *ultra petita* o *extra petita*, es decir, la posibilidad de que el juez vaya más allá de lo pedido o por fuera de lo pedido. Sin embargo, a pesar de lo que expusimos en edición anterior de la presente obra, la indexación de las sumas de dinero que resulten de la condena (art. 178 del CCA y último inciso del artículo 187 del CPA), procederá de oficio así no sea solicitada expresamente en la demanda, pues cuando se corrige el valor de la condena no se está creando un nuevo perjuicio, simplemente se trata del mismo perjuicio cuyo valor deja de estar envilecido por la actualización monetaria. En este sentido se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos:

En realidad, si se acepta, como lo hacemos nosotros, que la depreciación monetaria no constituye un daño distinto del perjuicio inicialmente sufrido, podrá comprenderse entonces con facilidad que el juez, al aplicar oficiosamente la indexación, no falla *ultra* o *extra petita*, pues la corrección monetaria se refiere simplemente a la cuantificación monetaria del contenido de un daño cuya reparación se pidió desde un principio. Porque si la depreciación monetaria fuera un daño diferente, habría que pedir la indexación desde el inicio y, en consecuencia, su aplicación oficiosa estaría prohibida.³²⁰

³¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-006 de 2012, Magistrada Ponente: María Victoria Calle.

³²⁰ TAMAJO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, Editorial *Legis*, Segunda Edición, 2007, corregida y aumentada.

Algún sector de la doctrina no comparte nuestra posición, así:

De otro lado, quienes le niegan cabida al decreto ex officio de la revalorización monetaria parten de observar que ello no es de recibo dentro de un sistema procesal gobernado por el principio dispositivo. Que, por ende, al juez no le es permisible decidir más que sobre lo que se le hubiere pedido, máxime cuando también se establece por la ley que la sentencia debe guardar armonía con las pretensiones del actor. De lo contrario, el derecho de defensa, garantizado constitucionalmente, resultaría conculcado (cfr. Moisset De Espanes, Pizarro Vallespinos, Inflación y actualización monetaria, p. 142 y ss.)³²¹.

g. Sentencia anticipada o en audiencia pública: De conformidad a lo consagrado en el artículo 20 de la Ley 446 de 1998, es posible que las partes de común acuerdo y antes de precluir el término probatorio, le soliciten al Juez la producción de una sentencia anticipada. Por otro lado, en el término de traslado para alegar se puede solicitar audiencia en la cual es potestativo del juez dictar sentencia, tal como lo contempla el artículo 147 del CCA. Así mismo, el artículo 66 de la Ley 1395 de 2010, agregó el artículo 211A al CCA, en donde se consagró que una vez vencido el término de fijación en lista y en los procesos que no se requiera la práctica de pruebas, el juez citará a las partes a una audiencia para que se pronuncie sobre aquellos aspectos de hecho o de derecho que él considera indispensables para decidir y, en caso de considerarlo prudente, podrá dictar sentencia. Es importante anotar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ratificó lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 1395 de 2010 e, incluso, resultó mucho más concreto, dado que señaló de manera específica que las partes deben tener la posibilidad de presentar alegatos de conclusión en la audiencia. El tenor literal de la disposición anotada se encuentra consagrado en el último inciso del artículo 179 del CPA, en los siguientes términos: “Cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescindirá de la segunda etapa y procederá a dictar la sentencia dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión”.

Ahora bien, para darle vía libre a la sentencia anticipada o a la sentencia en audiencia pública de que tratan los artículos 147 y 211A del Código Contencioso

³²¹ Citado en Código Contencioso Administrativo, Editorial Leyer, compilado, concordado y anotado por Esteban Mora Caicedo, página 101.

Administrativo y el último inciso del artículo 179 del CPA, se sugiere que el conductor del proceso atienda las siguientes recomendaciones:

- Una vez conformado el contradictorio y antes de abrir el proceso a pruebas, el juez debe citar a las partes a una audiencia preparatoria en la cual les explicará el alcance de los artículos 20 de la Ley 446 de 1998, 147 del CCA, 211A de la misma Codificación y último inciso del artículo 179 del CPA e incluso, si es del caso, los instará a que concilien el asunto. En esta audiencia y en caso de que la propuesta conciliatoria fracase, el Juez le pedirá consentimiento u autorización a las partes en contienda, tendiente a darle vía libre a la sentencia anticipada o a la sentencia en audiencia ³²², según sea el caso, salvo en lo atinente al fallo a que se refiere el artículo 211A del CCA y el último inciso del artículo 179 del CPA, el cual es potestativo del Juez, obviamente dándole a conocer a los interesados los beneficios que estas figuras le irradian al proceso, como el ahorro en tiempo y la decisión pronta.
- Si la opción escogida es la sentencia en audiencia, en la audiencia preparatoria se fijará fecha de celebración de la misma, la cual en todo caso se llevará a cabo luego de culminado el periodo probatorio, o después de que se prescinda del mismo cuando no hay pruebas que practicar. Aún más, a la luz del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la audiencia inicial regulada en el artículo 180 de dicha codificación se debe proferir la sentencia anticipada de que trata este punto, por ende, bajo la nueva normativa no es necesario una audiencia preparatoria y en el mismo auto donde se fije fecha para la celebración de la audiencia inicial, se podrá advertir a las partes que al interior de la misma se dará la oportunidad de presentar alegatos de conclusión y se dictará sentencia, toda vez que se trata de un asunto de puro derecho o no es necesario practicar pruebas.
- El juez deberá preparar la parte considerativa y resolutive de la sentencia que será dictada en la audiencia, sin necesidad de hacer un resumen de antecedentes como en la sentencia tradicional, pues en este evento, las partes están perfectamente enteradas del acontecer procesal y por economía procesal no es útil reiterarlos durante la diligencia.
- Durante el transcurso de la audiencia se escucharán los alegatos de las partes y luego el Juez le dará lectura a la sentencia que traía previamente

³²²A pesar de que el inciso segundo del artículo 147 del CCA dispone que la solicitud se debe realizar en el término de traslado para alegar, en nuestro concepto, nada se opone que dicha solicitud se pueda otorgar antes de dicho término y que pueda ser provocada por el juez, pues en este evento el conductor del proceso lo único que está haciendo es cumplir con su deber de dirigir el proceso, tal como se lo ordena el numeral 1º del artículo 37 del CPC y el numeral 1º del artículo 42 del C.G.P., aplicables a la jurisdicción contenciosa en virtud de lo dispuesto en el artículo 267 del CCA y en el artículo 306 del CPA

preparada, siempre y cuando las conclusiones vertidas por los contendientes no le hayan cambiado su punto de vista sobre el asunto, en caso contrario, deberá solicitar un receso en la diligencia mientras adapta el proyecto de fallo al nuevo contexto, y en la reanudación de la misma, procederá a su lectura.

- Finalmente, para hacer ágil la diligencia, consideramos que se deben implementar medios electrónicos que conserven lo decidido en la misma y permitan su impugnación, asunto que consideramos viable, tal como lo explica el Dr. William Hernández Gómez en los siguientes términos:

Por ello se invita a la reflexión, para que los jueces administrativos piensen en hacer uso de la grabación (audio y/o video) para el recaudo de la prueba testimonial, inspecciones judiciales, etc. La ley procesal civil lo autorizó desde el decreto 2282 de 1989 al modificar el art. 109 del CPC, pero la verdad es que los jueces hemos sido muy tímidos en este punto. Creemos que una mínima parte de los gastos del proceso se pueden emplear para comprar el casete de audio o vídeo, y una fonograbadora es muy fácil de conseguir. Es probable que los mismos abogados de las partes, de consenso, colaboren con los equipos necesarios. Aún más, los precios bajos de las videograbadoras son ya una alternativa viable. Debemos aprovechar el sistema del proceso penal acusatorio, que ha sido muy positivo en relación con estas ayudas para las audiencias.³²³

h. Alteración del orden de turno para proferir sentencias: Lo normal es que los fallos se profieran en estricto orden de turno, sin embargo, tal orden se puede alterar en atención a la naturaleza de los asuntos o a solicitud del agente del Ministerio Público debido a su importancia jurídica y trascendencia social (Artículo 18 de la Ley 446 de 1998). Incluso por vía de tutela cuando estén de por medio derechos fundamentales, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional³²⁴. De igual manera, la Ley 1105 del 13 de diciembre de 2006 consagra que, sin perjuicio del trámite de las acciones constitucionales, la jurisdicción de lo contencioso administrativo dará prelación a los procesos en los que sea parte una entidad pública en liquidación. Ahora, sobre este literal es menester traer a colación el

³²³ Juez Director del Proceso Contencioso Administrativo, Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa–, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Módulo de Autoaprendizaje Autodirigido, agosto de 2007, página 35, en proceso de publicación.

³²⁴ Sentencia T-429/05, Referencia: expediente T-10400399, Acción de Tutela Instaurada por Luis Eduardo Mejía contra el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Magistrado Ponente: Dr. Alberto Beltrán Sierra. Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil cinco (2005), Sala segunda de Revisión de la Corte Constitucional. En el mismo sentido, Sentencia T-220 de marzo 22 de 2007, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

artículo 16 de la Ley 1285 de 2009, el cual aprobó como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el 63A y el cual consagró en su primer inciso la posibilidad en cabeza del Consejo de Estado de darle prelación a determinados asuntos cuando existan razones de seguridad nacional o para prevenir la afectación grave del patrimonio nacional, o en el caso de graves violaciones a los derechos humanos, o de crímenes de lesa humanidad, o de asuntos de especial trascendencia social, o cuando carezcan de antecedente jurisprudencial y su solución sea de interés público o pueda tener repercusión colectiva, o cuando se trate de una reiteración de jurisprudencia. A lo anterior, dicha disposición agrega que el Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos pueden agrupar por temas los procesos para elaborar y estudiar preferentemente los proyectos de sentencia.

Finalmente, es importante anotar que el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010 facultó a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4° de la Ley 169 de 1896, pueden fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998. En el contencioso administrativo esta disposición resulta de una utilidad práctica inusitada, sobre todo si estamos en presencia de asuntos laborales en serie decantados por la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal como ocurre en los casos de reliquidación de asignaciones de retiro reconocidas por las Cajas de Sueldo de Retiro de la Policía Nacional o de las Fuerzas Militares.

i. Intereses remuneratorios e intereses moratorios no deben pedirse expresamente: La sentencia de condena a favor de un administrado produce a partir del día siguiente de que quede ejecutoriada intereses moratorios con base en la tasa comercial, tal como lo contempla el artículo 177 del CCA y el inciso tercero del artículo 192 del CPA, salvo que se haya establecido un plazo en la misma para su ejecución, caso en el cual, durante dicho plazo, se causan intereses remuneratorios con base en la tasa comercial ³²⁵.

Por otro lado, es necesario que se requiera a la administración pública para que le dé cumplimiento a la providencia. Este requerimiento es obligatorio dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia, en caso contrario,

³²⁵ “En cuanto al artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, a menos que la sentencia que impone la condena señale un plazo para el pago –evento en el cual, dentro del mismo se pagarán intereses comerciales–, los intereses moratorios se causan a partir de la ejecutoria de la respectiva sentencia, sin perjuicio de la aplicación del término de dieciocho (18) meses que el precepto contempla para que la correspondiente condena sea ejecutable ante la justicia ordinaria.” Corte Constitucional, Sentencia C-188 de marzo 24 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo, extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 1999, páginas 911 a 913.

luego de transcurrido el lapso mencionado, ya no se causaran intereses porque se incurre en una *mora creditoris*³²⁶, la cual se verá interrumpida si el interesado presenta el cobro en debida forma, en cuyo caso se reanuda la causación de intereses a partir del día siguiente del recibido (Inciso 6° del artículo 177 del CCA). El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reduce el término de 6 meses que se comenta en este párrafo a 3 meses en los siguientes términos: “Cumplidos tres (3) meses desde la ejecutoria de la providencia que imponga o liquide una condena o de la que apruebe una conciliación, sin que los beneficiarios hayan acudido ante la entidad responsable para hacerla efectiva, cesará la causación de intereses desde entonces hasta cuando se presente la solicitud”. (Inciso 5° del artículo 192 del CPA).

Es importante advertir que es improcedente solicitar intereses antes de que se concrete la condena a través de la sentencia ejecutoriada respectiva, porque durante ese interregno solo hay una mera expectativa. Aunado a lo anterior, las fórmulas de matemática financiera aceptadas por el Consejo de Estado para reconocer los perjuicios materiales ya tienen incluida la corrección monetaria y el reconocimiento de intereses legales o lucrativos.

Por otro lado, es menester señalar que los intereses de mora que operan luego de que la sentencia está en firme excluyen la indexación, pues los primeros comprenden una fórmula que mantiene el poder adquisitivo de la moneda. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Se precisa además que la jurisprudencia de la Sección Segunda de esta corporación ha manifestado que “en razón a que tanto la indexación como el reconocimiento de intereses moratorios obedecen a la misma causa, cual es la devaluación del dinero, son incompatibles”, por lo tanto, si se ordena el reconocimiento de intereses por mora concomitantemente con la indexación, se estaría condenando a la entidad a un doble pago por la misma causa”.³²⁷

Finalmente, cabe reiterar, tal como se tituló este literal, los intereses posteriores al fallo se deben reconocer de oficio por parte del Juez y no es necesario esperar a que

³²⁶ Sobre el particular el profesor Santofimo Gamboa explica lo siguiente: “Ahora bien, para el adecuado y oportuno cumplimiento de las sentencias judiciales en materia contencioso administrativa no basta con la simple comunicación del fallo ejecutoriado a las autoridades correspondientes: se requiere adicionalmente la solicitud expresa del cumplimiento respectivo por el beneficiario de la misma, si se trata de condena de carácter económico; las demás consideramos están simplemente sujetas a la comunicación antes referida. A esta conclusión se llega de la lectura del inciso 6° del artículo 177 CCA adicionado por el 60 de la Ley 446 de 1998 según la cual este paso es imprescindible y constituye una carga de la parte vencedora para exigir el cumplimiento de las obligaciones emanadas de la sentencia”. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, páginas 600 y 601.

³²⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Radicación 11001-03-06-000-2012-00048-00 (2106). Referencia: Criterios para cumplir las sentencias laborales dictadas por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que ordenan el reintegro y pago de emolumentos. Bogotá, D.C., nueve de agosto de dos mil doce. Extracto doctrinal publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2012, páginas 2271 a 2279.

el demandante los solicite expresamente, lo que se constituye en una excepción a la justicia rogada y no implica fallar por fuera de lo pedido, pues se entienden ítems incorporados a la reparación integral del daño. Sumado a lo anterior, la doctrina trae un argumento adicional para reconocer intereses moratorios de oficio, la anormalidad de dichos intereses, veamos:

Quando la víctima reclama la reparación del daño sufrido y el juez decide otorgarla, el monto determinado en el fallo de primera instancia es equivalente al perjuicio sufrido hasta ese momento. Si el demandante no pide intereses moratorios en su demanda es porque parte del supuesto de que el responsable va a pagar la indemnización dentro de los plazos establecidos en la sentencia. Como lo anormal es la mora, no hay por qué exigirle que solicite expresamente el pago de intereses por el retardo. En consecuencia, el juez deberá otorgarlos así sea oficiosamente.³²⁸

j. Acción de tutela cuando la obligación es de reintegro y la administración es renuente a cumplir: En vigencia del antiguo código, si el restablecimiento consiste en un reintegro y no se lleva a cabo dentro de los seis meses siguientes a la ejecutoria de la providencia por culpa del beneficiado, cesará todo tipo de emolumentos (Inciso 7mo del artículo 177 del CCA). El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo disminuyó el plazo de seis meses a tres meses en los siguientes términos: “En asuntos de carácter laboral, cuando se condene al reintegro, si dentro del término de tres (3) meses siguientes a la ejecutoria de la providencia que así lo disponga, este no pudiere llevarse a cabo por causas imputables al interesado, en adelante cesará la causación de emolumentos de todo tipo”. (Inciso sexto del artículo 192 del CPA).

Sin embargo, si la renuente es la administración pública, en extracto jurisprudencial publicitado por el Dr. Pedro Antonio Lamprea, la Corte Constitucional señaló que en estos eventos es viable la tutela, dado que la acción ejecutiva no es un medio idóneo y eficaz para obtener el cumplimiento de la sentencia, esto es, el reintegro efectivo³²⁹, veamos:

Quando se trate de obtener que, en cumplimiento de sentencia judicial, la administración reintegre a una persona desvinculada

³²⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, Editorial *Legis*, Segunda Edición, 2007, corregida y aumentada, página 800.

³²⁹ El artículo 500 del CPC establece que el Juez debe ordenar en el proceso ejecutivo que se cumpla con la obligación de hacer y luego fijar una audiencia que permita establecer si dicha prestación fue satisfecha. En caso de que se observe que no hubo cumplimiento, el Juez puede ordenar que un tercero la ejecute, sin embargo ante la administración pública esto es imposible porque se trata de obligaciones “*intuitu personae*”, no quedando más remedio que acudir a una pretensión subsidiaria consistente en una mera compensación.

del servicio por acto administrativo declarado nulo, estamos ante una obligación de hacer, cuya ejecución por la vía indicada en el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil no goza de la misma efectividad que se alcanzaría en la hipótesis de una obligación de dar.

En efecto, el proceso ejecutivo tiene la virtualidad de obtener el forzoso cumplimiento de aquello que se quiere eludir, mediante la aplicación de medidas que, como el embargo y posterior remate de bienes del deudor, están en manos del juez, quien las lleva adelante pese a la resistencia del demandado, en los casos y dentro de las reglas procesales pertinentes.

No obstante, cuando esas prestaciones están a cargo de un funcionario o dependencia de la administración pública y consisten en hacer algo –en este caso, reintegrar a unos servidores públicos despedidos-, lo que se decida por el juez de ejecución está limitado a impartir la orden que se cumpla el fallo hasta ahora no cumplido, sin que exista medida alguna aplicable coercitivamente para que, aun contra la voluntad del funcionario o dependencia, se lleve a cabo lo mandado. En otros términos, fuera de las sanciones que puedan ser aplicables al remiso, todo consiste en añadir otra decisión judicial no menos expuesta al incumplimiento de la ya desobedecida.³³⁰

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo trae a colación una solución en el evento de que se torne imposible el reintegro, así:

- En los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad demandada, dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia que resuelva definitivamente el proceso, cuando resulte imposible cumplir la orden de reintegro del demandante al cargo del cual fue desvinculado porque la entidad desapareció o porque el cargo fue suprimido y no existe en la entidad un cargo de la misma naturaleza y categoría del que desempeñaba en el momento de la desvinculación, podrá solicitar al juez de primera instancia la fijación de una indemnización compensatoria (Inciso séptimo del artículo 189 del CPA).
- De la solicitud se correrá traslado al demandante por el término de diez (10) días, término durante el cual podrá proponerse y pedir pruebas o aceptar la suma estimada por la parte demandada al presentar la solicitud. En todo caso, la suma se fijará teniendo los parámetros de la legislación

³³⁰ Anulación de los Actos de la Administración Pública, Segunda Edición, Corregida y Aumentada, 2004, Ediciones Doctrina y ley Ltda., Bogotá D.C.– Colombia, páginas 693 y 694.

laboral para el despido injusto y el auto que la señale solo será susceptible de recurso de reposición (Último inciso del artículo 189 del CPA).

Otro caso que hace imposible el reintegro se da cuando el actor adquiere el status de pensionado, en cuyo caso solo podrán pagarse los salarios y emolumentos laborales que se hubieren devengado hasta la inclusión en la nómina de pensionados.³³¹

k. La condena en costas: (art. 171, CCA y 188 del CPA) A la luz del antiguo código, con excepción de las partes vencidas en procesos iniciados en virtud de las acciones públicas, se podrá condenar en costas a la parte vencida, así sea una entidad pública³³², si ella actuó con ligereza, dolo o mala fe.³³³ En este evento se seguirán las disposiciones contempladas en el código de procedimiento civil (arts. 392 y 393). Ejemplos que pueden dar lugar a condena en costas serían los siguientes: “en la medida en que la demanda o su oposición sean temerarias porque no asiste a quién la presenta un fundamento razonable, o hay de su parte una injustificada falta de colaboración en el aporte o práctica de pruebas, o acude a la interposición de recursos con un interés meramente dilatorio.”³³⁴

El panorama en este tópico se modifica con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dado que el artículo 188 del CPA acude al sistema objetivo contemplado en el Código de Procedimiento Civil, en otras palabras, quien pierda el pleito debe pagar costas. A pesar de lo expuesto, la nueva normativa continúa con la excepción de esta condena en relación con acciones públicas. Por otro lado, salvo norma expresa en contrario, regulada específicamente en la codificación contencioso administrativa, solo es viable condenar en costas en la sentencia, pues la remisión a las normas del Código de Procedimiento Civil solo es para la liquidación y ejecución de las mismas. En otras palabras, en el Contencioso Administrativo no se podrá

³³¹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Radicación 11001-03-06-000-2012-00048-00 (2106). Referencia: Criterios para cumplir las sentencias laborales dictadas por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que ordenan el reintegro y pago de emolumentos. Bogotá, D.C., nueve de agosto de dos mil doce. Extracto doctrinal publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2012, páginas 2271 a 2279.

³³² “La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a.- posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del Código Contencioso Administrativo solo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes [...]” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 18 de febrero de 1999, expediente 10.775, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque.

³³³ “La sala considera que el juicio que en este caso debe hacerse implica un reproche frente a la parte vencida, pues solo en la medida en que su actuación no se acomode a un adecuado ejercicio de su derecho a acceder a la administración de justicia sino que implique un abuso del mismo, habrá lugar a la condena respectiva.” (Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 18 de 1999, expediente 10.775 Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque).

³³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de febrero 18 de 1999, Expediente 10.775, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

condenar en costas mediante auto, salvo que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo así lo disponga.

l. Término para proferir las sentencias: (art. 211, CCA y arts. 181 y 247 del CPA): Serán cuarenta días hábiles a partir de que entra el expediente a despacho para fallo, para proferir sentencia o registrar proyecto si se trata de juez colegiado. En este último caso la sala tiene 20 días hábiles para decidir. Es pertinente aclarar que los términos a que se refiere el artículo 9° de la Ley 1395 de 2010, no aplican en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo que significa que en los mismos, por regla general, salvo normas especiales para dicha jurisdicción, no existe un término perentorio para tramitar y fallar asuntos so pena de pérdida de competencia; incluidos bajo este criterio los procesos ejecutivos, así su regulación este fundada en su mayor parte en la normativa consagrada en el Código de Procedimiento Civil (Ver: último inciso del artículo 200 de la Ley 1450 de 2011).

La nueva normativa se funda en un sistema mixto en la sustanciación del proceso, por ende, el fallo, por regla general se dicta en audiencia y a título de excepción de la manera tradicional, es decir, por escrito. Una vez culminada la audiencia de pruebas, en esta el juez y al momento de finalizarla, señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días, sin perjuicio de que por considerarla innecesaria ordene la presentación por escrito de los alegatos dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de veinte (20) días siguientes al vencimiento de aquel concedido para presentar alegatos (último inciso del artículo 181 del CPA).

En Segunda instancia, admitido el recurso o vencido el término probatorio si a él hubiere lugar, el superior señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor a veinte (20) días. Si el Magistrado Ponente considera innecesaria la celebración de la audiencia, ordenará, mediante auto que no admite recurso alguno, la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes, caso en el cual dictará sentencia en el término de los veinte (20) días siguientes (Numeral 4° del artículo 247 del CPA).

m. Aclaración de sentencias: A través de la solicitud de aclaración de sentencias no se puede revivir la controversia.

V. Otros aspectos procedimentales en el proceso ordinario

A. Intervención de terceros: (art. 217, CCA y arts. 223 a 228 del CPA)

Desde la admisión de la demanda y hasta antes de que se profiera el auto que fija fecha para la realización de la audiencia inicial, en los procesos con ocasión de pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, contractuales y de reparación directa, cualquier persona que tenga interés directo, podrá pedir que se la tenga como coadyuvante o impugnadora, litisconsorte o como interviniente *ad excludendum* (inciso primero del artículo 224 del CPA). El llamamiento en garantía también procede cuando se trata de nulidad y restablecimiento del derecho y tiene fines de repetición, esto es, vincular al proceso a un agente del Estado que haya actuado con culpa grave o dolo –art. 19 y demás normas que contemplan la Ley 678 de 2001-.

Obviamente los litisconsorcios necesarios, cuasi necesarios y facultativos tanto por activa como por pasiva que se pueden conformar como consecuencia de las figuras a que se ha hecho referencia líneas atrás, se pueden presentar en todo tipo de acción contencioso administrativa, habida cuenta que obedecen a criterios sustanciales y procesales perfectamente aplicables al interior de esta jurisdicción, por tanto es erróneo limitarlos a las acciones de reparación directa y contractual, tal como parecería desprenderse de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 146 del CCA³³⁵ A pesar de lo expuesto, el nuevo

Código limita la intervención de terceros al interior de las acciones de simple nulidad y electorales a la figura de la coadyuvancia y en el último caso agrega la impugnación (arts. 223 y 228 del CPA) y la prohíbe en los procesos de pérdida de investidura de miembros de corporaciones de elección popular (Último inciso del artículo 228 del CPA).

Por otro lado, las intervenciones adhesivas como coadyuvantes se encuentran reguladas en el artículo 146 del CCA y en el artículo 223 del CPA y de esta última codificación podemos inferir la intervención *ad excludendum* (art. 224 del CPA). Todos estos casos deben ser observados en consonancia con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, artículos 50 a 57 del CPC o en el Código General del Proceso, artículos 60 a 72, según el caso. Aunado a lo anterior, el artículo 235 del CCA y el artículo 228 del CPA regulan la intervención de terceros en la acción electoral.

En los litisconsorcios facultativos y en las intervenciones *ad excludendum* es requisito que no hubiere operado la caducidad. Igualmente, se requiere que la formulación de las pretensiones en demanda independiente hubiera dado lugar a la acumulación de procesos (Inciso tercero del artículo 224 del CPA).

³³⁵ El profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa sobre el particular señala lo siguiente: “ en una interpretación amplia de la norma entenderíamos que al referirse la disposición tan solo a procesos contractuales o de reparación directa no está excluyendo, sino reiterando, la procedencia de estas instituciones amplificadoras del componente subjetivo del proceso”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, p. 527.

De la demanda del litisconsorte facultativo y el interviniente ad *excludendum*, se dará traslado al demandado por el término establecido en el artículo 172 del CPA (Último inciso del artículo 224 del CPA).

Con relación al llamamiento en garantía debemos realizar algunas precisiones:

a. El llamamiento en garantía no se puede confundir con la denuncia del pleito, habida cuenta que el primero genera dos relaciones jurídico-procesales diferentes: demandante- demandado y demandado-llamado y, solo en la medida en que en la primera relación resulte una condena se podrá entrar a analizar la segunda relación.³³⁶ Por otro lado, la denuncia del pleito implica un litisconsorcio necesario o facultativo entre el demandado y el denunciado y, por ende, se genera una sola relación jurídico procesal entre el demandante por una parte y el demandado y denunciado por la otra.

A pesar de la diferencia expuesta, algunos doctrinantes equiparan la denuncia del pleito con el llamamiento en garantía, lo que genera un grave problema de acceso efectivo a la administración de justicia y de economía procesal, dado que, según la tesis anotada, si estamos en presencia de una denuncia del pleito y se absuelve al demandado, la responsabilidad del denunciado no se puede estudiar en la sentencia a pesar de que haya solidaridad, pues no hay un litisconsorcio por pasiva, tal como ocurre con el llamamiento en garantía, lo que podría provocar la imposibilidad de demandar al denunciado en otro proceso, debido a la operancia de la caducidad de la acción durante el trámite del proceso primigenio, a lo que se suma el hecho de que a pesar de que se pudo resolver todo el asunto en una sola sentencia, habrá que iniciar otro dispendioso y tortuoso proceso para analizar la responsabilidad del denunciado, siempre y cuando no haya operado la caducidad como ya se anotó. La posición errónea que se critica es del siguiente tenor:

Es importante tener en cuenta este punto, porque muchas veces el demandado en responsabilidad civil llama en garantía a otras personas que se consideran causantes del daño. Como lo veremos más adelante, en este caso el llamamiento en garantía funciona si tanto el demandado inicial como el llamado en garantía son coautores del daño; en cambio este medio de defensa no prospera si el demandado inicial prueba que no tiene absolutamente nada que ver con el hecho dañoso, puesto que este lo cometió el tercero llamado en garantía. En tal virtud, habría que absolver al demandado y, en consecuencia, el llamado en garantía tendría que ser absuelto también., puesto que no fue demandado por la víctima y el demandado inicial fue exonerado de su responsabilidad. Lo conveniente en estos casos para el demandante sería reformar la demanda en el sentido de hacerla

³³⁶ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de octubre 6 de 1994, expediente 9803, Magistrado Ponente: Carlos Betancur Jaramillo. CCA, *Legis*, Hojas Sustituibles, Páginas 394 y 395.

extensiva al llamado en garantía; en esta forma, la absolución del demandado inicial deja abierta la posibilidad de condenar al llamado en garantía a favor del perjudicado también codemandado, puesto que ya existe una relación demandante demandado entre él y la víctima (demandante inicial).³³⁷

Ahora bien, el Consejo de Estado en algunas providencias ha señalado con precisión la diferencia entre denuncia del pleito y llamamiento en garantía en el contencioso administrativo, así:

La Sala referirá, en primer lugar, a las diferencias existentes entre las figuras procesales de intervención forzada de terceros denominados llamamiento en garantía y denuncia del pleito.

Aquellas figuras jurídicas se tramitan por un mismo procedimiento y exigen los mismos requisitos, pero se originan en normas jurídicas y supuestos fácticos diferentes. En efecto, de una parte, la denuncia del pleito, es una figura procesal que se presenta en el evento en el cual la parte (demandante o demandada) en caso de ser vencida en el proceso tiene una acción o pretensión de regresión contra un tercero a quien puede denunciar el pleito. El objeto que persigue la denuncia frente al tercero es facilitar su intervención en el proceso y frente al denunciante perseguir que aquel le ayude en su defensa.

Por otra parte, la figura procesal de intervención forzada de terceros de llamamiento en garantía, tiene como finalidad que el tercero se convierta en parte en el litigio que se llama y pueda no solo auxiliar a quien lo llamó sino ejercer su defensa con relación a un compromiso legal o contractual.

Entonces, para que sea procedente el llamamiento, se requiere que una de las partes en un litigio tenga derecho ya sea legal o contractual para exigir de un tercero la indemnización de perjuicios o el reembolso total o parcial de las sumas a que llegare a ser condenado en la sentencia.³³⁸

Sin embargo, esta posición jurisprudencial fue revaluada por el Consejo de Estado como consecuencia del advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (L. 1437/11) y el nuevo Código General del proceso (L. 1564/12), pues dichas normativas solo regularon

³³⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, Editorial *Legis*, Segunda Edición, 2007, corregida y aumentada, página 319.

³³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil (2000), radicación número: 16677, actor: Mildrey José Arenas Aristizábal, Demandado: Municipio de Pereira.

el llamamiento en garantía. Por tanto, esta es la única institución procesal que autoriza la participación forzosa de terceros en el proceso. Como corolario, el llamamiento en garantía podrá ser utilizado para efectos de repetición o por obligaciones de reembolso en caso de condena, o para hacer efectiva la solidaridad o la exclusión de responsabilidad por la participación de otro, haciendo que este último comparezca al proceso ³³⁹.

b. El llamado en garantía no solo debe responder en caso de que se dé sentencia condenatoria sino, igualmente, en el caso en que se apruebe conciliación judicial, tal como lo establece el artículo 21 de la Ley 678 de 2001 en lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición.

c. Existen dos tipos de llamamientos en garantía: el llamamiento en garantía regulado en las normas procesales civiles (Capítulo III del Código de Procedimiento Civil y Capítulo II del Código General del Proceso) y el llamamiento en garantía con fines de repetición regulado en la Ley 678 de 2001 o por aquellas que la reformen o adicionen (Último inciso del artículo 225 del CPA). En este último caso, la jurisprudencia del Consejo de Estado sostenía que para que el llamamiento procediera, al llamante le bastaba con describir la conducta y señalar porque la consideraba dolosa o gravemente culposa sin que fuere necesario que anexara prueba sumaria sobre el particular, toda vez que sobre el asunto se decidiría en la sentencia respectiva.³⁴⁰ Sin embargo esta posición fue revaluada en reciente providencia, dado que el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa considera que se debe hacer un uso serio y razonable del llamamiento con fines de repetición, toda vez que de esta manera se evita que cada demanda contra el Estado se convierta en una demanda contra los funcionarios en detrimento de la eficiencia en la prestación de sus servicios ante una inminente judicialización por cada una de las actividades que realizan. Por tanto, en la actualidad se exige que al escrito de llamado se anexe prueba sumaria que acredite la culpa grave o el dolo en que incurrió el servidor público y que diera lugar a la demanda respectiva.³⁴¹ Sobre este tema es importante anotar que el Consejo de Estado ha considerado que la condena penal es una prueba idónea para acreditar el dolo más no la culpa grave, veamos:

En ese contexto, si bien el concepto de dolo en materia de acción de repetición tiene un contenido y alcance no equiparable al dolo penal, lo cierto es que comparten ciertos rasgos distintivos, que

³³⁹ Consejo de Estado, sección Tercera, Auto 25000232600020110051901 (45783), marzo 11 de 2013, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁴⁰ Ver: Auto del 5 de marzo de 2004. Expediente 25.203. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Revista Jurisprudencia y Doctrina, *Legis*, Páginas 755 a 757, de mayo de 2004.

³⁴¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto 32324 de octubre 11 de 2006, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

hacen vinculante la condena penal en esta jurisdicción, siempre que, se reitera, la misma se haya imputado a título de dolo; lo anterior como quiera que la culpa grave en tratándose de repetición (culpa grave y leve) tiene una graduación diferente a la punitiva (culpa con o sin representación), motivo por el cual los conceptos no pueden ser asimilados y, por ende, no resulta predicable los efectos de cosa juzgada en lo penal frente al proceso de repetición.³⁴²

d. En caso de que el servidor público llamado al proceso con fines de repetición, se encuentre ausente o se oculte, a pesar de que fue citado para que compareciera al proceso, este deberá ser vinculado al proceso a través de curador *ad-litem* con el objeto de, si es el caso, analizar su conducta en el juicio. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos: “En todo caso, si el llamado está ausente o se oculta, el llamamiento se surtirá mediante la intervención del curador, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 320 y siguientes CPC”.³⁴³

e. En ocasiones el demandante impetra libelo en contra de la entidad pública demandada y la aseguradora. En este caso es inviable conformar dos relaciones jurídico-procesales diferentes, toda vez que esta situación opera cuando estamos en presencia de una demanda en contra del servidor público junto con la persona jurídica pública (art. 78 del CCA). Por tanto, consideramos que en este evento la entidad pública accionada debe llamar en garantía a la aseguradora para que opere efectivamente la relación demandado-llamado. Asimismo es necesario acotar que la acción de la víctima de un daño contra la aseguradora prescribe en cinco años³⁴⁴, empero, si se ejerce simultáneamente con la de la entidad pública, deberá realizarse dentro de los dos años.

f. Para llamar en garantía a una persona jurídica es necesario cumplir con los siguientes requisitos:

- Existencia y representación de la Cámara de Comercio.
- El Contrato original o copia auténtica del mismo que vincula a la persona jurídica con la entidad pública demandada.

Los anteriores requisitos no se pueden subsanar con la apelación del auto que denegó la intervención de los terceros, en virtud del principio de eventualidad y preclusión de las etapas procesales³⁴⁵.

³⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Radicación 05001-23-25-000-1998-02246-01. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de 2010, páginas 409 a 419.

³⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección B. Sentencia del 12 de octubre de 2000, exp. 224600, C.P.: Carlos Arturo Orjuela Góngora.

³⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 04690-01 de junio 29 de 2007.

³⁴⁵ Ver: Tribunal Administrativo del Quindío, Armenia, ocho (8) de abril de dos mil ocho (2008), Magistrado

g. El llamamiento en garantía con fines de repetición y el simple pueden concurrir en caso de una eventual condena, en este caso la aseguradora responde hasta el tope del riesgo y el servidor público por la totalidad de lo pagado o proporcionalmente a juicio del Juez, pues en este último caso se puede disminuir el monto que le corresponde pagar al agente del Estado por corresponsabilidad.

h. Cabe anotar que el hecho de un tercero impide llamar en garantía con fines de repetición empero, esto no es óbice para que no opere cuando el llamamiento en garantía es simple.

i. Por otro lado, en lo que atañe a la justicia ordinaria, una entidad pública puede ser vinculada como parte civil en un proceso penal y, así mismo, es importante precisar que, en la justicia ordinaria, no se habla de acción de repetición sino de subrogación, figura que se da cuando quien paga los perjuicios no es el responsable y asume los derechos de la víctima frente al causante del daño.

j. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula el llamamiento en garantía en los siguientes términos:

a. Quien afirme tener derecho legal o contractual de exigir a un tercero la reparación integral del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia, podrá pedir la citación de aquel, para que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación (Inciso primero del artículo 225 del CPA).

b. El llamado, dentro del término de que disponga para responder el llamamiento que será de quince (15) días, podrá, a su vez, pedir la citación de un tercero en la misma forma que el demandante o el demandado (Inciso segundo del artículo 225 del CPA).

c. El escrito de llamamiento deberá contener los siguientes requisitos:

- El nombre del llamado y el de su representante si aquel no puede comparecer por sí al proceso (Numeral 1° del artículo 225 del CPA).
- La indicación del domicilio del llamado, o en su defecto, de su residencia, y la de su habitación u oficina y los de su representante, según fuere el caso, o la manifestación de que se ignoran, lo último bajo juramento, que se entiende prestado por la sola presentación del escrito (Numeral 2° del artículo 225 del CPA).

Ponente: Rigoberto Reyes Gómez, Auto de segunda instancia, Acción de Reparación Directa, Demandante: Gloria Esther Guevara de Polanía y otros, Demandado: Municipio de Calarcá y otros, radicado: 63-001-2331-000-2005-01835-01. En este mismo sentido Consejo de Estado, Auto 31920 de 2007.

- Los hechos en que se basa el llamamiento y los fundamentos de derecho que se invoquen (Numeral 3º del artículo 225 del CPA).
- La dirección de la oficina o habitación donde quien hace el llamamiento y su apoderado recibirán notificaciones personales (Numeral 4º del artículo 225 del CPA).

Es menester señalar que el Juez antes de decidir sobre la intervención de terceros, debe procurar tramitar las adiciones de la demanda, con el objeto de que los terceros intervinientes puedan ejercer su derecho de defensa frente al libelo completo.

B. Nulidades e incidentes (art. 165, 166 y 167 del CCA y arts. 207 a 210 del CPA)

En materia contencioso administrativas se aplican los artículos 140 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, los cuales regulan las causales de nulidad procesal y la forma de proponerlas y tramitarlas³⁴⁶. De igual manera, las demás cuestiones incidentales y accesorias que se adelanten en el proceso contencioso administrativo, se regulan por lo consagrado en los artículos 135 y ss. del Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando sean compatibles con su naturaleza, cómo es el caso del incidente de objeción al dictamen pericial o el incidente de liquidación de la condena *in genere*. El nuevo Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento Civil y se tramitarán como incidente (Artículo 208 del CPA).

Es importante tener en cuenta en materia de nulidades, las causales insubsanables como subsanables que generan las mismas, habida cuenta que, estas últimas podrían dar lugar al fenómeno de la convalidación en las actuaciones judiciales adelantadas. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

El artículo 143 del Código de Procedimiento Civil dispone que no pueden alegarse las causales previstas en los numerales 5 a 9 del artículo 140 si quien está legitimado para hacerlo ha actuado en el

³⁴⁶ La Constitucional Política de 1991 trae otra causal de nulidad, tal como lo explica la Corte Constitucional en los siguientes términos: “Ahora bien, en concordancia con lo expuesto por la Corte en la ya aludida sentencia, el artículo del cual hace parte el párrafo impugnado, reformado en 1989, está destinado a la enunciación de las causales de nulidad de índole puramente legal, por lo cual ellas deben ser adicionadas por la norma posterior consagrada en el artículo 29 de la Constitución, según el cual “es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”. Esta disposición reforma la *Legislación* preexistente, tal como se desprende del artículo 4º de la propia Carta y como hace tiempo lo estableció el artículo 9º de la Ley 153 de 1887, que dice: “La Constitución es ley reformativa y derogatoria de la *Legislación* preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente”. Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-217 de mayo 16 de 1996.

proceso después de ocurrida la respectiva causal sin proponerla. El artículo 144 del mismo código señala que no pueden sanearse las nulidades de que tratan los numerales 3 y 4 del artículo 140 ni las provenientes de falta de jurisdicción o de competencia funcional. Las normas comentadas contienen la distinción entre irregularidades saneables e insanables. En la legislación colombiana, la nulidad prevista en el numeral 8 del artículo 140 del CPC es saneable, es decir que, pese a haber ocurrido, la validez de los actos procesales que le siguieron se mantienen mientras no sea alegada la causal y efectivamente se sana cuando el afectado actúe sin alegarla. La doctrina ha dicho que la convalidación de las nulidades puede ser expresa o tácita, y que la segunda, que es la relevante para este caso, también denominada aquiescencia, ocurre cuando la persona beneficiada con la nulidad, esto es, que puede alegarla, no la propone dentro del término que al efecto señale la ley.³⁴⁷

Ahora, la convalidación de que trata el aparte jurisprudencial transcrito, opera siempre y cuando las partes actúen después de presentada la irregularidad, en caso contrario, esto es, en caso de que el Juez la detecte antes de que estos actúen, deberá ponerla en conocimiento para que sea alegada de conformidad a lo contemplado en el artículo 145 del CPC Finalmente en torno a la convalidación, cabe realizar dos anotaciones: en primer lugar, el Juez debe ejercer un control de legalidad cada vez que culmina cada etapa del proceso, tal como lo ordena el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009 y es reiterado por el artículo 207 del CPA, así: “Agotada cada etapa del proceso, el Juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas”.

Asimismo y en todo caso, en virtud de lo contemplado en el artículo 145 del CPC, se sanean las nulidades insanables y saneables si se dicta sentencia. Es importante aclarar que el artículo 145 anotado no solo se refiere a nulidades oficiosas, por tanto, al Juez le está vedada la posibilidad de tramitar nulidades después de dictada la sentencia, así sean solicitadas. Pensar que el Juez no puede decretar nulidades oficiosas pero sí a petición de parte luego de dictada la sentencia, es burlar el principio de seguridad jurídica, dado que en el primer caso el asunto ya está finiquitado, empero, en el segundo caso la controversia sigue latente, toda vez que el Juez al declarar la nulidad solicitada revive la controversia.

³⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, 14 de noviembre de 2002. Rad. No. 52001-23-31-000-1997. 8393-01 (16820). Actor: Olga Patricia Ramírez Huertas. Demandado: Nación (Ministerio de Defensa – Ejército Nacional –).

En segundo lugar, si se propone en la contestación de la demanda una irregularidad en la notificación del auto admisorio de la demanda, no se puede argüir que se saneó la misma en virtud de la notificación por conducta concluyente.

Es importante anotar que no se puede alegar la nulidad por indebida conformación del contradictorio cuando se está en presencia de obligaciones solidarias o al todo, dado que el Juez no está obligado a integrar el contradictorio en estos eventos, pues se trata de un eventual litisconsorcio facultativo por pasiva³⁴⁸. En este sentido se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos:

Una de las ventajas de la solidaridad es justamente la posibilidad que tiene la víctima de demandar a todos los deudores solidarios conjuntamente o a cualquiera de ellos, sin que por tal motivo se le pueda oponer el beneficio de la división de la deuda (C.C., art. 1571). Idéntico beneficio existe en las denominadas obligaciones al todo (supra, 54).

Por ello, es innecesario ordenar la integración del *litis* consorcio por parte del juez, ya que ello haría nugatorio el beneficio de la solidaridad.³⁴⁹

Sin embargo, cuando la ley exige que se conforme el contradictorio, el Juez deberá proceder a vincular a las demás personas naturales o jurídicas que pudieren resultar afectadas con la decisión, sin importar si hay en principio solidaridad o no, tal como ocurre en materia de acciones populares en lo atinente a los presuntos responsables de la vulneración del derecho colectivo que se alegue como transgredido. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

De conformidad con los preceptos normativos de la ley 472 de 1998, la demanda en la acción popular debe dirigirse en contra del presunto responsable del hecho u omisión que la motiva; no obstante lo anterior, la ley asignó una atribución especial al juez de la citada acción constitucional para que en el curso de la primera instancia pudiera, en cualquier momento, integrar el litisconsorcio necesario por pasiva, con el fin de vincular a cualquier otro presunto responsable

³⁴⁸ Es importante recordar que la falta de integración del contradictorio impide que se llegue a instancias de sentencia de fondo y genera nulidad del proceso, si este se encuentra en segunda instancia, si esta en primera instancia, el Juez debe ordenar la citación de quién no intervino inicialmente en el proceso, lo cual debió hacerlo idealmente cuando se admitió la demanda o, en todo caso, antes de proferir la sentencia de primera instancia, conforme al artículo 83 del Código de Procedimiento Civil. Ver sobre esta situación procesal providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de mayo de 2004, Expediente 15371, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2004, páginas 1401 a 1420.

³⁴⁹ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial *Legis*, segunda Edición 2007, corregida y aumentada, página 49.

de la vulneración o amenaza identificada en el escrito de demanda. Entonces, tal y como se advierte de la lectura de la disposición legal antes transcrita, (art. 18) el ordenamiento jurídico radicó en cabeza del juez popular la obligación de que, ante la verificación de la existencia de otro presunto responsable en la violación o amenaza de los derechos colectivos invocados en la demanda, correspondería a aquél la integración efectiva del respectivo extremo pasivo de la *litis*, no solo con el propósito de garantizar el derecho de defensa (art. 28 CP) y el debido proceso (art. 29 CP) de las personas que intervienen en el debate judicial, sino, además, de todas aquellas que pudieran verse cobijadas por los efectos de la decisión judicial. Así las cosas, se pone de presente que el juez de primera instancia incurrió en un yerro al no haber efectuado la citación y vinculación de los terceros propietarios del 51% del capital social de la empresa metroagua S.A. – porcentaje correspondiente al capital privado de la sociedad-, tal y como lo preceptúa la legislación sobre la materia. En ese contexto, se incurrió en la nulidad prevista en el numeral 3 del artículo 140 del CPC. En efecto, el a quo al haber proferido la sentencia de 25 de noviembre de 2005, sin haber surtido la citación de los terceros con interés legítimo en el proceso les cercenó, por completo, la posibilidad de que intervinieran a lo largo de la primera instancia; de tal suerte que no resulta constitucional, ni legalmente viable que el juez de segunda instancia, motu proprio, proceda a practicar la citación de los accionistas privados de Metroagua S.A. Nota de Relatoría: Ver auto de 11 de octubre de 2006, exp. AP- 2960, M.P. Alier E. Hernández Enríquez.

Por otro lado, cuando estamos en presencia de nulidad por falta de jurisdicción o competencia funcional³⁵⁰, el Juez que declara dicha falta de jurisdicción o competencia funcional y remite el proceso al Juez que considera competente, no puede declarar la nulidad de todo lo actuado, por la sencilla razón de que si no es competente para adelantar el proceso, mucho menos tiene atribución para dictar cualquier decisión en torno al mismo.

Solo el juez que recepciona el proceso y está de acuerdo con la decisión del que remite, puede declarar la nulidad de todo lo actuado. Esta es la posición del Consejo de Estado, quién expresa sobre el particular lo siguiente:

En lo que toca específicamente con la decisión de declarar la nulidad de todo lo actuado, que en rigor sí admite apelación (CCA, art. 181, núm. 6°), estima la sala que la misma no debió ser adoptada por

³⁵⁰ Este es el evento de la incompetencia en la doble instancia, lo que puede ocurrir por problemas en la cuantía o en la naturaleza del asunto.

el tribunal a quo, pues resulta claramente inoportuna, ya que no se descarta la posibilidad de que el juez a quien se envía el asunto para su conocimiento no comparta los fundamentos de esa decisión y a su vez remita el expediente al Consejo Superior de la Judicatura, entidad que, en teoría, puede decidir que el asunto debe resolverlo quien inicialmente venía conociéndolo, caso en el cual la declaratoria de nulidad perdería todo sentido.

Lo anterior evidencia que la decisión sobre eventuales nulidades, por razón de un conflicto como el dilucidado, solo puede ser adoptada por el juez o tribunal en quien quede radicado, en definitiva, el conocimiento del asunto³⁵¹.

Ahora bien, es menester advertir que si hay un cambio de legislación o de posición jurisprudencial en torno a la competencia por jurisdicción o funcional, tal decisión debe regir hacia el futuro y no puede afectar procesos que se estén adelantando, en caso contrario se atentaría contra la seguridad jurídica y el acceso efectivo de la administración de justicia, pues el principio de decisión oportuna se iría al traste.

Por otro lado cabe resaltar que cuando se presentan vías de hecho por defecto procedimental, es decir, cuando el Juez ignora completamente el procedimiento establecido, cuando escoge arbitrariamente las normas procesales aplicables o cuando hace caso omiso de los principios mínimos del debido proceso, la inactividad de las partes no sana tales vías de hecho³⁵².

Adentrándonos ahora al tópico de los incidentes es importante advertir que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo trae un listado taxativo de los casos que se pueden ventilar por incidente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Esto implica afirmar que en esta temática no se puede acudir al Código de Procedimiento Civil o al Código General del Proceso, según el caso, porque no hay vacío, en otras palabras, aunque en la codificación anotada existan otros eventos que puedan ventilarse a través de incidente que no estén contemplados en la nueva normativa contencioso administrativa, no le es dable al intérprete integrar el articulado, toda vez que la normas especiales en este evento regulan íntegramente la materia³⁵³. Así las cosas, el artículo 209 del CPA señala que solo se tramitarán como incidente los siguientes asuntos:

³⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de 17 de abril de 2008. Expediente 2003-00295. Consejero Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de junio de 2008, páginas 953 y 954.

³⁵² Corte Constitucional, Sentencia T-1039 de octubre 23 de 2008, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

³⁵³ Por ejemplo: el artículo 92 del Código General del Proceso contempla un incidente para la regulación de perjuicios en caso de retiro de la demanda cuando medie una medida cautelar, asunto que no operaría en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

- Las nulidades del proceso (Numeral 1° del artículo 209 del CPA).
- La tacha de falsedad de documentos en el proceso ejecutivo sin formulación de excepciones y las demás situaciones previstas en el Código de Procedimiento Civil para ese proceso, hoy Código General del Proceso (Numeral 2° del artículo 209 del CPA).
- La regulación de honorarios de abogado, del apoderado o sustituto al que se le revocó el poder o la sustitución (Numeral 3° del artículo 209 del CPA).
- La liquidación de condenas en abstracto (Numeral 4° del artículo 209 del CPA).
- La adición de la sentencia en concreto cuando entre la fecha definitiva y la entrega de los bienes se hayan causado frutos o perjuicios reconocidos en la sentencia, en los términos del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil. (Numeral 5° del artículo 209 del CPA).
- La liquidación o fijación del valor de las mejoras en caso de reconocimiento del derecho de retención. (Numeral 6° del artículo 209 del CPA).
- La oposición a la restitución del bien por el tercero poseedor (Numeral 7° del artículo 209 del CPA).
- Los consagrados en el capítulo de medidas cautelares en el CPA (Numeral 8° del artículo 209 del CPA).
- Los incidentes previstos en normas especiales que establezcan procesos que conozca la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Numeral 9° del artículo 209 del CPA).

El artículo 210 del CPA regula la oportunidad, trámite y efecto de los incidentes y de otras cuestiones accesorias en los siguientes términos:

- El incidente deberá proponerse verbalmente o por escrito durante las audiencias o una vez dictada la sentencia, según el caso, con base en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación, y no se admitirá luego incidente similar, a menos que se trate de hechos ocurridos con posterioridad (Inciso primero del artículo 210 del CPA).
- La solicitud y trámite se someterá a las siguientes reglas:
 1. Quien promueva un incidente deberá expresar lo que pide, los hechos en que se funda y las pruebas que pretenda hacer valer (Numeral primero del artículo 210 del CPA).
 2. De incidente promovido por una parte en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra para que se pronuncie y en seguida se decretarán y practicarán las pruebas en caso de ser necesarias (Numeral segundo del artículo 210 del CPA).
 3. Los incidentes no suspenderán el curso del proceso y serán resueltos en la audiencia siguiente a su formulación, salvo que propuestos en

audiencia sea posible su decisión en la misma (Numeral tercero del artículo 210 del CPA).

4. Cuando los incidentes sean de aquellos que se promueven después de proferida la sentencia o de la providencia con la cual se termine el proceso, el juez los resolverá previa la práctica de las pruebas que estime necesarias. En estos casos podrá citar a una audiencia especial para resolverlos, si lo considera procedente (Numeral cuarto del artículo 210 del CPA).

 - Cuando la cuestión accesoria planteada no deba tramitarse como incidente, el juez la decidirá de plano, a menos que el Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, establezca un procedimiento especial o que hubiere hechos que probar, caso en el cual a la petición se acompañará prueba siquiera sumaria de ellos, sin perjuicio de que el juez pueda ordenar la práctica de pruebas (último inciso del artículo 210 del CPA).

C. La acumulación de pretensiones y procesos

En el antiguo código era procedente bajo los parámetros del código de procedimiento civil (art. 145 CCA, en concordancia con los artículos 82 y 157 del C. de P.C.). Es decir, para que en una misma demanda se puedan acumular pretensiones de varios accionantes o contra varios demandados, es preciso que se persiga el mismo objeto, exista dependencia probatoria e identidad de causa. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula este asunto en el artículo 165, en donde es preciso en consagrar que en la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

- Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución (Numeral 1º del artículo 165 del CPA). En este último caso opera el fuero de atracción como una manifestación del factor de conexión.
- Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias (Numeral 2º del artículo 165 del CPA).
- Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas (Numeral 3º del artículo 165 del CPA).
- Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento (Numeral 4º del artículo 165 del CPA).

Se advierte que sobre este punto se analizará más en detalle cuando abordemos el contenido de la demanda.

D. La demanda de reconvención

En lo atinente al antiguo código es procedente en las acciones de reparación directa y contractuales, bajo las indicaciones del artículo 145 del CCA³⁵⁴ Un ejemplo clásico de demanda de reconvención en materia contractual es el caso donde la parte demandante solicita la rebaja del monto indemnizatorio reconocido en una cláusula penal por qué no se ejecutó la totalidad de la prestación pactada y, a su turno, el demandado considera que es insuficiente dicho reconocimiento y *a contrario sensu*, solicita se reconozca más allá de lo dispuesto en tal cláusula. Veamos como describe el Consejo de Estado este asunto en particular:

Ahora bien, alega la entidad pública que el incumplimiento hizo que tuviera que adelantar otro proceso de selección para reemplazar al contratista sancionado, lo cual refleja los severos perjuicios que le trajo el comportamiento del actor. La Sala, no desconoce que teóricamente esto puede ocurrir, sin embargo no admitirá en este caso dicho análisis, por varias razones: i) porque se requiere prueba de todo esto, lo cual no obra en el proceso; ii) porque aquellos eventos en los cuales la cláusula penal no sea suficiente para cubrir los perjuicios causados, es necesario reclamarlos ante el juez, lo cual tampoco hizo la parte demandada.

En otras palabras, este no es el momento para justificar el derecho a cobrar una cifra superior a la que proporcionalmente corresponde al nivel de ejecución por parte del contratista incumplido, pues para ello debió iniciar un proceso o demandar en reconvención, lo cual no se hizo.³⁵⁵

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula esta figura en el artículo 177 y no lo limita a ninguna acción en particular, lo que significa un gran avance para el acceso efectivo de la administración de justicia. Señala la disposición anotada que dentro del término de traslado de la admisión de la demanda o de su reforma, el demandado podrá proponer la de reconvención contra uno o varios de los demandantes, siempre que sea de competencia del mismo

³⁵⁴ Para el Tratadista Carlos Betancur Jaramillo, la reconvención no es procedente frente a demandas de actos administrativos, salvo si se trata de una controversia contractual donde se debata la legalidad de actos administrativos expedidos durante la ejecución del contrato, así: “En otras palabras, en las controversias contractuales, aún en las que versan sobre actos contractuales, el pleito podrá girar no solo en torno a lo decidido en estos, sino sobre otros aspectos derivados de la relación negocial misma, como serían los atinentes a su cumplimiento o incumplimiento, a su validez o a la responsabilidad de las partes en el desarrollo del contrato.” (Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Quinta Edición, página 252).

³⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Radicación 17009. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2009, páginas 69 a 91.

juez y no esté sometida a trámite especial. Sin embargo, se podrá reconvenir sin consideración a la cuantía y al factor territorial (Inciso primero del artículo 177 del CPA).

Vencido el término del traslado de la demanda inicial a todos los demandados, se correrá traslado de la admisión de la demanda de reconvencción al demandante por el mismo término de la inicial, mediante notificación por estado (Inciso segundo del artículo 177 del CPA).

En lo sucesivo ambas demandas se sustanciarán conjuntamente y se decidirán en la misma sentencia (Último inciso del artículo 177 del CPA).

E. El régimen probatorio

Se regula por lo contemplado en el código de procedimiento civil o Código General del Proceso, según el caso, salvo de que se trate de regulación especial consagrada en el Código Contencioso Administrativo (Artículo 211 del CPA).

F. Las excepciones previas y de fondo o de mérito ³⁵⁶

En vigencia del antiguo Código Contencioso Administrativo, en el proceso contencioso administrativo no había traslado de excepciones y sobre las mismas la parte demandante tenía oportunidad de pronunciarse en su escrito de alegatos.³⁵⁷

Por otro lado, aunque en el contencioso administrativo no operaban las excepciones previas, tal como se señaló en el párrafo anterior, era viable esgrimir las mismas a través del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, impugnación que se

³⁵⁶ La doctrina las define de la siguiente manera: “*El demandado puede asumir una serie de conductas que van desde el silencio frente a las pretensiones, la negación de los hechos o de las consecuencias jurídicas que le atribuye el actor, hasta la formulación de las denominadas excepciones, entendidas las de mérito, perentorias o de fondo como todo hecho nuevo que produce efectos extintivos, impeditivos o modificativos que se oponen a la prosperidad de la pretensión y las previas como aquellas que buscan controlar la validez del proceso o la idoneidad de la pretensión en los inicios del proceso.*” RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio, Unidad 7, Las Excepciones, página 242, Juez Director del Proceso Contencioso Administrativo, Primera Parte, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, en proceso de publicación. Obsérvese que de acuerdo a la definición anterior, un argumento defensivo tendiente a enervar las pretensiones que no sea fundado en un hecho nuevo, no es una excepción sino una refutación a un hecho que se esgrime en la demanda. Por ejemplo, si se argumenta que no es verdad lo que se dice en la demanda en el sentido de que el actor lleva 100 semanas cotizadas, en un pleito por el reconocimiento de una pensión.

³⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2003, expediente 0919 de 2003, Consejero Ponente: Arciniegas Andrade. Esta posición ha sido ratificada por el Consejo de Estado en los siguientes pronunciamientos: Sección Tercera, auto número: 25000232600020020179001 (25808) de febrero 13 de 2006, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Sección Primera, Sentencia 25000232700020000092101 de abril 2 de 2009, Consejera Ponente: Martha Sofía Sanz, entre otros.

permitía según lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 143 del CCA, modificado por el Decreto 2304 de 1989 artículo 26 y modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 45, lo que en la práctica hacía que operaran tales excepciones en el contencioso administrativo.

Aunado a lo anterior, es importante señalar que si las excepciones no se proponían en el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, sino en el escrito de contestación de la demanda, en la práctica, en el término de alegatos se surtía el traslado de las mismas y en el mismo se podían pedir pruebas que las desvirtuaran, en cuyo caso el Juez las debía practicar de oficio antes de fallar.

Ahora bien, este tópico se modifica sustancialmente en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En efecto, el párrafo 2° del artículo 175 del CPA señala que cuando se formulen excepciones se correrá traslado de las mismas por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene, por el término de tres (3) días. Obviamente durante este traslado se podrá solicitar la práctica de pruebas para desvirtuarlas y las mismas se practicarán de manera conjunta con las demás pruebas solicitadas oportunamente. Así mismo será el momento procesal para pronunciarse sobre la viabilidad de las excepciones formuladas. Por otro lado, sobre las excepciones previas el Juez decidirá en la audiencia inicial (Numeral 6° del artículo 180 del CPA).

G. Medida cautelares

En el contencioso administrativo la medida cautelar por excelencia es la suspensión provisional, sin embargo, esta figura no descarta otras medidas cautelares al interior de los procesos que se adelantan ante la jurisdicción especial. Este es el caso por ejemplo de la procedencia de embargos en contra de particulares que ejercen funciones administrativas o de servidores públicos. Obviamente estos eventos se dan cuando se ejerza la acción de repetición o se demanda ejecutivamente a la entidad pública y al servidor público o al particular simultáneamente. Cabe precisar que en procesos ordinarios no cabe el embargo si se aplica el CCA, sin embargo, bajo la égida de la nueva codificación es posible, tal como lo precisaremos más adelante.

Por otro lado, también consideramos que es viable la inscripción de la demanda, en aquellos eventos donde el acto administrativo acusado afecte el derecho de propiedad de una cosa inmueble o mueble sujeta a registro, tal como lo acepta la doctrina en los siguientes términos: “Entendemos que la anotación de la demanda procederá en todos aquellos supuestos en que la administración expida un acto del cual dimanase la adquisición de bienes sujetos a registro y del que surja también la posibilidad de que dichos bienes sean adjudicados

o enajenados, y en el cual no se podrá enervar la buena fe registral de los potenciales adquirentes”.³⁵⁸

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo convierte a la jurisdicción contencioso administrativa en una jurisdicción esencialmente cautelar. Con base en la nueva normativa se buscan soluciones inmediatas para los ciudadanos frente a las entidades públicas, por tanto, el abogado litigante no busca únicamente un fallo de fondo, sino que pretende, por regla general, que se decrete una medida cautelar, conforme lo contemplan los artículos 229 y siguientes del CPA. Por tanto, las medidas pueden ser nominadas (la suspensión provisional) e innominadas (preventivas o conservativas), pues el Juez ya no está sometido a reglas rígidas en esta materia. Así las cosas, para poder decretar la medida cautelar pertinente es menester que se reúnan unos requisitos (Artículo 231 del CPA):

a. Que la mora atente contra la tutela judicial efectiva: Por ejemplo, es evidente que una persona de la tercera edad que está solicitando el reconocimiento de su status pensional y su consecuente pago de las mesadas pertinentes, no puede esperar un trámite tedioso y eterno de un proceso judicial ordinario, por ende, el Juez puede acceder a un reconocimiento cautelar de la mesada mientras se profiere sentencia.

b. Que se perciba el buen derecho del demandante: Por ejemplo: que el juez observe que en principio el anciano cumple con el tiempo de servicios y la edad, es decir, el Juez, al momento de decretar la medida cautelar correspondiente, se preocupa por obtener la apariencia del derecho más no por auscultar la titularidad del mismo. Por tanto, el esfuerzo probatorio de quien pide la medida cautelar debe ser significativo, en caso contrario, la falta de este requisito podría llevar al traste la decisión precautelativa.

c. Nexos entre la medida y las pretensiones: En todo caso hay que respetar la congruencia y, por ende, no se puede conceder más allá de lo pedido ni por fuera de lo pedido, por ejemplo: si se reconoce una indemnización anticipada, la misma no puede superar el monto contenido en las pretensiones de la demanda (Inciso primero del artículo 230 del CPA).

d. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho: Numeral 1º del artículo 231 del CPA

e. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados: Numeral 2º del artículo 231 del CPA

³⁵⁸ CAMPO CABAL, José Manuel, Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo, Editorial Temis, 1989, página 232.

f. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla: Numeral 3° del artículo 231 del CPA

g. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones (Numeral 4° del artículo 231 del CPA):

- Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
- Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

h. Caución: El solicitante deberá prestar caución con el fin de garantizar los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida cautelar. El Juez o Magistrado Ponente determinará la modalidad, cuantía y demás condiciones de la caución, para lo cual podrá ofrecer alternativas al solicitante (Inciso primero del artículo 232 del CPA).

La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar; la que acepte o rechace la caución prestada no será apelable (Inciso segundo del artículo 232 del CPA).

No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública (Inciso tercero del artículo 232 del CPA).

Así las cosas, veamos algunas reglas que deben ser tenidas en cuenta en relación con el decreto de medidas cautelares:

1. Procedencia de medidas cautelares: En todos los procesos declarativos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el Capítulo XI del Título V de la parte segunda del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Inciso primero del artículo 229 del CPA).

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento (Último inciso del artículo 229 del CPA).

Las medidas cautelares en los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos y en los procesos de tutela del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se registrarán por lo dispuesto en el Capítulo XI del Título V de la parte segunda del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y podrán ser decretadas de oficio (Parágrafo del artículo 229 del CPA).

2. Contenido y alcance de las medidas cautelares: Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas (Inciso primero del artículo 230 del CPA):

a. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca el estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible (numeral primero del artículo 230 del CPA).

b. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida (Numeral 2° del artículo 230 del CPA).

c. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (Numeral 3° del artículo 230 del CPA).

d. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos (Numeral 4° del artículo 230 del CPA).

e. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer (Numeral 5° del artículo 230 del CPA).

f. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente.

3. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares: La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso (Inciso primero del artículo 233 del CPA).

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda (Inciso segundo del artículo 233 del CPA).

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil (Inciso tercero del artículo 233 del CPA).

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada (Inciso cuarto del artículo 233 del CPA).

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia (Inciso quinto del artículo 233 del CPA).

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso (Último inciso del artículo 233 del CPA).

4. Medidas cautelares de urgencia: Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo 233 del CPA. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar (Inciso primero del artículo 234 del CPA).

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta (Inciso segundo del artículo 234 del CPA). Ahora bien, es criticable la exigencia de la caución,

dado que el auto que fije la caución es susceptible de apelación (art. 232, inc. 2º del CPA), lo cual impide el cumplimiento de la cautela urgente.

5. Levantamiento, modificación y revocatoria de la medida cautelar:

El demandado o el afectado con la medida podrá solicitar el levantamiento de la medida cautelar prestando caución a satisfacción del Juez o Magistrado Ponente en los casos en que ello sea compatible con la naturaleza de la medida, para garantizar la reparación de los daños y perjuicios que se llegaren a causar (Inciso primero del artículo 235 del CPA).

La medida cautelar también podrá ser modificada o revocada en cualquier estado del proceso, de oficio o a petición de parte, cuando el Juez o Magistrado advierta que no se cumplieron los requisitos para su otorgamiento o que estos ya no se presentan o fueron superados, o que es necesario variarla para que se cumpla, según el caso; en estos eventos no se requerirá la caución de que trata el primer inciso del artículo 235 del CPA (Inciso segundo del artículo 235 del CPA).

La parte a favor de quien se otorga una medida está obligada a informar, dentro de los tres (3) días siguientes a su conocimiento, todo cambio sustancial que se produzca en las circunstancias que permitieron su decreto y que pueda dar lugar a su modificación o revocatoria. La omisión del cumplimiento de este deber, cuando la otra parte hubiere estado en imposibilidad de conocer dicha modificación, será sancionada con las multas o demás medidas que de acuerdo con las normas vigentes puede imponer el juez en ejercicio de sus poderes correccionales (Último inciso del artículo 235 del CPA).

6. Recursos: El auto que decreta una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días (Inciso primero del artículo 236 del CPA).

Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno (Inciso segundo del artículo 236 del CPA).

7. Responsabilidad: Salvo los casos de suspensión provisional de actos administrativos de carácter general, cuando la medida cautelar sea revocada en el curso del proceso por considerar que su decreto era improcedente o cuando la sentencia sea desestimatoria, el solicitante responderá patrimonialmente por los perjuicios que se hayan causado, los cuales se liquidarán mediante incidente promovido dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la providencia (Inciso primero del artículo 240 del CPA).

Las providencias que resuelvan el incidente de responsabilidad de que trata este artículo serán susceptibles del recurso de apelación o de súplica, según el caso (Inciso segundo del artículo 240 del CPA).

9. Sanciones: El incumplimiento de una medida cautelar dará lugar a la apertura de un incidente de desacato como consecuencia del cual se podrán imponer multas sucesivas por cada día de retardo en el cumplimiento hasta por el monto de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cargo del renuente, sin que sobrepase cincuenta (50) salarios mínimos mensuales legales vigentes (Inciso primero del artículo 241 del CPA).

La sanción será impuesta al representante legal de la entidad o director de la entidad pública o al particular responsable del cumplimiento de la medida cautelar por la misma autoridad judicial que profirió la orden, mediante trámite incidental y será susceptible de los recursos de apelación en los procesos de doble instancia y de súplica en los de única instancia, los cuales se decidirán en el término de cinco (5) días (Inciso segundo del artículo 241 del CPA).

El incumplimiento de los términos para decidir sobre una medida cautelar constituye falta grave (Inciso tercero del artículo 241 del CPA).

CAPÍTULO III. LA ACCIÓN DE NULIDAD DE CARTAS DE NATURALEZA Y LA ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD

Introducción.

I. Definición y características

Antes de adentrarnos en el tema de las acciones en el Contencioso Administrativo, es imprescindible precisar el concepto moderno de acción procesal e identificar las características del mismo, con el propósito de dimensionar la naturaleza jurídica de esta trascendental figura, como garante del derecho efectivo de acceso a la administración de justicia contencioso administrativa (Artículo 229 de la Constitución Política).

El profesor Jean Carlo Mejía Azuero define de forma acertada la acción procesal como “el derecho fundamental que tiene todo sujeto de derecho a presentar, de forma respetuosa, sus pretensiones en interés particular o general ante la jurisdicción y obtener sin dilaciones una resolución, sin que importe en realidad el sentido de la misma.”³⁵⁹ A su turno, el profesor Hernando Devis Echandía la define de la siguiente manera: “[...] el derecho público, cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado a un caso concreto mediante una sentencia [...]”³⁶⁰

De las anteriores definiciones se extraen las siguientes características:

a. La acción procesal es una especie del derecho fundamental de petición: Al observar la definición anterior inferimos todos los elementos del derecho de petición estudiado en la primera parte de esta obra, lo cual lo encontramos acorde con nuestro ordenamiento jurídico, habida cuenta que quienes integran la jurisdicción también son autoridades públicas obligadas a resolver prontamente los requerimientos de los usuarios de la justicia. El derecho de petición no solo se circunscribe a las autoridades administrativas.³⁶¹ Aunado a lo anterior, la jurisprudencia ha entendido el derecho de acción como un derecho subjetivo público, lo cual lo diferencia ostensiblemente de un mecanismo meramente procesal o adjetivo.³⁶²

³⁵⁹ Revista Jurídica Derechos y Valores de la Universidad Militar “Nueva Granada”, Volumen VI, No 12, diciembre de 2003, ensayo: Acción Procesal, un concepto que necesita evolucionar, páginas 56 y 57.

³⁶⁰ Compendio de Derecho Procesal. 10 ed. Bogotá: ABC, 1985. v.1.

³⁶¹ Couture citado por Mejía Azuero, señala: “la acción civil, no difiere en su esencia, del derecho de petición ante la autoridad. Éste es el genero, aquella la especie”. (Revista Jurídica Derechos y Valores de la Universidad Militar “Nueva Granada”, Volumen VI, No 12, diciembre de 2003, ensayo: Acción Procesal, un concepto que necesita evolucionar, página 77.)

³⁶² “El derecho de acción es un derecho subjetivo público, en tanto faculta a la persona para acudir a la jurisdicción, a fin de buscar la satisfacción de los intereses amparados por el derecho”. Consejo de Estado,

b. La acción, al igual que su genero la petición, es un derecho del cual puede hacer uso toda persona natural o jurídica³⁶³, quién será el sujeto activo de la misma.

Obviamente los incapaces deberán actuar a través de su representante legal. El sujeto pasivo es la Nación -Rama Judicial-, en cabeza de sus servidores públicos, para nuestro caso la jurisdicción contencioso-administrativa. Es pertinente anotar que el sujeto pasivo no es la parte demandada, toda vez que la misma también hace uso del derecho de acción, cuando ejerce la facultad de contradicción.³⁶⁴

c. Al compartir la acción la misma naturaleza del derecho de petición, de igual manera comparte su núcleo esencial “la pronta resolución”, compuesto por sus tres componentes: respuesta de fondo, sin dilación injustificada y conocimiento efectivo de la respuesta por parte del peticionario.

Ahora bien, estos componentes deben traerse al derecho de acción *mutatis mutandi*, dada la naturaleza rogada de la jurisdicción contencioso administrativa³⁶⁵, toda vez que por culpa de la parte demandante se podría dar una sentencia inhibitoria por no probar legitimación en la causa (para quienes consideran que es un requisito para emitir sentencia de fondo) o se daría la imposibilidad de cumplir con los términos del artículo 124 del CPC³⁶⁶ por la congestión judicial, que es un problema presupuestal, de administración del aparato judicial, de errores en la dirección del proceso por parte de los funcionarios judiciales y de conductas dilatorias asumidas por las partes involucradas en el litigio.

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de mayo de 2004, Radicación 24.371, Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, Publicado en revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2004, páginas 1229 y siguientes.

³⁶³ Por mandato constitucional solo las personas naturales o jurídicas pueden ejercer el derecho de petición (art. 23 C.P.) y, por otro lado, en materia contencioso administrativa solo las personas naturales o jurídicas pueden accionar, tal como el Consejo de Estado lo ha advertido frente a figuras jurídicas que carecen de personalidad jurídica como los consorcios. (Ver por ejemplo: 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, publicada en revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2004, páginas 1401 y ss.).

³⁶⁴ “Ahora el demandado también tiene derecho de acción, cuando hace uso de la contradicción; un caso concreto sería la demanda de reconvencción, en cuyo caso se estaría haciendo uso del derecho de petición, por parte del sujeto otrora pasivo de la relación jurídico procesal”. (Revista Jurídica Derechos y Valores de la Universidad Militar “Nueva Granada”, Volumen VI, No 12, diciembre de 2003, ensayo: Acción Procesal, un concepto que necesita evolucionar, página 78.)

³⁶⁵ Recordemos que el artículo 103 del CPA advierte que quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, está en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias pertinentes.

³⁶⁶ El artículo 124 del código de procedimiento civil, modificado por el decreto 2282 de 1989, dejado incólume por la ley 794 de 2003, sostiene en su primer inciso: “los jueces deberán dictar sus autos de sustanciación en el término de tres días, los interlocutorios en el de diez, y las sentencias en cuarenta días, contados todos desde que el expediente pase al despacho para tal fin”.

A pesar de lo últimamente anotado, consideramos que los jueces están obligados a dictar autos interlocutorios de notifíquese antes de que incurran en mora, mediante los cuales se les dé a conocer a las partes intervinientes dentro del proceso, la justificación de la mora para dictar sus pronunciamientos y, además, donde señalen fechas precisas para emitir tales decisiones de conformidad a la planeación y funcionamiento del despacho judicial. En caso de que se presente la mora y no se hayan dictado tales autos, o no se cumpla con las fechas estipuladas dentro de los mismos, se estaría vulnerando el derecho fundamental de acción, habida cuenta que el accionante tiene derecho a enterarse de la suerte que corra el proceso y de la resolución del mismo sin dilaciones injustificadas³⁶⁷. Ahora bien, para justificar la mora siempre debe mediar petición de parte que la solicite y, por otro lado, el trámite se puede prorrogar indefinidamente mientras haya justificación.

Así mismo, cabe resaltar la figura del desistimiento tácito consagrada en el artículo 178 del CPA, la cual constituye una herramienta valiosísima para el operador judicial con el objeto de evitar la paralización del proceso ante el incumplimiento de una carga procesal.

d. Como corolario de lo explicado en el literal anterior, es también núcleo esencial del derecho de acción la respuesta de fondo, es decir, para el caso que nos ocupa, la imposibilidad por regla general, de que se emitan sentencias inhibitorias. Por tanto, en este punto se deslinda con claridad la acción del derecho sustancial que se persigue con la interposición de la misma, toda vez que es inherente del derecho de acción, que se profiera dentro del término legal una sentencia de fondo, no importando el sentido de la misma (favorable o desfavorable a las pretensiones)³⁶⁸. La interposición de la acción no implica sentencia favorable a las pretensiones.

e. La acción es solo una y no puede clasificarse ni deslindarse porque perdería su naturaleza. Es decir, por ejemplo: no hay acciones reales o acciones procesales, ni tampoco acciones de conformidad a la naturaleza de los procesos que se inician o a las pretensiones que se incoan³⁶⁹. La acción adquiere diferentes denominaciones

³⁶⁷ En las actuaciones administrativas es obligación de los servidores públicos enterar motivadamente al peticionario de la imposibilidad de resolver en término y de la fecha exacta en que resolverán ante tal situación. (Inciso primero del artículo 6° del CCA).

³⁶⁸ “El objeto de la acción es la sentencia, sin importar que su contenido sea favorable, desfavorable o inhibitorio; el derecho de acción protege primordialmente un interés público, en otros términos, que se imparta justicia mediante la realización del derecho objetivo; el interés privado se satisface con la sentencia”. MORALES VALENCIA, Augusto, ensayo: presupuestos procesales de la acción y requisitos formales de la demanda, Juez Director del proceso Contencioso Administrativo, Módulo de Aprendizaje Autodirigido, Sala Administrativa –Consejo Superior de la Judicatura–, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, página 188. En proceso de publicación.

³⁶⁹[...] nuestros códigos, doctrina y jurisprudencia se hallan irrigados por errores imperdonables, que se

por la naturaleza de los procesos que se inician en virtud de la misma, es por esto que puede llamarse acción de reparación directa, acción contractual, etc., pero seguirá siendo sustancialmente una figura jurídica individual e inescindible en clases o tipos. Por eso, fenómenos como la indebida acumulación de acciones son un exabrupto jurídico, habida cuenta que lo que se presenta en realidad es una indebida acumulación de pretensiones, fenómeno procesal que si está regulado por nuestro ordenamiento jurídico (Artículo 82 del Código de Procedimiento Civil), aunado a que, se reitera, la acción procesal es una sola y no puede acumularse con otras “acciones”, porque esas otras “acciones” no existen.

Aún más, no hay presupuestos de la acción, es decir, la acción no está sujeta a requisito alguno, toda vez que el derecho de acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión³⁷⁰, sin que implique per sé el nacimiento del proceso. Los presupuestos procesales se predicen para adelantar proceso válido que culmine con sentencia de fondo que materialice el núcleo esencial del derecho de acción, nada más.

Por otro lado, cuando se presenta la indebida escogencia de la acción, no es porque existan varias acciones, sino porque los hechos planteados en la demanda riñen con las pretensiones plasmadas en la misma, lo que impide adelantar un proceso válido que culmine con sentencia de fondo, habida cuenta que el trámite o procedimiento judicial escogido no es el adecuado. Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo imposibilitó la inadmisión o rechazo de la demanda por indebida escogencia de la acción, obligando al Juez adecuar la misma al procedimiento pertinente. Tal sería el caso de una demanda que pretenda el reconocimiento de una suma de dinero que conste en un título ejecutivo y, sin embargo, el accionante incoe la misma a través del ejercicio propio de pretensiones que comulguen con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso el Juez no deberá admitir simplemente la demanda bajo la denominación propuesta por el actor, sino, librar mandamiento de pago, siempre y cuando se reúnan los requisitos para adelantar un proceso ejecutivo. Veamos lo que expone el inciso primero del artículo 171 del CPA: “El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales y le dará el trámite que le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada [...]”.

sostienen aún en las disposiciones más modernas. Por ello resulta fundamental crear una nueva cultura y hablar de la pretensión de tutela, del proceso reivindicatorio o de la demanda ejecutiva”. (Revista Jurídica Derechos y Valores de la Universidad Militar “Nueva Granada”, Volumen VI, No 12, diciembre de 2003, ensayo: Acción Procesal, un concepto que necesita evolucionar, página 80.)

³⁷⁰ Eduardo J. Couture, Fundamentos del derecho procesal civil, reimpresión inalterada, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1974, p.57.

Ahora, es importante acotar que este deber lo debe realizar el Juez siempre en beneficio del demandante y, obviamente, cuando concurren los requisitos para adelantar un proceso válido que culmine con sentencia de fondo. Es decir, es preferible que el Juez inadmita la demanda cuando considera que el actor equivocó el procedimiento para que la adecue, antes que adecuarlo de oficio y como consecuencia dar por terminado el proceso de manera anticipada, como sería el caso de abstenerse de librar mandamiento de pago porque el título ejecutivo no reunía los requisitos para ser considerado como tal. Por otro lado, tampoco podrá el Juez adecuar el proceso si ya operó la caducidad de la acción, como sería el evento de convertir una acción de reparación directa en nulidad y restablecimiento del derecho, a pesar de que ya transcurrieron los 4 meses para demandar el acto administrativo. En este último caso el Juez debe rechazar la demanda.

En fin, plantear en este momento la infinidad de situaciones que se presentan en torno al no entendimiento preciso del concepto de acción y su imposibilidad de clasificarlo o deslindarlo, es un asunto más de la teoría general del proceso que de procesal contencioso administrativo, por tanto no es objeto de nuestro estudio.

En armonía con lo expuesto líneas atrás, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adoptó el criterio de cambiar la denominación de acción a pretensión, lo cual está de acuerdo con la dogmática expuesta. Sin embargo, para cada una de las pretensiones estableció requisitos sustanciales y temporales que en la práctica acabaron con la utilidad que dicha modificación podía desarrollar. En efecto, la idea de una sola acción es unificar los requisitos para ejercerla, sin importar el tipo de pretensiones que se incoen, en aras de hacer efectivo el acceso a la administración de justicia. Por ejemplo: un único derecho de petición ante la administración de obligatorio ejercicio y una única demanda de nulidad y restablecimiento del derecho y reparación del daño, si a ello hay lugar, sin importar si se trata de un asunto contractual, extracontractual, laboral, tributario, etc. Sin embargo, la nueva normativa crea la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho con sus propios requisitos, la de reparación directa en las mismas condiciones y otro tanto hace con la contractual, lo cual implica de nuevo rechazos de demandas por indebida acumulación de pretensiones, entre otras consecuencias formalistas que solo le dan prevalencia al derecho procesal sobre el sustancial.

f. El Derecho de acción puede ser protegido mediante la acción de tutela, por ser un derecho fundamental y así lo ha entendido la jurisprudencia de la Corte Constitucional ³⁷¹, toda vez que su protección conlleva ni más ni menos, que el acceso efectivo a la administración de justicia (art. 229 CP).

³⁷¹ Corte Constitucional, Sala de revisión No 5 Sentencia T-173 del 4 de mayo de 1993, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo

g. Sin embargo, a pesar de lo expresado en los literales anteriores, la acción de litigar no debe ser tratada de la misma manera que el derecho de petición que se ejerce ante la administración pública, toda vez que la primera se rige por una normativa especial como lo es la que regula la actividad procesal ante las autoridades judiciales (art. 39 del CCA).

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 tienen un trámite en el que prevalecen las reglas del proceso.³⁷²

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

³⁷² Ref. T-256.199, Acción de Tutela instaurada por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. contra el juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero, 3 de abril de 2000.

una certificación, sino con el correspondiente sello del despacho, toda vez que la presentación de un memorial es un hecho que consta por escrito.

2. Caducidad:

La acción puede ser interpuesta en cualquier tiempo o puede estar sometida a un plazo para su ejercicio, cuyo cumplimiento del mismo sin interposición de la demanda respectiva, provoca el fenecimiento del derecho a accionar. A este plazo se le denomina caducidad de la acción, tal como lo explica la Corte Constitucional en los siguientes términos: “Siempre se ha expresado que la caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlo”.³⁷³

La razón de ser de la caducidad de la acción es la certeza de los derechos y la seguridad jurídica, habida cuenta que se torna en un lapso improrrogable cuyo cumplimiento genera una consolidación de las situaciones jurídicas que en un momento dado pudieron llevarse a discusión ante la jurisdicción contencioso administrativa, con la consecuente inestabilidad que tal conflicto judicial generaría en los derechos derivados de las mencionadas situaciones.

La caducidad comparte la misma naturaleza del derecho fundamental de la acción y, por ende, no puede ser confundida con un simple término procesal o de trámite o con un presupuesto o requisito de la acción, toda vez que es de su esencia, a tal punto que cuando opera la caducidad, la acción no existe y como corolario no se puede adelantar proceso válido. Esto lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Conforme a lo expuesto, y en la medida en que el derecho de acción resulta directamente afectado por las normas sobre caducidad, es posible concluir que estas no son de carácter procesal o, mejor, que no se trata de disposiciones relativas a la sustanciación y ritualidad de los juicios. En efecto, la caducidad determina de modo necesario el derecho de acción, al punto que constituye uno de los elementos esenciales del mismo; si la caducidad ha operado, el derecho no existe”.³⁷⁴

Ahora bien, la caducidad de la acción no se puede equiparar con la prescripción extintiva del derecho sustancial³⁷⁵. En reciente jurisprudencia³⁷⁶, el Consejo de

³⁷³ Corte Constitucional, sentencia C-115 de 1998.

³⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 27 de mayo de 2004, radicación 24.371, Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Revista jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2004, páginas 1229 y ss.

³⁷⁵ Por ejemplo la prescripción trienal en laboral administrativa regulada en el artículo 42 del Decreto ley 3135 de 1968.

³⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 27 de mayo de 2004, radicación 24.371, Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sin embargo este es un asunto

Estado señaló con claridad las diferencias entre estas dos figura jurídicas, las cuales encontramos importante traer a colación antes de abordar el tema de las acciones contencioso administrativas, veamos:

- a. La caducidad se refiere a la extinción de la acción mientras que la prescripción a la del derecho.
- b. La prescripción debe ser alegada mientras que la caducidad opera ipso jure.
- c. La prescripción es renunciable, mientras que la caducidad no lo es.
- d. Mientras que los términos de prescripción pueden ser suspendidos o interrumpidos, los de caducidad no son susceptibles de suspensión, salvo las siguientes excepciones de carácter legal y jurisprudencial:
 - La conciliación extrajudicial (artículo 21 de la Ley 640 de 2001).
 - La presentación de la demanda también interrumpe el término de caducidad³⁷⁷, por tanto, la demanda siempre se deberá presentar dentro de tal término y si se retira o es rechazada, podrá intentarse nuevamente, siempre y cuando dicho lapso no haya operado (Inciso segundo del artículo 143 del CCA).
 - La tutela contra el acto administrativo que se va a demandar en sede ordinaria también interrumpe el término de caducidad, tal como lo ha aceptado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “En tales circunstancias, esta Sala considera que por efectos del trámite de la acción de tutela, el término de caducidad para interponer la acción de nulidad y restablecimiento contra la Resolución 285, se vio interrumpido hasta la sentencia de septiembre 11 de 2001, extendiéndose el tiempo de los cuatro meses de que trata el artículo 136 numeral 2° del Código Contencioso Administrativo, hasta el 11 de enero de 2002”.³⁷⁸

que no ha sido bien clarificado por la jurisprudencia, pues en otro pronunciamiento de la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo, en relación con el tema de la reliquidación de la asignación de retiro de los agentes retirados de la Policía Nacional por la prima de actualización, señaló que en estos casos se debe declarar la ocurrencia de la caducidad de la acción cuando el interesado no incoó la petición respectiva ante la entidad demandada antes o hasta el 25 de noviembre de 2001, lo que se constituye en una flagrante confusión entre el derecho de acción y la prescripción del derecho a obtener la reliquidación pensional. La providencia que se critica es de la Sección Segunda, Magistrado Ponente: Jesús María Lemus Bustamante, Expediente 1537-05 de noviembre 17 de 2005.

³⁷⁷ En procesal civil se distingue entre suspensión e interrupción del término de caducidad, en el sentido de que el primero implica iniciar nuevamente el término al paso que el segundo no. En contencioso administrativo dicha distinción es inocua porque ambas figuras tienen los mismos efectos: parar el plazo y dejar vivo solo lo que faltare.

³⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Auto de 16 de marzo de 2006. Expediente 3888-01, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2006, página 1335.

Sobre este punto es importante precisar que si la sentencia es desfavorable, el término corre conforme a las normas del Código Contencioso Administrativo dado que la suspensión del término de caducidad solo se justifica cuando hay transgresión a un derecho fundamental. Ahora, si la sentencia es favorable y otorga un término para incoar la demanda ordinaria, dicho término no se puede considerar como un nuevo lapso de caducidad, simplemente es un plazo que el Juez constitucional otorga para proteger el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia. Finalmente, cabe agregar que si la sentencia de tutela favorable en primera instancia se revoca, la suspensión del término de caducidad fenece o la concesión del término concedido para demandar en sede ordinaria pierde sus efectos, dado que el actor de tutela no tenía ningún derecho adquirido frente a dichos efectos y solo eran meras expectativas no protegibles por el ordenamiento jurídico, como consecuencia el término de caducidad opera conforme a los lineamientos generales.

- Ahora bien, si la caducidad opera por cambio jurisprudencial en materia de competencia jurisdiccional sin culpa de los interesados, lo que obliga a que estos se vean sometidos a un conflicto de competencia entre jurisdicciones, la demanda debe admitirse por prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, si inicialmente se presentó en tiempo. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En el sub lite, los demandantes presentaron en tiempo la demanda de reparación directa. Sin embargo, la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que la jurisdicción competente para conocer de los negocios contra el ISS era la ordinaria. Esta decisión llevó a que el tribunal declarara la nulidad total del proceso y por ende obligó a los demandantes a acudir a la justicia ordinaria.

Ahora bien, cuando los demandantes pretendían ejercitar su derecho ante el juez ordinario, esta corporación, por auto del 20 de febrero de 1996 cambió de nuevo su jurisprudencia y consideró que la competencia para conocer de las demandas contra el ISS estaba en cabeza de la jurisdicción especializada. Bajo estas circunstancias, mal podría decirse que la acción instaurada en el presente caso está caducada, pues además de ser una aberrante denegación de justicia, no tendría ninguna presentación que

En igual sentido: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto, mayo 10 de 1999; expediente No IJ-006, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce. Extracto transcrito por el profesor Pedro Antonio Lamprea en su obra *Anulación de los Actos de la Administración Pública*, Segunda Edición, 2004, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá D.C.-Colombia, página 190.

después de haberse presentado el libelo en tiempo y haberse admitido, ahora se les diga que ya no tienen derecho a reclamar.³⁷⁹

Por último, es necesario advertir que en materia contencioso administrativa, el fenómeno jurídico de la caducidad está regulado de manera completa, por tanto, no es dable remitirse ni aplicar las normas del Código de Procedimiento Civil que regulan la figura mencionada. Por tanto, sería inaplicable el artículo 90 del CPC, el cual señala que la omisión de notificación del auto admisorio de la demanda en determinado tiempo genera caducidad y su inoperancia solo ocurrirá cuando se efectúe tal notificación. En este sentido se ha expresado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “En consecuencia, teniendo la caducidad de la acción una regulación en el Código Contencioso Administrativo, no es de recibo acudir al Código de Procedimiento Civil, y de acuerdo con ello, dicha figura no opera en el sub lite, pues la demanda fue presentada en oportunidad”.³⁸⁰

3. Las acciones en lo Contencioso Administrativo.

Son aquellos derechos fundamentales a través de los cuales las personas naturales o jurídicas, pueden acudir de forma respetuosa ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa para que esta sin dilación injustificada alguna, emita una providencia que resuelva de fondo, si es jurídicamente posible, el asunto puesto a su consideración en forma de pretensión en interés particular o general, sin importar el sentido de la decisión.

Las acciones comunes de conformidad a las causas *petendi* que se ventilan ante la jurisdicción contenciosa, son las siguientes:

- Nulidad de Cartas de Naturaleza.
- Simple nulidad.
- Nulidad y Restablecimiento del Derecho.
- Reparación Directa.
- Contractual.
- Definición de Competencias Administrativas.
- Nulidad Por Inconstitucionalidad.

La Acción Ejecutiva derivada de un contrato estatal, de una sentencia condenatoria de naturaleza contencioso administrativa, de una conciliación judicial o extrajudicial contencioso administrativa, o cualquier otras decisión en firme

³⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ª, auto 12356, febrero 27 de 1997; C.P., Juan de Dios Montes Hernández.

³⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 23 de noviembre de 2005. Expediente 15.745. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2006, páginas 250 y 251.

proferida en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible o de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública o las copias auténticas de los actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa (Numeral 6° del artículo 104 del CPA y artículo 297 del CPA).

La Acción Electoral.

Es pertinente anotar que existen otras acciones que se tramitan ante la Jurisdicción contenciosa, esto es las acciones constitucionales (de repetición, de cumplimiento, de tutela, populares, pérdida de investidura o de grupo) u otras actuaciones judiciales como el recurso de insistencia consagrado en la Ley 57 de 1985 y en el artículo 26 del CPA

Así mismo, es necesario señalar que consideramos que bajo la égida del antiguo Código Contencioso Administrativo, las acciones ordinarias de carácter civil reguladas en el Código de Procedimiento Civil, también se pueden adelantar en sede contencioso administrativa, en virtud del criterio orgánico contemplado en el artículo 82 del CCA y teniendo en cuenta que el artículo 206 de la mencionada codificación establece que cuando un asunto carezca de trámite en el contencioso administrativo, se adelanta por la cuerda del proceso ordinario, aunado a que cuando estamos en presencia de controversias donde se encuentran involucrados bienes estatales no cabe la caducidad, conforme lo establece el parágrafo 1° del artículo 136 del CCA Como consecuencia, la jurisdicción contencioso administrativa es competente para conocer de servidumbres, reivindicaciones, pertenencias o deslindes y amojonamientos, siempre y cuando una de las partes involucradas en la controversia sea una entidad pública. En una aclaración de voto del Dr. Enrique Gil Botero, este resaltó que la *actio in rem verso* debe ser tramitada por el proceso ordinario contencioso administrativo, dado que dicha acción no posee un trámite especial en el CCA Consideramos que esta misma lógica debería ser considerada para las otras acciones civiles. Veamos lo que expuso el connotado Consejero de Estado sobre el particular:

En ese orden de ideas, independientemente al hecho de que la acción in rem verso se rija por los postulados normativos del Código Civil, inclusive en materia de términos de caducidad, esto no impide que el juez de lo contencioso administrativo pueda conocer de la misma, para definir, en cada caso concreto, si las pretensiones de desequilibrio patrimonial injustificado, en las cuales interviene

una entidad estatal –en los términos establecidos en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo- tienen o no vocación de prosperar, con la salvedad específica que el trámite correspondiente para ventilar ese tipo de pretensiones, será el contencioso ordinario establecido en los artículos 206 y s.s. del Código Contencioso Administrativo.³⁸¹

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo clarificó este asunto, pues retornó al criterio material de competencia y fue enfático en señalar que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo solo conoce, salvo lo que determinen normas especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucrados las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa (Inciso primero del artículo 104 del CPA). Lo que quiere decir que las acciones civiles en vigencia del nuevo Código, ya no se ventilarán por la cuerda de lo contencioso administrativo, así una de las partes involucradas en la controversia sea una entidad pública.

Por otro lado, algún sector de la doctrina ha propugnado por la unificación de todas las acciones en una sola, con el objeto de facilitar el acceso a la administración de justicia y darle prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal. Veamos:

Lo que se advierte en la evolución del régimen jurídico de las acciones contencioso administrativas es la tendencia, no a su agrupamiento de acuerdo con las finalidades de cada una de ellas, sino a una proliferación en razón de objetos específicos que llevan en la práctica, a que predomine un esquema formal sobre la verdadera protección sustancial de los derechos. Con la existencia de cada una de las acciones se procedimentalizan las garantías a los derechos ciudadanos, creándose inconvenientes y talanqueras estrictamente procesales. La tendencia moderna consiste en reclamar en lo posible la existencia de la acción única contencioso administrativa, con pluralidad de pretensiones ³⁸².

Sin perder de vista lo anterior, es pertinente anotar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, acogió la posición doctrinaria que se acaba de exponer, sin embargo, solo lo hizo en teoría porque en la práctica cada una de las pretensiones que se pueden ventilar ante

³⁸¹ Aclaración de voto a Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del 7 de junio de 2007. Expediente 14669. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de octubre de 2007, páginas 1817 a 1834.

³⁸² SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, p. 133

la jurisdicción de lo contencioso administrativo, poseen requisitos procesales diferentes, por ende, las talanqueras e inconvenientes estrictamente procesales no se superaron con el advenimiento de la nueva codificación.

II. La acción de nulidad de cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción (art. 147 del CPA).

El acto de naturalización de un extranjero en nacional colombiano³⁸³, es un acto administrativo que tiene la característica de ser un acto-condición,³⁸⁴ es decir, así como se otorga, en cualquier momento se puede revocar sin tener que pedirle permiso a la persona beneficiaria, o, también, puede modificarse por una decisión nueva³⁸⁵. Esta naturalización es un acto administrativo proveniente del gobierno en ejercicio de su soberanía, con la connotación de ser un acto discrecional³⁸⁶ (art. 189, numeral 28 de la Constitución Política). La acción que busca la nulidad de este tipo de actos administrativos, posee las siguientes características:

1. Se encuentra regulada por los artículos 221 y 222 del Código Contencioso Administrativo, por la Ley 22Bis de 1936, por la Ley 43 de 1993, arts. 19, 20 y 21 y por el artículo 147 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
2. La acción hace parte del género “acusación de actos administrativos”, por lo tanto deberá reunir los requisitos de ese tipo de acciones, como, por ejemplo, en la demanda deberá haber un acápite donde se plasmen las normas violadas y el concepto de su violación (Artículo 137, numeral 4to del Código Contencioso Administrativo).
3. Se tramita a través del procedimiento ordinario aunque con algunas disposiciones adicionales contempladas en la Ley 22Bis de 1936.

³⁸³ El acto administrativo que niega la naturalización de un extranjero en nacional colombiano es una decisión pasible de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

³⁸⁴ El acto de la naturalización, o sea la carta, es un acto-condición, no un acto creador de situación jurídica individual, y es de la esencia de los actos condiciones el poder ser modificados posteriormente por el Estado en la misma forma y por los mismos medios como han sido creados.

³⁸⁵ Artículo 19 de la Ley 43 de 1993: *DE LA REVOCATORIA DE LAS CARTAS DE NATURALEZA Y RESOLUCIONES DE AUTORIZACIÓN. El Presidente de la República o el Ministerio de Relaciones Exteriores por delegación, podrán revocar por resolución motivada las Cartas de Naturaleza o las Resoluciones de Autorización expedidas, cuando el interesado no hubiere cumplido, dentro de los seis (6) meses siguientes a su expedición, con los requisitos necesarios para el perfeccionamiento de la naturalización, salvo que exista causa justificada que le haya impedido cumplirlos. De la resolución que revoque una Carta de Naturaleza o Resolución de Autorización, se notificará al interesado y se informará al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al Estado del cual la persona sea o hubiese sido su nacional.*

³⁸⁶ “[...] ya que se trata de una actividad que toca con el orden público, con la misma seguridad del Estado, en la cual el concepto de soberanía opera por encima del interés del aspirante al beneficio, que el gobierno otorga prudencialmente, en determinadas circunstancias, cuando se cumplen los requisitos que para el extranjero señala la ley” (Consejo de Estado, Sentencia de julio de 1944).

4. La acción es pública, es decir, puede ser ejercida por cualquier persona³⁸⁷, con el único argumento de preservar el principio de legalidad. Sin embargo, consideramos que por ser una acción encaminada a la defensa de la Soberanía, Integridad y Seguridad Nacional, solo los ciudadanos Colombianos la pueden ejercer de conformidad a lo consagrado en el artículo 40 de nuestra Constitución, habida cuenta que serían los únicos legitimados e interesados en mantener la integridad del Estado Colombiano como miembros del mismo y titulares del control político. Es decir, en últimas ellos como miembros del País tienen la opción de evaluar judicialmente la legalidad de una decisión encaminada a la aceptación de un nuevo miembro.

5. La parte demandada es la Nación (Ministerio de Relaciones Exteriores) que se constituye en la persona jurídica que otorga el acto administrativo denominado carta de naturaleza, sin embargo deberá existir un tercero interesado que tendrá que ser la persona titular de la carta y el proceso deberá seguirse con su citación y audiencia.

6. Las causales de nulidad contra este tipo de actos administrativos son las contempladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en términos generales y las específicas contempladas en el artículo 22 de la Ley 22Bis de 1936 y el artículo 20 de la Ley 43 de 1993, las cuales son:

- Cuando se haya expedido la carta en virtud de documentos que adolezcan falsedad.
- Cuando los testigos que se hicieron valer para solicitarla hayan faltado a la verdad en su declaración.
- Cuando se descubriere que el extranjero nacionalizado había cometido en otro país, antes de radicarse en Colombia, algún delito que dé lugar a su extradición.

7. El término de caducidad de esta acción es de diez (10) años, contados desde la fecha de expedición de la carta, tal como lo contempla el artículo 26 de la Ley 22Bis de 1936 y el artículo 21 de la Ley 43 de 1993 (Literal b del numeral 2° del artículo 164 del CPA). Ahora, a pesar de que la caducidad se cuenta desde la fecha de la expedición de la carta, el Gobierno está obligado a publicar dicho acto administrativo en el Diario Oficial, pues se trata de un asunto de connotación nacional.

³⁸⁷ Es pertinente recordar que solo la ley puede establecer excepciones al derecho de postulación, esto es, a la posibilidad de comparecer al proceso por conducto de abogado inscrito (Artículo 63 del CPC). El inciso primero del artículo 147 del CPA ratifica esta característica de la acción que se estudia en este acápite.

8. Será competente para conocer de la acción el Consejo de Estado en única instancia. (art. 23, de la Ley 22Bis de 1936 en concordancia con el numeral 4to del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo y con el numeral 6° del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

9. Los artículos 221 y 222 del CCA regulan aspectos procesales especiales relacionados con la notificación del auto admisorio de la demanda (Que en caso de ignorarse la residencia del tercero interesado, se notificará en su nombre al Ministerio Público) y con la comunicación (Se comunica al Ministerio de Relaciones Exteriores, aunque desde nuestra óptica es un demandado al cual hay que notificarle el auto admisorio de la demanda, pues expidió el acto administrativo acusado) y notificación de la sentencia, la cual si es favorable a las pretensiones rescindiré la carta de naturaleza (nulidad) y declarará que en el futuro no tendrá ningún efecto, lo que permite inferir que los actos jurídicos realizados por el tercero antes de esta declaración, como nacional colombiano, se mantienen incólumes. Así mismo, la autoridad judicial deberá remitir, al Ministerio de Relaciones Exteriores dentro de los diez (10) días siguientes a su ejecutoria, copia certificada de la sentencia que declare la nulidad de la Carta de Naturaleza o Resolución de Autorización. Igualmente, si fuere del caso, en la sentencia se ordenará tomar las copias pertinentes y remitirlas a las autoridades competentes para que investiguen las posibles infracciones de carácter penal (Parágrafo 2° del artículo 20 de la Ley 43 de 1993 e inciso segundo del artículo 147 del CPA).

10. No procede la suspensión provisional de la Carta de Naturaleza o Resolución cuya nulidad solicite, conforme lo establece el parágrafo 1° del artículo 20 de la Ley 43 de 1993, sin embargo esta disposición se nos antoja inconstitucional dado que el artículo 238 superior permite la suspensión provisional frente a todos los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

III. La Acción de Simple Nulidad. (Art. 84 del CCA y art. 137 del CPA).

Es una acción a través de la cual se busca declarar la nulidad de un acto administrativo con su consecuente pérdida de fuerza ejecutoria (Causal 5ta del artículo 66 del CCA y causal 5ta del artículo 91 del CPA), es decir, la pérdida de vigencia del acto administrativo), con el único objeto de preservar el principio de legalidad, teniendo en cuenta que tal decisión de la administración se encuentre incurso en alguna o algunas de las causales de ilegalidad contempladas en el artículo 84 del CCA o en el artículo 137 del nuevo CPA Es interesante señalar que Thomas Hobbes en su obra Leviatán, sentó como un derecho de todos los

súbditos la posibilidad de discutir la legalidad de las decisiones del soberano en los estrados judiciales, lo cual nos permite visualizar que desde la óptica de la filosofía política, ya se contemplaba una figura equiparable a las acciones modernas que buscan enervar la presunción de legalidad de los actos administrativos. Veamos lo que este pensador intemporal sostuvo en su momento:

Si un súbdito tiene una controversia con un soberano acerca de una deuda, o del derecho de poseer tierras o bienes, o acerca de cualquier servicio requerido de sus manos, o respecto a cualquier pena corporal o pecuniaria fundada en una ley precedente, el súbdito tiene la misma libertad para defender su derecho como si su antagonista fuera otro súbdito, y puede realizar esa defensa ante los jueces designados por el soberano. En efecto, el soberano demanda en virtud de una ley anterior y no en virtud de su poder con lo cual declara que no requiere más si no lo que, según dicha ley, aparece como debido. La defensa por consiguiente, no es contraria a la voluntad del soberano y por tanto el súbdito tiene la libertad de exigir que su causa sea oída y sentenciada de acuerdo con esa ley. Pero si demanda o toma cualquiera cosa bajo el pretexto de su propio poder, no existe, en este caso, acción de ley, porque todo cuanto el soberano hace en virtud de su poder, se hace por la autoridad de cada súbdito y, por consiguiente, quien realiza una acción contra el soberano, la efectúa, a su vez, contra sí mismo.³⁸⁸

Esta acción posee las siguientes características:

1. Es una acción de naturaleza objetiva: Ya que a través de ella lo único que se busca es mantener el orden jurídico en interés de la comunidad y del Estado de Derecho. Por lo tanto, nunca se buscará, a través de ella, proteger o restablecer, un derecho particular y concreto, simplemente se busca preservar el principio de legalidad.³⁸⁹
2. Es una acción pública y popular: Debido a que puede ser ejercida por cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, de derecho público, privado o internacional (Inciso primero del artículo 137 del CPA). Aunado a lo anterior, puede ser presentada directamente por el accionante sin necesidad de estar asistido de un abogado.³⁹⁰

³⁸⁸ LEVIATÁN o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil. Fondo de Cultura Económica de México, séptima reimpresión, 1996, páginas 179 y 180.

³⁸⁹ Sobre esta característica ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade, Bogotá, 28 de febrero de 2002.

³⁹⁰ Sobre el particular el Consejo de Estado anota lo siguiente: “[...] artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, texto que expresamente legitima a toda persona (natural o jurídica, mayor o menor, capaz

3. La decisión que se produzca produce efectos *erga omnes*: Porque al buscarse restablecer el orden jurídico, cobija a todo el conglomerado social, por lo tanto, si el acto administrativo sale del mundo jurídico, esta pérdida de fuerza ejecutoria se presenta frente a toda la comunidad. Ahora bien, si, *a contrario sensu*, la nulidad no se declara, la sentencia solo tiene efectos de cosa juzgada relativa porque el acto administrativo puede volverse a demandar con base en normas violadas y concepto de violación diferente, incluso por la misma persona que promovió el proceso finiquitado (Artículo 175 del CCA e Inciso 1° del artículo 189 del CPA).

4. Especial técnica al momento de elaborar la demanda: Debido que, quién elabora una demanda en ejercicio de la acción que se estudia, deberá realizar la tipificación del acto administrativo viciado frente a las causales contempladas en el artículo 84 del CCA y el artículo 137 del CPA, la tipificación se realizará a través de dos fases: la expresión de la normativa violada y las razones por las cuales se considera que dicha normativa se violó (Numeral 4to del artículo 137 del CCA y numeral 4to del artículo 162 del CPA).

5. Por regla general no posee término de caducidad³⁹¹: Los artículos 136-1 del CCA y 164 (literal a numeral 1°) del CPA consagran expresamente, que esta acción podrá impetrarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto administrativo, es decir, no hay necesidad de esperar la publicitación del mismo para demandarlo. Sin embargo debe tenerse en cuenta que el acto administrativo debe existir desde el momento que se admite la demanda hasta que se profiera la sentencia, es decir no puede haber sido derogado o revocado por la administración³⁹². Se acoge esta posición porque los efectos de una derogación o revocación en sede administrativa son los mismos de una declaratoria de nulidad, es decir, el acto administrativo deja de existir y, por ende, pierde fuerza ejecutoria, por tanto, por sustracción de materia el proceso contencioso administrativo que se hubiere iniciado, pierde el objeto por el cual existe y, en consecuencia, culminará indefectiblemente en una sentencia inhibitoria.³⁹³

o incapaz, nacional o extranjero) para que ejerza, directamente o a través de representante, la acción pública de nulidad contra los actos administrativos, según lo estime pertinente". (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de febrero 19 de 1999, expediente 9229, Consejero Ponente Daniel Manrique Guzmán).

³⁹¹ Se dice por regla general porque existen excepciones a esta regla, tal como sucede con los actos precontractuales de que trata el artículo 87 del CCA Aunque esta excepción desaparece con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues este establece que los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, se someten a las reglas establecidas para las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho (Inciso segundo del artículo 141 del CPA y literal c del numeral 2° del artículo 164 del CPA).

³⁹² Salvamento de voto, de sentencia proferida por la sala plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado, de febrero 8 de 1996, con ponencia de Luis Eduardo Jaramillo Mujica, expediente 5475.

³⁹³ "El acto de contenido general no solo deberá estar vigente de admitirse la demanda formulada contra el mismo, sino al momento de dictarse la sentencia. Porque si el acto a la fecha de la admisión ya fue derogado, deberá inadmitirse la demanda puesto que su derogatoria ya restableció el orden jurídico abstracto; motivo primordial que se busca con la acción de simple nulidad. Si la derogatoria se produce durante el trámite del

Es pertinente anotar que la revocación de un acto administrativo solo se puede llevar a cabo hasta antes de que se notifique el auto admisorio de la demanda (art. 71 del CCA y art. 95 del CPA). Esto mismo se predica de la derogación de actos administrativos de carácter general (inciso segundo del artículo 71 del CCA y artículo 95 del CPA). En caso de que la revocación o derogación se lleve a cabo luego de notificado el auto admisorio de la demanda, el Juez debe continuar con la causa y en la sentencia inaplicar el acto administrativo que revocó o derogó por ilegal y a continuación fallar de fondo.

6. No es desistible, conciliable, transable o allanable: Por ser una acción pública en procura de satisfacer el orden jurídico y preservar el principio de legalidad, el proceso es de interés general y no se puede terminar anormalmente por voluntad de un particular o de una entidad pública. Es pertinente recordar que tampoco opera la perención, aunque con el advenimiento del CPA desaparece esta figura y emerge el desistimiento tácito, el cual es perfectamente viable en la acción de simple nulidad (art. 178 del CPA). Aunque el proceso si se puede terminar de manera anticipada por sustracción de materia, retiro de la demanda antes de que se notifique el auto admisorio de la demanda o cuando se declara desierto el recurso de apelación.

7. Implica litigio: No es cierto lo que consideran algunos doctrinantes en el sentido de que el proceso que se adelanta en virtud de la acción de nulidad no genera una confrontación demandante-demandado, habida cuenta que precisamente la discusión en torno a la legalidad de la decisión es el objeto en litigio que el demandante acusa y la entidad que expidió el acto administrativo defiende³⁹⁴. Lo que la doctrina extranjera ha expresado sobre el particular es que la discusión empieza en sede administrativa y se resuelve con el acto administrativo acusado en sede judicial, por tanto, el Juez solo dictamina si la decisión es legal o ilegal, lo que no implicaría una condena en sentido estricto para la parte que expidió el acto declarado nulo, sin embargo esta posición no enerva la posición de demandada de esta última. Veamos:

La propia denominación de recurso (tan criticada por los procesalistas) es significativa de la situación: la verdadera contienda se había producido antes entre la Administración y el particular reclamante; reclamación o, en su caso, tensión, resueltas por la Administración pública por el acto administrativo que posteriormente era sometido

proceso, en la sentencia deberá declararse la sustracción de materia, porque ese efecto restablecedor general ya se logró.” (Salvamento de voto de los Doctores Betancur Jaramillo y Montes Hernández).

³⁹⁴Este equívoco se remonta a un auto de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 8 de agosto de 1972, Consejero ponente: Humberto Mora Osejo, donde se manifestó: “La diferencia fundamental entre las acciones de nulidad y de plena jurisdicción consiste en que mientras aquella tiene por objeto tutelar el orden jurídico abstracto sobre la base de la vigencia del principio de jerarquía normativa y origina un proceso que, en principio, no implica litigio o contraposición de pretensiones ; ésta...”.

mediante recurso (como las sentencias judiciales son revisadas en apelación mediante recurso) a la jurisdicción Contencioso-administrativa. Desde este punto de vista, la sentencia dictada por esta Jurisdicción, no significaba tanto una condena a la “parte demandada” (la Administración), como una verificación de la legalidad o ilegalidad del acto administrativo impugnado.³⁹⁵

A. Contenido de la demanda (art. 137, CCA y artículo 162 del CPA)

Estos artículos se analizarán dentro del contexto de la acción que se viene analizando, empero, la explicación, *mutatis mutandi*, se aplica a las otras acciones, veamos:

1. Frente a la designación de las partes y de sus representantes

Es un requisito que atiende al tópico de la personalidad jurídica del Estado.³⁹⁶

Es necesario advertir, tal como lo contempla el Consejo de Estado que “en lo tocante a la designación de las partes ha sostenido que cuando de dicha interpretación y de la notificación que se haga a la parte demandada y de la actuación que ella realice dentro del proceso, se puede deducir que se cumple con el requisito de demanda en forma, en tal caso, no ameritaría un fallo inhibitorio basado en la ineptitud sustancial de la demanda por indebida designación de la parte demandada”.³⁹⁷ Este caso se daría por ejemplo, si se demanda a la Nación-Ministerio de Hacienda-DIAN y no directamente a la DIAN, que es una Unidad Administrativa Especial con Personería Jurídica, sin embargo, la citada providencia precisa que si la parte demandada excepciona la indebida designación de la parte demandada, se dictará sentencia inhibitoria, aunque en realidad se deben denegar las pretensiones, con el único objeto de hacer efectivo el derecho de defensa del demandado. Sin embargo esta posición ha sido aclarada por el Consejo de Estado, concluyendo que a pesar de que se excepcione en los términos anotados, las actuaciones procesales sanean la irregularidad, por tanto, la uncía intervención que se debe realizar es la de excepcionar, si se materializan otros actos defensivos como contestar de fondo la demanda, el proceso quedará saneado, veamos:

³⁹⁵ GARRIDO FALLA, Fernando, con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimocuarta edición, Editorial Tecnos, 2005, página 370.

³⁹⁶ Con respecto a este requisito, remitimos a lo explicado en la primera parte de esta obra referente al principio de la personalidad jurídica del Estado.

³⁹⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de noviembre 12 de 1992, Expediente 4312, Magistrado Ponente Guillermo Chahín Lizcano.

Al contestar la demanda, como ya se indicó, el apoderado del Ministerio de Salud anotó que la Superintendencia Nacional de Salud es un organismo que cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que ejerce sus funciones en forma separada del Ministerio de Salud y que en sus decisiones no le es dado intervenir a dicho Ministerio. Por ello, considera que la presente acción de nulidad está equivocadamente dirigida contra la Nación Ministerio de Salud, puesto que, además, la acción de nulidad no está dirigida contra acto administrativo alguno propio del Ministerio de Salud. [...] Lo anterior comporta, a no dudarlo, una excepción de fondo en cuanto pretende enervar la acción en la medida de que también va dirigida contra la Nación –Ministerio de Salud, y por ello, al encontrarla probada, la Sala se pronunciará en tal sentido, de conformidad con el artículo 164 del CCA [...] Ciertamente la Superintendencia Nacional de Salud, de conformidad con el decreto 1259 de 1994, es una entidad dotada de personería jurídica que le permite comparecer en juicio a responder por la legalidad de las decisiones adoptadas por sus órganos de dirección y administración, en ejercicio de las competencias que le ha señalado la ley, sin que para ello requiera de la intervención de otros organismos estatales. Por lo demás, en la expedición del acto acusado ninguna injerencia tuvo la Nación, como para que sea menester llamar en su defensa al Ministerio de Salud. En otras palabras, la Nación –Ministerio de Salud, carece de legitimación en la causa por pasiva, razón suficiente para declarar probada esta excepción, sin que ello afecte el proceso dado que en él se hizo parte y actuó la entidad expedidora, la Superintendencia Nacional de Salud [...] ³⁹⁸

Ahora bien, si se demanda a una persona jurídica equivocada; como sería el caso de demandar al Departamento del Quindío por una multa impuesta por el Instituto Departamental de Transito del Quindío, el cual tiene su personalidad jurídica propia; esta irregularidad no genera inadmisión de la demanda, habida cuenta que la jurisdicción contencioso administrativa es rogada y no se trata de una irregularidad formal del libelo, ya que lo único que se exige es demandar personas jurídicas. Aunado a lo anterior, si se inadmitiera la demanda por este evento se estaría vulnerando el debido proceso de la entidad demandada, habida cuenta que, como se vio en el párrafo anterior, podría excepcionar alegando indebida designación de la parte demandada, aunque si ejerce defensa se sanea la irregularidad como también se anotó.

³⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Sentencia del 22 de enero de 1998; exp. 4566.

No sobra señalar que si se demanda a nombre de una persona jurídica distinta de las de derecho público (inc. 5to del art. 139 del CCA y numeral 4º del artículo 166 del CPA), se debe acreditar la prueba de la existencia y representación de la misma. En este caso, se debe establecer con precisión la dirección correcta del representante legal para llevar a cabo la notificación personal y, en caso de imposibilidad de conseguir la dirección correcta, debe solicitar el emplazamiento, todo bajo los lineamientos del Código de Procedimiento Civil. En el evento en que se adelante la notificación y no se pueda llevar a cabo por dirección equivocada, el Juez requerirá al interesado para que suministre la dirección correcta o en su defecto solicite el emplazamiento y si pasados 6 meses, contados a partir del día siguiente del auto respectivo, no se suministra la información anotada o se pide el emplazamiento mencionado, se declarará la perención del proceso. En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo del Quindío en los siguientes términos:

Así las cosas, se reitera, si bien la parte interesada, allegó al proceso la dirección para notificaciones que reposaba en el certificado de existencia y representación de la sociedad demandada vigente para la época, no es menos cierto que en ella recaía la obligación de velar y garantizar el impulso del proceso que promovió; en otras palabras, debía la parte actora ante la puesta en conocimiento por parte del Juzgado a-quo, de que la dirección aportada no era la correcta, haber elevado la solicitud de la notificación del representante legal de la Unidad Médica del Quindío, mediante emplazamiento, situación que no se acreditó en el plenario, ni siquiera fue alegada por el recurrente; resaltando la Corporación que tal emplazamiento solo es procedente a instancia del interesado, a la luz del artículo 315 del CPC, aplicable por remisión del 267 del CCA³⁹⁹

Es pertinente acotar que con la llegada del CPA la perención se deroga, por tanto, habrá que hacer uso de la figura del desistimiento tácito contemplada en el artículo 178 de dicha normativa.

Por otro lado, no es necesario señalar con precisión el cargo y nombre del representante legal de la entidad pública demandada.⁴⁰⁰

³⁹⁹ Tribunal Administrativo del Quindío, Armenia, Veintinueve (29) de julio de dos mil once (2011), Acción: Reparación Directa, Radicación: 63001-2331-000-2005-01456-01. Actor: Rosa María Delgado de Ospina y Otros. Demandado: Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE en liquidación y otros. Instancia: Segunda.

⁴⁰⁰ Betancur Jaramillo, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, Quinta Edición, Página 194: “[...] el actor no tendrá que probar con su demanda que la persona que señala como representante de la entidad pública demandada lo es en realidad, ya que no se requiere probar el cargo representativo ni es preciso dar su nombre”. El autor se refiere al numeral 4º del artículo 77 del CPC

2. Lo que se demanda

a. Unidad inescindible (art. 138 del CCA y art. 163 del CPA)

En cuanto a este requisito, es menester manifestar que el acto administrativo que se busca declarar nulo debe estar debidamente identificado e individualizado. Si procedió la vía gubernativa o se impetró el recurso extraordinario de revocatoria directa en materia de reajuste de prestaciones periódicas (que se disfraza como un simple derecho de petición en la práctica), deberán demandarse tanto el acto principal como el que lo confirma o aclara, empero, en caso de revocación, solo se demanda este último⁴⁰¹, esto porque el acto inicial y el que lo confirma, constituyen una unidad inseparable e inescindible, que contienen la voluntad unánime de la administración sobre un tema y definen un solo aspecto jurídico y administrativo que impone la necesidad de que ambas decisiones desaparezcan del mundo jurídico simultáneamente, salvo que el acto administrativo confirmatorio posea puntos nuevos en la parte resolutive, cuyos efectos se consideraran separadamente como un nuevo acto administrativo a impugnarse y demandarse⁴⁰². Es esta una de las razones por las cuales se exige como anexo indispensable de la demanda la constancia de ejecutoria del acto acusado, con el objeto de comprobar que el acto demandado fue objeto o no de recursos.

A pesar de lo anterior, el Consejo de Estado, a nuestro modo de ver, de manera errónea ha considerado que el acto administrado que resuelve el recurso de reposición no es necesario acusarlo por su carácter optativo. Esta posición es equivocada pues el hecho de que la decisión surja de un recurso optativo no significa que la misma no implique un acto administrativo desfavorable para el demandante, por tanto es menester acusarlo en los términos anotados en el párrafo anterior.⁴⁰³

Sobre este mismo tópico y en lo atinente al fenómeno pensional, es necesario explicar lo siguiente: como en materia de reconocimiento de pensiones se pueden presentar varios derechos de petición, no es necesario demandar todos

⁴⁰¹ Inciso 4to del artículo 138 del CCA, este artículo agrega que si se demandan actos administrativos fictos, se deberán acompañar las pruebas de su existencia. Esta exigencia se reitera en el numeral 1º del artículo 166 del CPA

⁴⁰² Comentario al artículo 138 del CCA, realizado por el Dr. Esteban Mora Caicedo, en la obra de la Editorial Leyer, perteneciente a la Colección Códigos Brevis, página 80.

⁴⁰³ [...] No es necesario demandar el acto que resuelve el recurso de reposición, dado el carácter potestativo y accesorio de dicho recurso cuando es confirmatorio del acto principal. [...] La vía gubernativa tiene por finalidad la de permitir a la administración la revisión de sus actos y ello se cumple cabalmente cuando la decisión inicial es escrutada en su legalidad por el superior jerárquico de quién la profirió. [...] Si el recurso de reposición no es obligatorio, carece de sentido, acudiendo a una interpretación teleológica y de libre acceso a la justicia, no literal, la acusación contra la decisión confirmatoria en sede de reposición [...].” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª. Ponente: Juan de Dios Montes Hernández. Sentencia del 23 de julio de 1996, radicación número: S-566.

los actos que los resuelven, solo el último o los últimos (en caso de que la última decisión haya sido objeto de recursos en vía gubernativa) y el que reconoció la pensión, este último de manera parcial en lo atinente al monto pensional. Ahora bien, esta posición no es pacífica y, en ocasiones, la jurisprudencia se ha apartado de la misma bajo el entendido de que se trata de una controversia nueva y distinta a la que se origina en torno al acto administrativo que reconoció la pensión, lo que para nosotros es un equívoco dado que el monto reconocido debe variar con ocasión de la decisión judicial. La posición que se critica es del siguiente tenor:

[...] por ello, cada caso debe ser analizado y resuelto individualmente. Y se advierte que cuando se trata de una NUEVA PETICIÓN DE RELIQUIDACIÓN PENSIONAL, para incluir factores pensionales, no es necesario acusar en nulidad el ACTO DE RECONOCIMIENTO PENSIONAL que tiempo atrás se dictó. Normalmente este acto es demandable cuando en su momento contra él se interpone recurso en vía gubernativa con la finalidad ya señalada, sin que haya de por medio una posterior PETICIÓN DE RELIQUIDACIÓN con su propio acto administrativo resolutorio [...]⁴⁰⁴

A pesar de lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, el Consejo de Estado considera que cuando se trata del cambio de régimen pensional y no simplemente de la reliquidación de la pensión con el objeto de incluir nuevos factores salariales, si es menester demandar el acto administrativo que reconoció el status pensional, pues el sustento jurídico de la prestación cambia. Veamos lo que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo dispuso al respecto:

De lo anterior se evidencia que la pretensión de reliquidación en el sub lite se tiene que derivar del cambio de régimen pensional aplicado en la Resolución No. 55362 de 10 de noviembre de 2008 que el actor no demandó a pesar de que lo pretendido es la aplicación del régimen especial contenido en el Decreto 546 de 1971.

Al pretender el demandante el cambio del régimen pensional aplicado por CAJANAL también debió demandar el acto que decreta la prestación y no limitar sus pretensiones de nulidad a

⁴⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Tarsicio Cáceres Toro, Sentencia del 19 de enero de 2006, radicación número: 25000-23-25-000-2003-04682-01 (5408-05). Actor: Ana Beatriz Bello Vargas. Demandado: CAJANAL.

los actos fictos configurados por el silencio de la Administración frente a la solicitud de reliquidación porque dicha pretensión está condicionada a la modificación del régimen.

La reliquidación pensional implica únicamente la realización de una nueva liquidación que no afecta el régimen pensional aplicado en el acto de reconocimiento, por el contrario, aplica la norma en su totalidad atendiendo el principio de inescindibilidad de la Ley.

En este caso la pensión fue reconocida conforme a lo dispuesto en la Ley 71 de 1998 y en tal sentido no es posible acceder a la reliquidación porque ello implicaría una modificación del acto de reconocimiento que no fue demandado.⁴⁰⁵

Por otro lado, es importante anotar que existe la posibilidad, en caso de modificación del acto administrativo inicial, que solo se demande el acto modificadorio, así: cuando este último decide una situación más gravosa a la contemplada en el inicial y el accionante solo está interesado en demandar la modificación desfavorable. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Pero cuando la divergencia del interesado se presenta no con el acto definitivo sino con el modificadorio en cuanto éste crea una situación nueva, nada impide para que éste último, en tanto haga más gravosa su situación, pueda ser demandado de manera independiente, porque su anulación no afectaría el acto principal o definitivo, que quedaría vigente. Puede, pues, no existir interés en demandar el acto principal, o “definitivo” y así, nada obsta para que no se pueda prescindir de acusarlo, y dirigir la acción apenas contra el que lo modificó, creando una situación nueva”.⁴⁰⁶

Es menester también señalar en este punto que si estamos en presencia de actos administrativos fictos o presuntos, también se debe demandar la nulidad de estos porque perfectamente ocupan las posiciones propias de la unidad inescindible a que se hizo referencia líneas atrás, se trate de decisiones presuntas propias del silencio administrativo sustancial o del silencio administrativo procesal. Es

⁴⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejera Ponente: Doctora Bertha Lucía Ramírez de Páez, Bogotá D.C., dos (2) de agosto de dos mil doce (2012), Ref: Expediente No.250002325000201000741 01, No. Interno: 2437–2011, Autoridades Nacionales, Actor: Álvaro Salcedo Arciniegas.

⁴⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 5502, octubre 28 de 1999, Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa. Extracto publicado en el Código Contencioso Administrativo de Hojas sustituibles de *Legis*, página 263.

importante anotar que si se interponen simultáneamente el recurso de reposición y el recurso de apelación, solo se configura un acto presunto, sin importar si el recurso de reposición se resuelve o no se resuelve. En el sentido expuesto en este párrafo se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Así las cosas, al no existir en la demanda pretensión anulatoria contra el acto administrativo presunto (de la petición formulada) no es posible entrar al fondo de la controversia, pues para poder restablecer el derecho es imperioso decretar la nulidad de la totalidad de los actos administrativos lesivos de los derechos reclamados. Es muy extraño que una Corporación Judicial no advierta una falla de tal naturaleza. Y se anota que el Juez conforme al art. 165 del CCA está habilitado para declarar, aún de oficio, las excepciones que afecten los derechos y así habrá de hacerlo [...] ⁴⁰⁷

Ahora bien cabe precisar que si contra el acto no proceden recursos y el administrado obtiene respuesta a un recurso que decidió proponer a motu proprio sin que procediera, opera la unidad inescindible en los términos anotados líneas atrás. En este sentido se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos:

En algunas ocasiones, el particular afectado con un acto contra el cual no procede ningún recurso, interpone reposición o apelación contra el mismo y el funcionario, por ignorancia, le da trámite al mismo. Baste con decir que la entidad no está obligada a pronunciarse sobre el recurso, pero si lo hace, ese pronunciamiento forma parte integrante de la decisión y debe incluirse dentro de la pretensión de nulidad, so pena de formular inepta demanda y generar una sentencia inhibitoria. ⁴⁰⁸

Finalmente es importante señalar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, permite sanear la no configuración de la unidad inescindible en la audiencia inicial, con el objeto de evitar sentencias inhibitorias. Así mismo el artículo 163 del CPA consagra que si el acto fue objeto de recursos ante la Administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron, por tanto, es una falencia que no genera inadmisión de la demanda y que el Juez la corrige de oficio bajo la égida de la nueva codificación al fijar el litigio.

b. Indebida acumulación de pretensiones

⁴⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección B. Sentencia de 29 de junio de 2006; Magistrado Ponente; Tarsicio Cáceres Toro; exp. Número: (5874-03).

⁴⁰⁸ PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Sexta Edición 2006, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., página 89.

Por otro lado, debe evitarse la indebida acumulación de pretensiones provocadora de inadmisión de la demanda. A título de ejemplo tenemos cinco casos:

1. Por demandar al mismo tiempo actos administrativos de carácter general del orden nacional y actos administrativos de carácter particular y concreto en relación con Tribunales Administrativos o actos administrativos de carácter general de cualquier orden y actos particulares en sede de Jueces Administrativos. Para este caso la solución son las excepciones de inconstitucionalidad o de ilegalidad como se explicará más adelante. Sin embargo con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, este caso desaparecerá, pues las pretensiones podrán acumularse dado que la acción se unificó (Numeral 2º del artículo 162 del CPA). En estos casos conocerá el Juez de la nulidad tal como lo contempla el numeral 1º del artículo 165 del CPA

2. Demandar dos o más actos administrativos de igual naturaleza pero emitidos por diferentes autoridades y que perjudican diferentes personas, habida cuenta que la demanda por regla general debe dirigirse contra el mismo demandado, y en caso de no hacerlo, surtirse por la misma causa, versar sobre el mismo objeto y servirse por las mismas pruebas en relación de dependencia (Inciso primero del artículo 82 del CPC, aplicable al contencioso por remisión expresa del artículo 267 del CCA y del artículo 306 del CPA). En general se deben seguir los lineamientos contemplados en el procedimiento civil.

3. Demandar diferentes actos administrativos emitidos por la misma autoridad pero que afectan a diferentes personas, bajo el entendido de que se trata de la misma situación fáctica, toda vez que, no hay identidad de causa, ni identidad de objeto, ni mucho menos se sirven por las mismas pruebas, a lo que se suma que el hipotético restablecimiento del derecho sería diferente (art. 82 del CPC).

4. Un error muy común en que incurren los libelistas es en demandar diferentes actos administrativos, expedidos por autoridades distintas, bajo el supuesto de que se trata del mismo asunto y perjudican al mismo administrado. Esto es un error, porque por más que se trate de un mismo asunto, por ejemplo, una prestación laboral y se trate del mismo perjudicado, el punto es que se trata de antecedentes administrativos diferentes, autoridades demandadas autónomas y situaciones fácticas distintas (vínculo laboral en épocas diferentes por ejemplo).

5. También puede ocurrir una indebida acumulación de pretensiones cuando se demanda un solo acto administrativo pero que resuelve diferentes situaciones laborales, pues en este caso aunque hay una acumulación subjetiva de pretensiones, esta no opera porque no se surten de las mismas pruebas y los objetos son diferentes frente a cada caso concreto de carácter laboral.

Veamos un caso específico que ratifica lo expuesto en los numerales 3 y 5 anteriores, es decir, una posición jurisprudencial que se inhibió de fallar por indebida acumulación de pretensiones, bajo la siguiente argumentación:

- Si bien en apariencia el restablecimiento del derecho que se pretende en todos y cada uno de los casos es el mismo, vale decir, el reconocimiento del derecho a la dotación reclamada, lo que pretende una de las accionantes para sí, no constituye en rigor el mismo objeto que persiguen las otras.
- Por parte alguna se encuentra la dependencia entre las pruebas, que en cada caso son distintas. La evaluación de las pruebas de cada una de las actoras es independiente, pues con ellas se trata de demostrar cual es la situación laboral de cada una, sin que lo positivo o negativo de una, afecte a la otra u otras.
- Tampoco existe identidad de causa, pues las demandantes recibieron independientemente negativa a sus individuales peticiones, a través de diferentes y específicos actos administrativos, contra los cuales interpusieron cada una el recurso de reposición, que a su vez les fueron resueltos a través de actos administrativos igualmente independientes. Es decir, que cada negativa configura una situación individual que se refiere solo a la respectiva afectada ⁴⁰⁹.

Sin embargo, a pesar de que consideramos el anterior pronunciamiento jurisprudencial acertado, en reciente decisión el Tribunal Administrativo del Quindío cambió su posición apelando a la acumulación subjetiva de pretensiones, pero sin dilucidar el problema de que bajo el amparo de dicho tipo de acumulación, las pretensiones no se surten de las mismas pruebas, ni son las mismas situaciones laborales, esto es, se trata de personas en diferentes cargos laborales, con diferentes salarios, con diferente antigüedad, etc. y cada caso debe ser estudiado de manera independiente, pues lo que afecta a una persona integrante de la parte demandante, en rigor, es posible que no afecte a otra u otras de las personas que accionaron, veamos:

La acumulación subjetiva, se encuentra autorizada por el inciso 3 del artículo 82 del CPC, que requiere la existencia de uno de los siguientes presupuestos: que las pretensiones provengan de la misma causa, versen sobre el mismo objeto, se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas.

Aplicando la norma al caso sub-examine, la Sala observa que los demandantes solicitan la nulidad del oficio SED 1120 de julio 29 de 2008, proferido por el Departamento del Quindío, mediante el cual

⁴⁰⁹ Tribunal Administrativo del Quindío, Armenia, 7 de abril de 1999, Magistrado Ponente: Humberto Quintero Herrera, Proceso 971009030, Demandante: Lucía Álvarez de Barrientos y otros, Demandado: Departamento de Caldas. Instancia: Primera.

se les negó el reconocimiento y pago de la bonificación por servicios prestados, la prima de antigüedad y/o incrementos por antigüedad, la prima de servicios y la bonificación por recreación, razón por la cual se afirma que los demandantes tienen una misma causa, e igualmente el mismo objeto que corresponde al reconocimiento y pago de dichos emolumentos a partir del año 2005.⁴¹⁰

Ahora, la jurisprudencia solo en un caso ha permitido la acumulación de pretensiones en tratándose de actos administrativos emitidos por diferentes autoridades, este es el caso de las reestructuraciones administrativas al interior de los entes de control fiscal de las entidades territoriales, donde se demanda el acto administrativo general que suprime un cargo y el acto administrativo de carácter particular y concreto que retira del servicio al funcionario que lo ocupaba, veamos:

No sobra advertir que en algunos casos es necesario ordenar la doble notificación (del representante del ente territorial y del representante de la entidad fiscal) debido a que, teniendo en cuenta las “pretensiones” formuladas en la demanda se ataquen unas actuaciones de la entidad territorial y otras de la entidad fiscal, como cuando se pide la nulidad de un acuerdo expedido por el concejo y de un acto proferido por la autoridad de la contraloría. Estas pretensiones pueden ser “acumuladas” cuando tienen íntima relación con el caso controvertido, v.gr. cuando en un acuerdo del concejo se suprime un empleo de la contraloría y posteriormente se expide un acto de la contraloría que retira del servicio al empleado cuyo cargo ha sido suprimido.⁴¹¹

Finalmente, cabe advertir que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo trae los requisitos para que proceda la acumulación de pretensiones en el artículo 165 en los siguientes términos:

En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:

1. Que el juez sea competente para conocer de todas. No obstante, cuando se acumulen pretensiones de nulidad con cualesquiera otras, será competente para conocer de ellas el juez de la nulidad. Cuando

⁴¹⁰ Tribunal Administrativo del Quindío, Magistrado Ponente: Paulo León Pantoja España, Auto del 21 de agosto de 2009, Acción de nulidad y restablecimiento del derecho, Radicado: 63-001-3331-004-2008-01064-01, Demandante: Miryam Botero Sánchez y otros, Demandado: Departamento del Quindío.

⁴¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Auto de 22 de septiembre de 2005. Expediente 3628-04. Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Extracto publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2006, páginas 832 a841.

en la demanda se afirme que el daño ha sido causado por la acción u omisión de un agente estatal y de un particular, podrán acumularse tales pretensiones y la Jurisdicción Contencioso Administrativa será competente para su conocimiento y resolución.

2. Que las pretensiones no se excluyan entre sí, salvo que se propongan como principales y subsidiarias.
3. Que no haya operado la caducidad respecto de alguna de ellas.
4. Que todas deban tramitarse por el mismo procedimiento.

Cuando sea imposible la acumulación de pretensiones la indebida acumulación dará lugar a la inadmisión de la demanda para que se presenten de manera separada, sin que se afecte la caducidad del medio de control, tal como sería el caso de que en una demanda se acumularan pretensiones propias de la acción de electoral y de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, en cuyo caso, tales demandas podrán presentarse de manera separada sin que opere la caducidad de la acción pues para todos los efectos legales se entenderá interrumpida para ambos casos con la presentación del libelo inicial.

Es necesario advertir en este punto que la acción de simple nulidad no solo procede contra actos administrativos generales o abstractos sino también, contra actos administrativos particulares y concretos, en aplicación de la teoría de los móviles y finalidades, tal como se explica en el literal que se aborda a continuación.

c. Teoría de los móviles y finalidades

Esta teoría consiste en que la acción de simple nulidad se puede impetrar contra actos administrativos de carácter general o contra actos administrativos de carácter particular y concreto, lo único que se exige es que si se impetra contra actos administrativos de carácter particular y concreto, se debe buscar siempre proteger el orden jurídico y el Estado de Derecho y no el restablecimiento de un derecho subjetivo o la reparación de un daño causado. No interesa que la decisión restablezca automáticamente un derecho subjetivo,⁴¹² toda vez que per se, no la convierte en una acción de nulidad y restablecimiento, ya que para que adquiera tal naturaleza, es menester que el demandante lo solicite expresamente en las pretensiones de la demanda, tal como se colige de lo dispuesto en el artículo 85 del CCA y el artículo 137 del CPA

⁴¹² La Corte Constitucional sobre el particular manifestó: “Bajo este entendido, consultando el espíritu de la Constitución y de la ley, se tiene que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos o se ocasionen daños al actor o terceros”. (Corte Constitucional, Sentencia C-426 de 2002, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil).

Como consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior, no compartimos la tesis del restablecimiento del derecho implícito, habida cuenta que la jurisdicción contenciosa administrativa es rogada y no está en manos del operador judicial escudriñar las verdaderas intenciones del libelista, salvo que se pretenda burlar los términos de caducidad como cuando se disfraza una acción de nulidad y restablecimiento del derecho como si fuera de reparación directa, aunado a que se trata de acciones subjetivas y no de interés general o públicas. Por tanto, dicho operador solo está obligado a tener como *petitum* lo expuesto de manera expresa e indubitable en el capítulo de pretensiones de la demanda, máxime si tenemos en cuenta que la acción de simple nulidad, por regla general, no está sometida a término de caducidad alguno y, por ende, su supuesta indebida escogencia no es óbice para rechazar la demanda, además, la pretensión de restablecer el ordenamiento jurídico abstracto es de interés general, y no puede estar sometida a consideraciones formales que terminarían afectando el acceso efectivo de la administración de justicia y el principio de legalidad ⁴¹³.

Sobre las razones por las cuales se impetra la acción de simple nulidad la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dicho: “[...] Los únicos motivos determinantes del contencioso popular de anulación son los de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en esos estatutos superiores, y sus finalidades son las de someter la Administración Pública al imperio del derecho objetivo [...]”⁴¹⁴. Por tanto no es el tipo de acto administrativo el que determina la naturaleza de la acción, sino los motivos que llevan al accionante a impetrarla, los cuales se deducen de las pretensiones planteadas en el libelo.

Debido a la complejidad de esta teoría y a su importancia al interior del contencioso administrativo, en los próximos literales precisaremos las premisas que se deben tener en cuenta para darle aplicabilidad a la misma, así:

A.- El artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el cual regula la acción de simple nulidad, no precisa qué tipo de actos administrativos son susceptibles de ser demandados por la mencionada acción, por lo tanto, esta acción es susceptible

⁴¹³ Algunos doctrinantes exponen la tesis contraria. Por ejemplo el Dr. Augusto Ramón Chávez Marín, quién argumenta: “De este modo, puede considerarse que aunque esta segunda pretensión no se exponga expresamente, en todo caso su objetivo material se produce como consecuencia del ejercicio de la acción de simple nulidad y afecta el interés particular del demandante o de un tercero y no solamente el general, atinente a la tutela del orden jurídico. Se presenta entonces una pretensión implícita de restablecimiento que no es posible pasar por alto a la hora de valorar la acción realmente ejercida por el demandante, al aplicar criterios interpretativos que superan una mirada formal del libelo puesto en consideración del juez administrativo”. Ensayo: Teoría de los motivos y finalidades: estado actual y controversia por su aplicación. Página 524. Publicado en la obra: Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo, Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia.

⁴¹⁴ Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, Sentencia de agosto 10 de 1961, ACE, C.P. Carlos Gustavo Arrieta, T. LXIII, Páginas 200 y ss.

de impetrarse frente a actos administrativos de carácter general como contra actos administrativos de carácter particular y concreto. Es bien sabido que donde la ley es clara no le es dable al intérprete cambiar su sentido so pretexto de consultar su espíritu (art. 27 del C.C.)⁴¹⁵. Ahora, es importante precisar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo si hace la distinción correspondiente en el artículo 137, por tanto, el argumento dispuesto en este literal se ve superado, sin embargo, más adelante se harán las críticas respectivas al nuevo artículo y se resaltarán su eventual inconstitucionalidad en este tópico.

B.-El elemento diferenciador entre la acción de simple nulidad y la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, son los motivos determinantes de cada una de las dos acciones y las finalidades que las mismas persiguen. Es así como la acción de simple nulidad busca preservar el principio de legalidad, al paso que la de restablecimiento del derecho, además de pretender esto, persigue que se restablezca el derecho violentado con la decisión administrativa y, si es del caso, que se repare el daño ocasionado con la ejecución del acto administrativo viciado.

C.-Sin perder de vista lo explicado en el literal anterior, si se ejerce una acción acusando un acto administrativo de carácter particular y concreto con el único propósito de tutelar el orden jurídico y la legalidad abstracta contenida en el ordenamiento superior y con la única finalidad de someter a la administración pública al imperio del derecho objetivo, estaremos ante una acción de simple nulidad impetrada contra un acto administrativo de carácter particular y concreto.

D.- La acción de simple nulidad se puede ejercer contra actos de contenido particular y concreto por cualquier persona, incluso, **por aquella que resulta afectada con la decisión**,⁴¹⁶ y en cualquier tiempo, sin que se pueda esbozar como talanquera o barrera para poder acudir a la administración de justicia, la operancia de la caducidad de la acción, esto es, el rechazo de la demanda por su presentación más allá de los cuatro meses de que habla el numeral 2º del artículo 136 del CCA y el literal d del numeral 2º del artículo 164 del CPA

⁴¹⁵ Artículo 27 Código Civil –Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. [...].

⁴¹⁶ La Corte Constitucional, ha dicho sobre el particular: “Así, cuando una persona con interés directo pretenda demandar un acto de contenido particular y concreto, podrá alternativamente acudir al contencioso de anulación por dos vías distintas. Invocando la acción de nulidad y restablecimiento del derecho (CCA, art. 85), caso en el cual lo hace motivada por el interés particular de obtener el restablecimiento del derecho o la reparación del daño antijurídico como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto. En la medida en que esta acción no se intente o no se ejerza dentro de los cuatro meses de que habla la ley (CCA, art. 136–2), quien se considere directamente afectado o un tercero, podrán promover la acción de simple nulidad en cualquier tiempo (CCA, arts. 84 y 136–1), pero única y exclusivamente para solicitar de la autoridad judicial la nulidad del acto violador, dejando a un lado la situación jurídica particular que en este se regula, para entender que actúan por razones de interés general: la de contribuir a la integridad del orden jurídico y de garantizar el principio de legalidad frente a los excesos en que pueda incurrir la administración en el ejercicio del poder público.” (Corte Constitucional, Sentencia C–426 DE 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil).

E.- Como corolario de lo anterior, las restricciones jurisprudenciales a la posibilidad de utilizar la acción de simple nulidad contra actos de contenido particular y concreto, son atentatorias de lo dispuesto en la Constitución (art. 229). Las restricciones jurisprudenciales a que se ha hecho referencia y que en nuestro concepto son inaplicables por inconstitucionales, son las siguientes⁴¹⁷:

- a) **Restablecimiento automático:** Hipotéticos restablecimientos automáticos del derecho (numeral 1º del artículo 137 del CPA);
- b) **Taxatividad de la ley:** Porque no se trata de aquellos actos administrativos de carácter particular y concreto susceptibles de ser impugnados en acción de simple nulidad, habida cuenta que taxativamente no se encuentran señalados como tales por la ley, como sucede por ejemplo en materia de nulidad de cartas de naturaleza (Numeral 4º del artículo 137 del CPA);
- c) **Trascendencia nacional:** Porque no es un problema económico, social, cultural o de restablecimiento del orden jurídico que trascienda al interés nacional, evento en el cual sería procedente la simple nulidad. En otras palabras, esta acción procedería contra un acto administrativo de carácter particular y concreto cuando los efectos nocivos de dicha decisión afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico (Numeral 3º del artículo 137 del CPA).
- d) **Bienes de uso público:** Cuando no se trate de recuperar bienes de uso público (Numeral 2º del artículo 137 del CPA).

Los anteriores condicionamientos son abiertamente contrarios al derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia, debido a que las enunciadas situaciones son restricciones o imposibilidades que impiden proteger el principio de legalidad, postulado indispensable de todo Estado de Derecho y que los ciudadanos están interesados en que se mantenga incólume. Es pertinente manifestar que estas restricciones que fueron mencionadas líneas atrás han sido introducidas por la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en franca oposición a la tesis de la Corte Constitucional, quién las ha señalado como una verdadera afrenta al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que generaría eventuales acciones de tutela,⁴¹⁸ tal como lo reconoce el profesor Jaime

⁴¹⁷ El Consejo de Estado aún continúa firme con esta línea jurisprudencial y persevera en las restricciones a la simple nulidad contra actos administrativos de carácter particular y concreto. Véase: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 4 de marzo de 2003, Consejero Ponente: Manuel S. Urueta Ayola, Rad. 110010324000199905683 02. Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca-CAR. Ref.: EXP. Núm. Int.30. Publicada en Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de junio de 2003, págs. 1098 y ss.

⁴¹⁸ La Corte es contundente al manifestar: “[...] si el imperativo constitucional del derecho a la tutela judicial es su efectividad, entendida ésta como el compromiso estatal de garantizar en forma real el acceso a la jurisdicción para lograr el restablecimiento del orden jurídico y la garantía de los derechos ciudadanos, puede asegurarse que la interpretación que viene haciendo el Consejo de Estado del precitado artículo 84 del Código Contencioso Administrativo desconoce este derecho medular, pues, además de impedirle al afectado solicitar

Orlando Santofimio Gamboa en los siguientes términos: “Ahora bien, en cuanto a la posición de la Corte Constitucional, la misma resultará siendo aplicada por vía de la acción de tutela, en cuanto que las decisiones del contencioso administrativo que la desconozcan incursionarán en claras vías de hecho frente a lo dispuesto por esta Corporación”.⁴¹⁹

Desafortunadamente el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagró las restricciones anotadas, lo que se nos antoja inconstitucional, tal como se explica a lo largo de este acápite y se concluye al final del mismo (Artículo 137 del CPA).

F.- Ahora bien, cuando quién demande un acto administrativo de carácter particular y concreto no sea el directamente afectado con la decisión, se impone vincular al proceso como tercero interesado, al directamente afectado e interesado.⁴²⁰ Por ejemplo si se demanda el otorgamiento de una licencia ambiental, se debe vincular al proceso al beneficiado con tal licencia.

G. Es pertinente en este momento de la disertación responder a la siguiente pregunta: ¿qué debe entenderse por restablecimiento automático del derecho? Para entender este fenómeno jurídico, es menester manifestar que, el restablecimiento del derecho, el cual se impone cuando un acto administrativo ilegal vulnera algún derecho, no implica que el daño se concrete, sino que, simplemente se evita su ocurrencia, es decir, se precave el posible daño que se podría producir con la ejecución del acto administrativo. Es en este evento que se produce el restablecimiento del derecho en forma automática, es decir, se anula un acto administrativo que no se ha empezado a ejecutar, y de esta manera se evita un daño cierto ya que, el acto administrativo pierde fuerza ejecutoria. Ejemplos de este tipo de situación son los siguientes:

a. Cuando se expide un acto administrativo donde se nombran las personas que resultaron afectadas con la supresión de unos cargos administrativos, empero, aún no se han proferido los actos administrativos de ejecución, contentivos del retiro del servicio de dichas personas. Si se demanda, por parte de uno de los afectados, el acto administrativo que estableció la supresión de cargos, a través

el restablecimiento de la situación jurídica individual por encontrarse vencido el término legal estatuido para esos efectos, también se le esta limitando al ciudadano –interesado o tercero– el acceso al proceso para controvertir la simple legalidad de ciertos actos administrativos de contenido particular, sin que ese haya sido el verdadero interés del constituyente ni del *Legislador* extraordinario al regular la acción pública de simple nulidad”. (Corte Constitucional, Sentencia C-426 DE 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil).

⁴¹⁹ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, página 153.

⁴²⁰ “Ahora bien, si se acusa un acto de contenido particular y concreto por vía de la acción de simple nulidad, y la demanda no se interpone por el titular del derecho afectado sino por un tercero, es imprescindible que el juez contencioso vincule al proceso al directamente interesado, con el fin de que este intervenga y pueda hacer efectivas las garantías propias del derecho al debido proceso.” (Corte Constitucional, jurisprudencia citada).

de la acción de simple nulidad y esta prospera antes de que se inicie la operación administrativa de retiro correspondiente, el actor no podrá ser retirado.

b. La ordenanza o el acuerdo que altere ilegalmente el régimen de la propiedad privada en ciertos sectores de la población establecido en la Constitución y en las leyes, sin que aún se operativice su ejecución, está modificando el derecho subjetivo de cada uno de los propietarios en los mencionados. Quién acuse ese acto administrativo por la vía de la acción de simple nulidad, estará defendiendo el “derecho suyo” reconocido por el ordenamiento jurídico, en caso de ser propietario en tales sectores y si se declara la nulidad del acto no se alterará su propiedad.

c. Si se declara nulo un acto administrativo que cree un impuesto, y este -por cualquier razón- aún no ha sido pagado por el particular.

d. Cuando se declare la nulidad de un acto administrativo que impone una sanción disciplinaria de una multa y esta no haya sido cancelada.

e. En materia de prestaciones periódicas, cuando se dejan de reconocer por ilegales. En este caso el restablecimiento automático del derecho opera para la administración pública.

H.- Entendido lo expuesto en el punto anterior y como corolario se reitera, el restablecimiento automático del derecho ya no es una imposibilidad para ejercer la acción de simple nulidad frente a actos administrativos de carácter particular y concreto, cuando tal acción se ejerce luego de transcurridos los cuatro meses de que habla el numeral segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y el literal d del numeral 2º del artículo 164 del CPA Así lo explica la Corte Constitucional en los siguientes términos: “Bajo este entendido, consultando el espíritu de la Constitución y de la ley, se tiene que la acción de simple nulidad procede contra todos los actos administrativos, generales y particulares, cuando la pretensión es únicamente la de tutelar el orden jurídico, caso en el cual la competencia del Juez se limita a decretar la simple anulación sin adicionar ninguna otra declaración, pese a que con el retiro del acto impugnado eventualmente se restablezcan derechos o se ocasionen daños al actor o terceros”. (Jurisprudencia citada en los pies de página).⁴²¹

⁴²¹ El Consejo de Estado considera que “[...] se da la opción para pedir la simple anulación, o esta acompañada del restablecimiento. Pero en ambos casos, la acción debe intentarse dentro de los cuatro meses que fija la ley [...]” en “[...] dos situaciones: Lesión jurídica y daño contingente. El acto ilegal no se ha aplicado aún, y por consiguiente, el perjuicio económico no se ha producido. En este evento, la declaratoria de nulidad, por sí sola, conllevaría el restablecimiento del derecho. Automáticamente se retornaría a la situación jurídica primitiva. Como el perjuicio potencial no se ha trocado aún en daño patrimonial actual, la simple anulación pedida oportunamente comportaría la reparación; y, la lesión jurídica subjetiva y daño actual. El perjuicio se produce con la decisión administrativa seguida de su inmediato cumplimiento. Como la solicitud de nulidad sin

I.- Si el acto administrativo ya fue ejecutado y ya se produjo el daño y los perjuicios respectivos, si se demanda el acto administrativo por fuera de los términos dispuestos para la caducidad de la acción, a lo sumo se podrá anular el acto administrativo por ser contrario a la Constitución y la Ley, pero dichos perjuicios no serán indemnizados ni las cosas podrán regresar al estado anterior de la expedición del acto administrativo que se anula. En el caso de un acto administrativo que ordena retirar en forma ilegal de la función pública a un servidor público, si el retiro ya se produjo, no habrá posibilidad de reintegrar al afectado (restablecimiento del derecho) y de pagarle el salario y las prestaciones sociales dejadas de percibir (Reparación del daño).⁴²²

J.- La teoría de los móviles y finalidades posee su utilidad práctica cuando se pretende atacar un acto administrativo de carácter particular y concreto a través de la acción de simple nulidad (o viceversa), sin embargo, tal mecanismo jurídico no debe utilizarse para demandar al mismo tiempo actos administrativos de carácter general del orden nacional y de carácter particular, ya que en tal evento, el juzgador podría interpretar que se trata de una indebida acumulación de pretensiones, lo que daría lugar a inadmitir la demanda para que el libelista precise cual es la acción, de conformidad a la causa *petendi* que esboza. El mecanismo jurídico, cuando se trata de demandar los dos tipos de actos al mismo tiempo, es la interposición de la excepción de legalidad frente a los actos administrativos de carácter general del orden nacional como se verá más adelante, aunque este mecanismo cae en desuso con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en este aspecto, pues con la unificación de la acción se permite la acumulación de pretensiones en relación con la nulidad de actos administrativos generales y actos administrativos particulares y concretos. Sin embargo, para evitar que el asunto se incorpore en el ámbito competencial del Consejo de Estado, es posible seguir ejerciendo la excepción de ilegalidad, pues conforme lo señala el numeral 1° del artículo 165 del CPA, el Juez de la nulidad conoce de lo demás, lo que implica que, por regla general, será el

restablecimiento del derecho no comportaría la reparación patrimonial del daño, el interesado podrá intentar la acción con ambos fines. No obstante si quiere abstenerse de pedir la indemnización correspondiente, podrá hacerlo sin que se desnaturalice la naturaleza del contencioso subjetivo.” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo–Bogotá, diez de agosto de 1961. Consejero Ponente Dr. Carlos Gustavo Arrieta). Le hayamos razón a la Corte Constitucional de haberse apartado de esta tesis jurídica, toda vez que el artículo 85 del CCA exigía que en la demanda se pretendiera, en forma expresa, el restablecimiento del derecho y la reparación del daño, si es del caso, sin embargo, no había lugar a pensar de que por el hecho de que se produjera un restablecimiento automático, ya la acción se convertiría en una pretensión de nulidad y restablecimiento, porque esto no lo decía por ningún lado la disposición precitada, es decir, si en la demanda no se decía nada, la acción sería de simple nulidad y podría ejercitarse en cualquier tiempo, así se llegare a producir un eventual restablecimiento del derecho. Ahora bien, tal como se advirtió líneas atrás, este panorama cambió con el advenimiento del artículo 137 del CPA

⁴²² La Corte Constitucional en la providencia mencionada durante este escrito, ha explicado el papel que juega el Juez en estos eventos, así: “En estos casos, la competencia del juez contencioso administrativo se encuentra limitada por la pretensión de nulidad del actor, de manera que, en aplicación del principio dispositivo, aquel no podrá adoptar ninguna medida orientada a la restitución de la situación jurídica particular vulnerada”.

Consejo de Estado el Juez competente de la acumulación, en caso de que el acto administrativo de carácter general sea del orden nacional (numeral 1º del artículo 149 del CPA).

K.- Es pertinente anotar que la nulidad de actos administrativos rige hacia el futuro y el restablecimiento (reparación “in natura”) toca aspectos del pasado de conformidad al petitum de la demanda.⁴²³ Las pretensiones determinan el restablecimiento. Es por esto que la Corte Constitucional argumenta: “Téngase en cuenta que, una vez vencido el término de caducidad previsto en la ley para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento sin que esta se haya impetrado -que es de cuatro meses si se trata de un particular o de dos años si quien demanda es una persona de derecho público-, el derecho subjetivo reconocido en el respectivo acto administrativo adquiere firmeza jurídica y se torna inmodificable, de manera que, frente a la posible declaratoria de simple nulidad del acto, la cual puede promoverse en cualquier tiempo, deben hacerse prevalecer los principios de seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima en favor del titular del derecho previamente reconocido”. (Jurisprudencia citada).

Del aparte jurisprudencial transcrito se colige que las situaciones jurídicas consolidadas y obtenidas son inmodificables, empero, esto no es óbice para pensar que el acto sigue produciendo efectos jurídicos, toda vez que al desaparecer del mundo jurídico pierde fuerza ejecutoria, por ende, en el futuro ya no se podrá seguir reconociendo derecho alguno con base en la decisión administrativa anulada y así se evita la perpetuidad de la ilegalidad.

Es por lo anterior que resulta contrario a derecho lo esbozado por el Consejo de Estado en el sentido de afirmar que se institucionaliza la vía de hecho generadora de derecho, toda vez que el acto administrativo declarado nulo no sigue produciendo efectos jurídicos. El ejemplo que trae el Consejo de Estado en la providencia que se crítica es inapropiado para explicar lo expuesto por la Corte Constitucional, por el simple hecho de que parte del supuesto de que el acto administrativo sigue produciendo efectos jurídicos, así: “Esa interpretación conduciría a manera de ejemplo, a situaciones absurdas, como aquella en donde se decreta la nulidad del acto de reconocimiento de una pensión manifiestamente ilegal, pero subsiste la obligación del Estado, a

⁴²³ Increíblemente algunos autores del derecho administrativo insisten en manifestar que la nulidad por sí sola implica volver las cosas al estado anterior, situación esta que atenta contra principios mínimos que deben regir en un Estado de Derecho, como lo son: la seguridad jurídica, situaciones jurídicas consolidadas, obtención de beneficios económicos o de otro tipo actuando de buena fe, certeza de las actuaciones de la administración pública, etc. [...] Esta posición errónea la poseen doctrinantes como el Dr. Miguel González Rodríguez, quien anotó en la publicación “ámbito jurídico del 4 al 17 de agosto de 2003 lo siguiente: “[...] toda declaración de nulidad tiene efectos retroactivos, tanto en el derecho público como en el derecho privado[...]” (Página 6B).

pesar de que no haya sustento jurídico, de seguir reconociendo los derechos que allí se generaron”.⁴²⁴ Es evidente, conforme a lo explicado, que el Estado no estará obligado a seguir pagando las mesadas pensionales.

Un argumento que ratifica aún más que es el restablecimiento el que rige hacia el pasado de conformidad a como se pida en la demanda, tenemos lo contemplado en el artículo 170 del CCA y 187 del CPA, los cuales ordenan la congruencia de la sentencia, por ende, sino se pide el restablecimiento del derecho en debida forma, al Juez solo le queda fallar conforme a lo pedido y así se evita precisamente la vulneración del debido proceso de la parte demandada, toda vez que en caso contrario se accedería a una pretensión que nunca conoció y, por tanto, no tuvo oportunidad de defenderse contra la misma⁴²⁵.

L.- El numeral segundo del artículo 136 del CCA y el literal d del numeral 2° del artículo 164 del CPA, son claros en señalar que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho caducará al cabo de 4 meses contados a partir del día siguiente de la publicación del acto, de lo cual se deduce que esta acción es viable contra actos de contenido general, decisiones que se publican de conformidad a lo contemplado en el artículo 43 del CCA y en el artículo 65 del CPA. Por tanto, no es el tipo de acto administrativo el que determina la naturaleza de la acción sino las pretensiones contempladas en el libelo. No otra cosa se deduce de las disposiciones referidas en este numeral, habida cuenta que decisiones de carácter general estarían sujetas a una acción subjetiva como lo es la de restablecimiento y no estarían circunscritas solo a la acción de simple nulidad. Desafortunadamente el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo restringió el ejercicio de la acción de simple nulidad contra actos administrativos de carácter particular y concreto, lo que implica una eventual inconstitucionalidad del artículo 137 del CPA, tal como se explica en el literal N de esta disertación.

M.- Ahora, también cabe anotar que el término de caducidad no tiene ninguna utilidad cuando lo que se busca es declarar la nulidad parcial de un acto administrativo que reconoce una prestación periódica con el objeto de que se reajuste la misma, o cuando se pide su nulidad total para que desaparezca del mundo jurídico. Por tanto en este evento la teoría de los móviles y finalidades pasa a un segundo plano.

⁴²⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 4 de marzo de 2003, Consejero Ponente: Manuel S. Urueta Ayola, Rad. 110010324000199905683 02. Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca–CAR. Ref.: EXP. Núm. Int. 30. Publicada en Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de junio de 2003, págs. 1098 y ss.

⁴²⁵ El Consejo de Estado, citando a Betancur Jaramillo, señala que el contencioso administrativo es rogado, así: “La falta de iniciativa del Juez administrativo se refleja en su decisión, ya que ésta no puede resolver cuestiones no planteadas en el libelo, salvo que se trate de excepciones, porque éstas por expreso mandato del *Legislador* (art. 111) pueden por regla general ser declaradas oficiosamente”. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de marzo 26 de 1982).

N.- A manera de conclusión consideramos que la posición del Consejo de Estado conlleva indefectiblemente una perpetuidad de la ilegalidad, porque impide que se ejerza la acción de simple nulidad contra actos administrativos ilegales de carácter particular y concreto, por fuera de los términos de caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que provoca que sigan existiendo y produciendo consecuencias antijurídicas sin posibilidad alguna de sacarlos del mundo jurídico. Esta posición es inconstitucional, habida cuenta que atenta contra la supremacía de la Constitución y La Ley y protege derechos adquiridos sin justo título, los cuales no pueden ser amparados por el derecho bajo ningún punto de vista (artículo 58 de la Constitución Política).

Por ende, hacemos nuestra argumentación de salvamento de voto contra la providencia que se aparta de la tesis expuesta por la Corte Constitucional y que acogemos abiertamente, así: “El acto írrito no puede tener consecuencias jurídicas, lo contrario sería promover que situaciones ilegales tengan vigencia en el mundo del derecho, subordinando la legalidad del acto administrativo a su ejecutoriedad y firmeza, aserto que resulta absurdo, porque lo ilegal no puede tener amparo y protección jurídica”.⁴²⁶

Como corolario, consideramos que el artículo 137 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es abiertamente contrario a la Constitución Política en relación con las restricciones para pretender la nulidad de actos administrativos particulares y concretos, pues transgrede el derecho fundamental de acceso efectivo a la administración de justicia contemplado en el artículo 229 de la Constitución Política, aunado a que el asunto no puede ser reducido a un simple ámbito de configuración legislativa. En efecto, impedir que un acto administrativo ilegal de carácter particular y concreto sea acusado en sede judicial a través de la acción de simple nulidad, es simplemente permitir que una decisión contraria al ordenamiento jurídico permanezca vigente e incólume en detrimento del principio de legalidad (art. 6° de la CP). En un estado de derecho no se puede proteger la ilegalidad, y aunque el legislador puede restringir el acceso a la administración de justicia por seguridad jurídica a través de figuras como la caducidad, esto solo se puede predicar en relación con derechos subjetivos de carácter patrimonial y de libre disposición y no con el ámbito de la legalidad que nos atañe a todos.

Ñ.- Por otro lado, desde la perspectiva del derecho comparado, vemos como en España no existe este problema de la teoría de los móviles y finalidades dado

⁴²⁶ Salvamento de voto de Alberto Arango Mantilla y Alejandro Ordóñez Maldonado a providencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 4 de marzo de 2003, Consejero Ponente: Manuel S. Urueta Ayola, Rad. 110010324000199905683 02. Actor: Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca–CAR. Ref.: EXP. Núm. Int.30. Publicada en la Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis* de junio de 2003, págs. 1098 y ss.

que simplemente se hace una diferenciación de la acción de nulidad entre su connotación relativa y su carácter absoluto y se precisa que en este último plano procede contra cualquier tipo de acto administrativo y se puede alegar en cualquier tiempo. Se observa entonces que la solución dada por el Derecho Español, armoniza con la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional que hemos venido analizando en este acápite. Observemos pues como la doctrina de dicho país explica la acción de nulidad absoluta, así:

La nulidad absoluta puede alegarse en cualquier tiempo. Así, por el particular, aunque el acto administrativo viciado haya adquirido la apariencia de formalmente firme, por haber transcurrido los plazos para recurrir contra el mismo sin que ningún recurso haya sido utilizado; y por la Administración, desconociendo las situaciones jurídicas creadas al amparo de dicho acto e incluso revocándolo, sin necesidad de recurrir al proceso de lesividad, aunque de él se hayan derivado derechos a favor de terceros. Aquí tiene plena aplicación el viejo principio *“quod ad initium vitiosum est tractu tempore convalesceré non potest”*.⁴²⁷

O.- Es importante acotar que la nulidad de un acto administrativo eventualmente puede generar la reparación del daño ocasionado, a pesar de que las situaciones ya se hubieren consolidado, pero este es un caso excepcional que la jurisprudencia solo ha admitido en materia tributaria para evitar el incentivo a la evasión de impuestos cuando se declaran nulos actos administrativos de carácter general que crean impuestos⁴²⁸. La regla general es que la reparación del daño solo se pueda esgrimir al interior de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho incoada dentro del término de caducidad señalado por la ley, por eso en el último inciso del artículo 138 del CPA, se advierte que se puede demandar un acto administrativo de carácter general en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando no medie un acto administrativo de carácter particular y concreto y la demanda se presente dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación del acto acusado.

d. Individualización del acto acusado

Es importante anotar que el acto administrativos que se demanda debe estar identificado plenamente con la nomenclatura, la fecha y la autoridad que

⁴²⁷ GARRIDO FALLA, Fernando, Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Parte General, Decimocuarta edición, Editorial Tecnos, con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González, página 583.

⁴²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600020000190701 (24655) de febrero 23 de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2012, páginas 892 a 914.

lo expidió, en caso contrario se puede correr el riesgo de que se profiera una sentencia inhibitoria porque el Juez no puede revisar oficiosamente la legalidad de actos administrativos no acusados por la parte demandante. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “[...] No es posible que el Juez oficiosamente reemplace la pretensión principal para cobijar otros actos cuya nulidad no fue demandada expresamente ni fueron controvertidos en vía gubernativa [...]”.⁴²⁹

Por otro lado, es importante advertir que debe demandarse de manera explícita el acto ficto o presunto.⁴³⁰

Esta exigencia la consagró el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 163 del CPA

3. Lo hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción

Es el tercer requisito que trae el artículo 137 del CCA, el cual es claro y no resiste ningún comentario adicional, salvo la advertencia de que los hechos deben estar individualizados en numerales y ordenados de manera cronológica. Situación en la que hace hincapié la nueva codificación al señalar que los hechos deben estar debidamente determinados, clasificados y numerados (Numeral 3° del artículo 162 del CPA). En lo que tiene que ver con la acción de simple nulidad, los hechos serán los antecedentes administrativos de la decisión administrativa de carácter general o de carácter particular y concreto que se impugna.

Es una impropiedad hablar en este capítulo de la demanda de normas violadas y concepto de violación, toda vez que el mismo se reduce a una descripción de situaciones fácticas y no de apreciaciones jurídicas, aunado a que por el hecho de insertar en este acápite premisas en torno a vicios invalidantes, se corre el riesgo de incluir argumentos valiosos que deberían situarse en el capítulo de normas violadas y concepto de la violación, lo que genera una posibilidad evidente de que el Juez los pase por alto al momento del fallo.

4. Los fundamentos de derecho de las pretensiones

Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo (así se trate de aquellos que se expidan durante la ejecución de un contrato estatal), deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de la violación: Frente a este requisito que trae el artículo 137 del CCA y el numeral 4° del artículo 162

⁴²⁹ Consejo de Estado. Sección Cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil cinco (2005), Radicación número: 25000-23-27-000-2001-01368-02 (14140).

⁴³⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de 29 de junio de 2006; Magistrado Ponente: Tarsicio Cáceres Toro; exp. Número: (5874-03).

del CPA, es necesario aclarar lo siguiente: al ser la acción de simple nulidad una acción pública y popular, cualquier persona, no necesariamente un abogado, puede ejercerla ante la jurisdicción contencioso administrativa⁴³¹, por lo tanto debería prevalecer el principio *iura novit curia*, es decir al juez se le dan los hechos y el deberá aplicar el derecho al caso concreto. Sin embargo frente a las acciones que pretendan la nulidad de actos administrativos este principio no opera, tal como lo explicó la Corte Constitucional a través de la sentencia C-197 de 1999, de abril 7 de 1999, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, cuyas consideraciones se sintetizan en los siguientes puntos:

a. Los actos administrativos se presumen legales y, por lo tanto, la carga de la prueba se invierte y le corresponde al demandante desvirtuarla, adecuando los vicios que afecten la decisión administrativa a las causales de invalidación contempladas en el artículo 84 del CCA y el artículo 137 del CPA A lo que se suma que las leyes y los artículos trasgredido deberán estar individualizados con toda precisión, tal como lo ha explicado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Cuando la ley habla de la expresión de las disposiciones violadas no se cumple el requisito con la simple cita del ordenamiento a que pertenece la norma o normas infringidas, sino que deben señalarse estas con toda precisión. Por tanto no se llena dicho requisito con afirmaciones como éstas: Normas violadas: el Código Civil, la Ley 135 de 1961, y el Decreto 3135 de 1968; sino que tendrá que expresarse, por ejemplo: estimo como violados los artículos 672 y 1546 del Código Civil; el 24 de la Ley 135 de 1961 y el 41 del Decreto 3135 de 1968.

Pero no solo deberá expresarse la norma que se estima infringida con el acto, sino que tendrá que explicarse el alcance y el sentido de la infracción, o sea, el concepto de la violación.⁴³²

Sin embargo, el Consejo de Estado ha morigerado esta posición en algunos pronunciamientos, lo que a nuestro modo de ver es erróneo, pues la precisión normativa no es un capricho sino un ejercicio indispensable en procura de obtener una sentencia favorable a las pretensiones. Por ende, no se deben dejar cabos sueltos

⁴³¹ “[...] la acción que se plantea en el presente proceso, que se adelanta en desarrollo del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, texto que expresamente legitima a toda persona (natural o jurídica, mayor o menor, capaz o incapaz, nacional o extranjero) para que ejerza, directamente o a través de representante, la acción pública de nulidad contra los actos administrativos, según lo estime pertinente. En este evento, tanto la Constitución (art. 237) como la ley, Código Contencioso Administrativo (arts. 84, 128 y ss.), habilitan a toda persona para iniciar las referidas acciones [...]” (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de febrero 19 de 1999, Expediente 9229. Consejero Ponente: Daniel Manrique Guzmán).

⁴³² Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de marzo 26 de 1982, citada en Código Contencioso Administrativo, Hojas sustituibles de *Legis*, páginas 262 y 263.

y se le debe otorgar al Juez los elementos de juicio suficientes para que declare la nulidad del acto administrativo acusado y se enerve la presunción de legalidad que lo cobija. La posición que se critica es del siguiente tenor:

“[...] La mera circunstancia de que no se hubiese indicado con absoluta precisión el artículo pertinente no es obstáculo para que el juzgador examine la normatividad allí contemplada frente al caso que se le denuncia. Tampoco puede ignorar la Sala que por mandato constitucional prevalece el derecho sustancial sobre la mera formalidad, orientación que no es novedosa a partir de la Carta Política de 1991, pues el mismo CPC ordena que al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial [...]”⁴³³

Por otro lado, consideramos que las normas violadas pueden ser principios del orden constitucional, como por ejemplo el Debido Proceso (art. 29 de la Constitución Política), pues la Constitución tiene fuerza normativa y por sí sola tiene la virtualidad suficiente de dejar sin efectos actos administrativos (art. 4 de la Constitución Política).

Finalmente, en lo que tiene que ver con este literal, es imprescindible puntualizar lo siguiente: si se citan algunas normas de manera general y otras precisando las disposiciones pertinentes, el Juez solo valorará los artículos específicos que vayan acompañados del respectivo concepto de la violación, dejando de lado las normas citadas de manera genérica.

b. El hecho de establecer en el contenido de la demanda las normas violadas y el concepto de la violación, contribuye a hacer eficaz y eficiente la administración de justicia, debido a que la normativa administrativa es muy extensa y en ocasiones, al Juzgador le sería prácticamente imposible determinar el segmento normativo que resulta violentado con la decisión, por lo tanto la exigencia resulta razonable, proporcional y necesaria dentro de nuestro entorno jurídico. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia, es deber de toda persona, el cual se encuentra regulado en el numeral 7° del artículo 95 de la Constitución, principio al cual deben contribuir todas las personas que concurran al aparato judicial.

c. La relatividad de la cosa juzgada cuando se niega la nulidad, permite que un acto administrativo se pueda demandar en acción de nulidad varias veces invocando como violadas nuevas normas jurídicas y conceptos de violación distintos. Por lo

⁴³³ Consejo de Estado, Sección Segunda – Subsección B; Ponente: Carlos Arturo Orjuela Góngora, Sentencia de 28 de mayo de 1998, Rad. 33042 (117-98).

tanto, a los demandantes no se les provoca ningún perjuicio con el requisito que se estudia, porque, tienen todas las oportunidades del mundo para poder demandar, ya que la acción de simple nulidad no caduca.⁴³⁴

Ahora bien, de conformidad a lo dispuesto por la providencia que se viene analizando, el requisito de las normas violadas y el concepto de la violación no es absoluto y posee tres excepciones, así:

- Si se cita erróneamente una disposición legal que por su contenido es fácilmente identificable por el Juez, o el concepto de la violación es insuficiente pero resulta comprensible, el juez no podrá desestimar el cargo de nulidad correspondiente. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, la Corte deja al arbitrio del Juzgador la calificación relacionada con la identificación de la norma no citada o erróneamente citada o con el alcance o ámbito de lo no cubierto por el concepto de la violación, lo que puede generar inequidades dependiendo de si la óptica es restrictiva o amplia.
- Si el juzgador advierte que se está violando un derecho fundamental de aplicación inmediata, así no se haya citado esta situación por el libelista, deberá proceder a su protección. Aunque en nuestro concepto esta excepción es criticable toda vez que vulnera el debido proceso y el derecho de defensa de la parte demandada, habida cuenta que surgen causales invalidantes de oficio frente a las cuales no se pudo defender la parte pasiva de la relación jurídico-procesal. A pesar de esta crítica el Consejo de Estado ha aplicado esta excepción en algunos eventos, tal como ocurrió con un anciano que no pidió la pensión de retiro por vejez ni en vía gubernativa ni en sede judicial con base en el Decreto 3135 de 1968, sino la pensión ordinaria de jubilación contemplada en los términos del artículo 1º de la Ley 33 de 1985 sin reunir los requisitos para ello. En este caso la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo reconoció la pensión de retiro por vejez anotada por acceso efectivo de la administración de justicia y por tratarse de una persona de la tercera edad con protección reforzada.⁴³⁵
- El juzgador deberá aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando advierta que el acto administrativo es abiertamente contrario a la Constitución, es decir, hará efectivo lo contemplado en el artículo 4to de la Constitución Política, sin necesidad que el demandante lo hubiere esbozado en la demanda. Esta inaplicabilidad de oficio también la ha posibilitado la Corte Constitucional con la excepción de ilegalidad (Sentencia C- 037 de enero 26 de 2000).

⁴³⁴ Esta precisamente es una diferenciación entre la acción de nulidad y la de inexecutable, ya que, por regla general, cuando en esta última se declara exequible una norma, se produce cosa juzgada absoluta, ya que la norma fue cotejada con toda la Constitución.

⁴³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia de marzo 1º de 2012. Radicación: 25000-23-25-000-2002-13488-01. Consejero Ponente: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2012.

Ahora, consideramos que la conciliación judicial no se ve truncada por el requisito que se expone en este numeral, dado que la parte demandada conviene en acordar con base en la ilegalidad de los actos acusados y por ende accede a su revocatoria automática, incluso frente a normas violadas no citadas en la demanda o conceptos de la violación no sostenidos en el libelo, pues la administración pública tiene la potestad de volver sobre sus propios actos cuando estos resultan contrarios a la Constitución y a la Ley y constituyen una carga para los administrados.

5 y 6. En cuanto a los últimos dos requisitos, será necesario hacer comentarios adicionales cuando veamos la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Sin embargo, la nueva codificación trae el numeral 7° del artículo 162 del CPA, donde se advierte que el demandante debe precisar el lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. Agrega que para tal efecto podrán indicar también su dirección electrónica. Por tanto, es carga de la parte demandante precisar en la demanda la dirección del buzón electrónico para notificaciones judiciales, que debe implementar todas las entidades públicas con el advenimiento del nuevo código (art. 197 del CPA). Por otro lado, si decide allegar su dirección electrónica, todas las providencias judiciales que se dicten durante el proceso judicial se le notificarán por ese medio (art. 205 del CPA).

B. La demanda: requisitos y anexos (arts. 139 y ss. del CCA y art. 166 del CPA)

La demanda en la acción de simple nulidad⁴³⁶ debe ir acompañada de los siguientes documentos y requisitos, además de que debe cumplir con el contenido de la demanda tal como se vio, so pena de ser inadmitida o rechazada, según el caso, veamos:

1. La demanda deberá acompañarse copia auténtica del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación y ejecutoria, comunicación o ejecución. (Inciso primero del artículo 139 del CCA). Se reputan como copias hábiles las publicadas en los medios oficiales, sin que se requiera la autenticación. Por ejemplo: La Gaceta Departamental, por lo tanto, a la demanda se podrá acompañar el ejemplar en original que contenga la publicación del acto que se impugna o una copia simple del acto acusado o del correspondiente ejemplar, acompañada de una constancia que certifique que la decisión demandada fue publicada en el medio oficial. Cuando la publicación se haya hecho por otros medios, la copia deberá ir autenticada por el Servidor público correspondiente (Incisos segundo y tercero del artículo 139 del CCA).

⁴³⁶ Estos mismos requisitos se deben atender en las otras acciones, siempre y cuando compaginen con sus propias particularidades.

Ahora bien, se resalta del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que la exigencia de la copia auténtica del acto administrativo acusado ya no opera. Por ende, a la demanda se puede allegar una simple copia del acto acusado con sus constancias de publicitación, sin embargo nada se dice sobre la naturaleza de estas constancias, es decir, si deben venir en original, en copia auténtica o en simple copia. Consideramos que en aras de emular el principio *pro damato* estas constancias podrán ser aportadas al plenario en simple copia (Inciso primero del numeral 1° del artículo 166 del CPA).

Cuando el acto no ha sido publicitado o se deniega la copia autentica del mismo o la certificación de que fue publicitado y quedó ejecutoriado, el demandante deberá expresarlo así en la demanda bajo juramento que se considera prestado desde el momento de la presentación de la misma. Tal afirmación deberá estar acompañada de la manifestación del lugar donde reposa el acto administrativo original o de la publicación (si se trata de una decisión administrativa de carácter general o de una notificación mediante publicación o una comunicación mediante publicación) donde se publicó el acto administrativo, para que el ponente o el juez lo solicite antes de admitir la demanda (Inciso 4to del artículo 139 del CCA). A esto es lo que la doctrina ha denominado petición previa o especial antes de la admisión de la demanda. Ahora, como la petición previa se entiende ejercida bajo la gravedad de juramento, no es dable al Juez exigir prueba de que el interesado solicitó ante la administración pública copia auténtica del acto acusado. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

El artículo 139 del CCA no exige, como lo entendió el Tribunal, que además de la indicada manifestación el demandante acompañe la prueba con su respectiva fecha "... de haberse solicitado previamente a la administración la copia de los actos administrativos acusados...". La exigencia que contempla el penúltimo inciso del artículo 139 del CCA, en el sentido de que "Al efecto deberá acompañarse con la demanda la prueba del recurso o petición elevado ante la administración, con la fecha de su presentación", está referido al acto presunto derivado del silencio administrativo negativo, respecto del cual, lógicamente, no existe copia y aquel es el mecanismo para probar su configuración ficta, y, en modo alguno, a la situación prevista en el inciso tercero de la misma norma relativa a la petición del demandante para que el Magistrado Ponente solicite copia del acto acusado. Por consiguiente, la exigencia de la fecha de la solicitud a la administración de copia del acto acusado, no tiene respaldo legal y no resulta válida para efectos de acceder por parte del Magistrado Ponente a esa petición. Se debe, pues, revocar el auto apelado a fin de que el Tribunal proceda a considerar

que el demandante si cumplió con la previsión contenida en el inciso tercero del artículo 139 del CCA, en el sentido de pedir por la Magistrada Ponente se solicite copia del acto acusado a la autoridad correspondiente y para que, en consecuencia, proceda de conformidad.⁴³⁷

Ahora bien, a pesar de que la disposición en comentario⁴³⁸ parece circunscribir a la denominada petición previa, solo a los actos administrativos de carácter general, habida cuenta que solo se refiere al mecanismo de publicidad de la publicación, la jurisprudencia y la doctrina son pacíficas en señalar que tal petición también opera en lo referente a los actos administrativos de carácter particular y concreto y se extiende a todos los mecanismos de publicitación (publicación, comunicación, notificación y ejecución)⁴³⁹.

La oportunidad para ejercer la petición previa solo se da en la demanda o mediante una corrección posterior del libelo, antes de que se entre a estudiar su admisibilidad o con el memorial que responde a una inadmisión. Esto porque la demanda puede ser corregida o adicionada después de presentada, antes de que sea admitida o cuando se ordena su corrección. Lo que resulta imposible es ejercer la petición previa durante el término de fijación en lista, habida cuenta que en este momento la demanda ya ha sido admitida y se supone que los requisitos y anexos de la misma se cumplieron.

Sin perder de vista lo expuesto en el párrafo anterior, cabe advertir que el Consejo de Estado en algunas providencias ha sostenido que presentar la petición previa como respuesta a una inadmisión por no acercarse con la demanda la copia auténtica del acto acusado con sus constancias respectivas, no es viable y el juez debe rechazar la demanda por una irregular corrección, lo que desde nuestro punto de vista es una posición extrema que atenta contra el acceso efectivo de la

⁴³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil uno (2001). Radicación número: 54001-23-31-000-2001-2152-01 (2515), Actor: Aurelio Aníbal Amariles Álvarez, Demandado: Concejal del Municipio de Villa del Rosario.

⁴³⁸ Inciso 4to del artículo 139 del CCA

⁴³⁹ El Consejo de Estado ha sido, a nuestro modo de ver en ocasiones, acertado al señalar que los mecanismos de publicitación de los actos administrativos no se pueden equiparar, veamos: “El comienzo o iniciación del término de caducidad depende de la clase de acto, según lo tiene establecido de tiempo atrás nuestro estatuto procesal contencioso administrativo y plasmado hoy en el artículo 136 del CCA (con las modificaciones hechas por el art. 23 del Decreto 2304 de 1989) respecto a la acción de restablecimiento del derecho cuando dice que “...caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso...”. La expresión “según el caso” utilizada hace referencia a la naturaleza o clase del acto, según sea de aquellos que requieran publicación en algún órgano de publicidad, notificación (caso en el cual son aplicables las normas sobre la personal o por edicto de los arts. 44 y siguientes del Decreto 01/84), o de aquellos actos de simple ejecución mediante los cuales la Administración ejecuta una determinación legal previamente adoptada”. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección cuarta, auto 1164, julio 26, 1991; C.P. Jaime Abella Zárate, expediente 3156. Actor: Financiacoop, en extracto 240, 1991.

administración de justicia, pues el memorial que se acerca como consecuencia de un auto inadmisorio, no deja de hacer parte del libelo y el legislador solo exige que la petición previa se encuentre inmersa en la demanda que origina el proceso. Veamos la posición que se critica en esta oportunidad:

Hizo bien el Tribunal al afirmar que la corrección de la demanda no es la oportunidad procesal para invocar la aplicación del artículo 139 del CCA y hacer la petición previa de los actos acusados pues claramente dicho artículo exige que esta deba hacerse en la demanda.

En este sentido fue acertada la decisión del Tribunal pues al omitir la actora la carga procesal de aportar copias auténticas de los actos acusados con las constancias de su notificación dentro del plazo señalado, indiscutiblemente acarrea con la consecuencia jurídica del rechazo de la demanda.⁴⁴⁰

Asimismo, es necesario anotar que cuando la autoridad responde a la petición previa y remite a la autoridad judicial una copia simple, esta se reputa auténtica para todos los efectos legales, dado que la misma es enviada directamente por la autoridad que expidió el acto. Así lo ha aclarado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

La ley procesal civil enseña sobre la aportación de documentos lo siguiente: -Que se aportarán al proceso en originales o en copia y que ésta podrá consistir en transcripción o reproducción mecánica del documento (art. 253) -Que para que la copia tenga el mismo valor del original es necesario que la copia se obtenga de una de las siguientes formas: autorizada por notario o autoridad facultada para ello previa orden judicial; autenticada por notario o compulsada en el curso de inspección judicial. -Que un documento, aportado en original o en copia, es auténtico, cuando existe certeza sobre quien lo elaboró. El documento público está cobijado por la presunción de autenticidad mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad mientras que el documento privado es auténtico, entre otros casos, si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente (art. 252 CPC). De conformidad con la ley, de contenido claro, y con la jurisprudencia como criterio auxiliar, se aprecia que los documentos amparados con la presunción de autenticidad

⁴⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejera Ponente: María Claudia Rojas Lasso, Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil nueve (2009), Ref.: Expediente 2007-00326-01, Autoridades Nacionales, Actora: Promédica Bogotá Unión Temporal.

de que trata el artículo 12 de la ley 446 de 1998 son solamente los originales o de documentos privados o de documentos públicos. En consecuencia, si se aportan al expediente una copia de documentos públicos para que los mismos presten mérito ejecutivo, se requiere que sean autenticadas de alguna de las formas establecidas en el artículo 254 del CPC y así tengan el mismo valor probatorio del original. Sin embargo, se recuerda, que como en el caso particular el ejecutante es una entidad pública que aportó documentos en copia simple emanados de ella misma y con su intervención (contratos y actos administrativos de terminación unilateral y de decisión de recursos y de ocurrencia del siniestro) se tienen como auténticos⁴⁴¹.

Sobre el asunto de la petición previa el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo reitera el texto que estaba contemplado en la antigua codificación. Empero, continúa con el error de hablar de la publicación del acto acusado y no de la publicitación, concepto más amplio que incluye las otras formas de dar a conocer los actos administrativos. Así mismo agrega la nueva normativa que si el acto está publicado en la página web de la respectiva entidad, no es necesario anexar copia del mismo con la demanda y basta indicar dicha publicación en la página web para cumplir con el requisito que se estudia (Inciso segundo del numeral 1° del artículo 166 del CPA).

Por otro lado, si en la demanda el actor expresa que el acto administrativo acusado nunca se lo notificaron y que, en cambio, se lo enviaron o remitieron en simple copia, dicha copia se considera auténtica por las mismas razones expuestas en lo transcrito líneas atrás y en aras de honrar los principios de acceso efectivo a la administración de justicia y buena fe. En este mismo orden de ideas, si en presencia de un acto en simple copia se colige que este es precisamente el documento que se entregó durante la audiencia de la notificación, se reputa auténtico. Lo importante es advertir esto en la demanda o, en su defecto, en el recurso de reposición contra el auto inadmisorio o en el de la apelación en caso de rechazo.

Aunado a lo anterior, también cabe anotar que cuando se acerca a la demanda una copia simple del acto administrativo acusado, empero, en el contenido del mismo se encuentra la constancia de la notificación personal en original, el Juez debe considerarla como auténtica. En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo del Quindío en los siguientes términos:

⁴⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil dos (2002), Radicación número: 25000-23-26-000-1999-624-01 (19406), Actor: Departamento de Cundinamarca, Demandado: Administración de cooperativa Interregional de Colombia Ltda. y de La Aseguradora El Libertador S.A.

[...] es claro que el documento aportado por el accionante, se refiere al acto administrativo que le fue notificado y entregado por la entidad demandada, pues pese a que no se le indique en forma expresa que es auténtico, el hecho que la constancia de notificación se encuentre impresa en el texto del acto administrativo, le imprime autenticidad además porque así lo dispone el artículo 44 del CCA, cuando prevé en su inciso 5° que “al hacer la notificación personal se entregará al notificado copia íntegra, auténtica y gratuita de la decisión”.⁴⁴²

Si no se cumple con este requisito estaríamos ante un vicio formal que da lugar a conceder diez días para corregir la demanda, so pena de rechazo de la misma.⁴⁴³ Es pertinente advertir lo siguiente: si el documento que se anexa a la demanda, contentivo del acto administrativo acusado, es copia auténtica de una copia auténtica o del original, es perfectamente admisible para salvar este presupuesto⁴⁴⁴. Ahora bien, a pesar de lo expuesto, el Consejo de Estado en ocasiones ha señalado que la copia auténtica del acto administrativo acusado no es un anexo indispensable de la demanda, contradiciendo el tenor literal del artículo 139 del CCA y las exigencias consagradas en el art. 254 del CPC, donde se advierte que un documento público solo se puede valorar en un proceso judicial si está en copia auténtica, aunado a que se olvida por la alta corporación de lo contencioso administrativo que dicho anexo es necesario para establecer requisitos que permitan adelantar un proceso válido, como la caducidad, el agotamiento de la vía gubernativa o para comprobar que el acto acusado es una decisión que si se puede controlar judicialmente. Observemos aparte de esta tesis que a nuestro modo de ver es errónea:

Para la admisión de la demanda no se requieren que se aporten los actos acusados en copia auténtica, al respecto esta Sala en auto de 5 de julio de 2001, actor SEGUNDO CHARFUELAN, Consejero Ponente Dr. ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, dijo: “En el caso presente, la actora como anexo de la demanda trajo copia simple de los actos acusados, es decir que por este aspecto no había lugar a ordenar la corrección de la misma, pues la norma no ordena que éstos deban venir autenticados. Lo anterior tiene su razón de ser en el hecho de que dichas copias son para aducir en proceso

⁴⁴² Tribunal Administrativo del Quindío, Magistrado Ponente: Rigoberto Reyes Gómez, Armenia, cinco (5) de febrero de dos mil diez (2010), Referencia: Auto resuelve apelación, Acción: Nulidad y restablecimiento, Demandante: Germán González Lotero, Demandado: ESE Rita Arango Álvarez del Pino Liquidada, Radicado: 63-001-3331-001-2009-00711-01.

⁴⁴³ Sin embargo esta no es una posición unánime, para la sección cuarta del Consejo de Estado es un requisito sustancial que ocasiona rechazo de plano de la demanda, ya que a través del cumplimiento del mismo se colige si la acción esta caducada o no. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto de septiembre 3 de 1982).

⁴⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Segunda, Auto de marzo 21 de 1983

en el que la autoridad que los expidió va a ser parte y dentro del cual puede hacer uso de los mecanismos de defensa que le brinda la ley. Además de lo anterior, la exigencia que consagra el inciso 1° del precitado artículo, se hace indispensable para determinar ciertos aspectos procesales tales como caducidad, legitimación en la causa, etc., los cuales en este caso en particular, se podía hacer con las copias allegadas.⁴⁴⁵

Reiteramos, el pronunciamiento jurisprudencial transcrito fue acogido por la nueva codificación dado que ya no es necesario anexar a la demanda copia auténtica del acto acusado (Inciso primero del numeral 1° del artículo 166 del CPA). Es importante aclarar que el artículo 626, literal A, del Código General del Proceso no afectó esta disposición, pues derogó el inciso primero del artículo 215 del CPA pero en materia de pruebas documentales practicadas o aportadas durante el término probatorio. Aunque cabe precisar que el artículo 246 del Código General del Proceso revive la disposición derogada para el proceso contencioso administrativo, aunque por vía de remisión.

Siguiendo con el tema de la autenticidad del acto administrativo acusado, es menester señalar que el Consejo de Estado, en aplicación de la Ley 962 de 2005, le ha reconocido valor probatorio a las copias impresas de actos administrativos de carácter general que reposen en páginas web oficiales, acompañadas con la demanda, así:

[...] de conformidad con los artículos 6°, 7° y 8° de la Ley 962 de 2005, resulta claro que las reproducciones efectuadas de las normas de carácter territorial seccional o local (estricto sensu: actos administrativos de carácter general) que se encuentren a disposición del público en Internet como documentos electrónicos en su modalidad de mensaje de datos dentro de las páginas institucionales de las entidades públicas de las administraciones departamentales o municipales se reputan auténticas para todos los efectos legales, siempre que no se altere el contenido del acto, régimen que interpretado armónica y sistemáticamente con los artículos 95 de la Ley 270 de 1996, 6° y 10 de la Ley 527 de 1999, permite colegir que es un medio admisible, eficaz, válido y con fuerza obligatoria para demostrar el contenido del texto de aquel tipo de disposiciones jurídicas de alcance no nacional y con el cual se satisface la exigencia prevista en los artículos 188 del Código de Procedimiento

⁴⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia del 1° de julio de 2009, Expediente 27001-23-31-000-2002-01189-01 (2604-05), Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

Civil y el 141 del Código Contencioso Administrativo respecto de su aducción al proceso para efectos de aplicación por parte del juez, quien así privilegiará el principio contenido en el artículo 228 de la Constitución Política, según el cual en las actuaciones de la administración de justicia “prevalecerá el derecho sustancial”.⁴⁴⁶

Igualmente, en pronunciamiento posterior se extiende el reconocimiento de autenticidad a cualquier tipo de documento, lo que permitiría pensar, en principio, que las copias impresas de los actos administrativos de carácter particular y concreto que reposen en las páginas web oficiales también deben reputarse auténticas, sin embargo, aunque podría aceptarse esta posición lo que sí es indiscutible es que dichas copias no permiten advertir si la decisión se encuentra bien o mal notificada o si la misma ya está ejecutoriada, por ende, consideramos que la copia impresa de un acto administrativo de carácter particular y concreto no sirve para acreditar la no operancia de la caducidad o el debido agotamiento de la vía gubernativa, teniéndose que, necesariamente, acompañar a la demanda las constancias respectivas. Veamos aparte del pronunciamiento jurisprudencial que se comenta en este enunciado: “La información contenida en el mensaje de datos transcrito, el cual, como se anotó, se encuentra publicado en la página WEB del Hospital Departamental de Villavicencio, puede ser apreciada y consultada por la Sala, pues la misma reúne las condiciones necesarias para ello, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la sentencia de 15 de agosto de 2007”.⁴⁴⁷

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que en la demanda se podrá indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales, lo que nos permite inferir que con la nueva codificación no es necesario imprimir el acto administrativo acusado y publicitado en la página web anotada (Inciso segundo del numeral 1° del artículo 166 del CPA).

La prueba o constancia de la publicitación (notificación, publicación, comunicación o ejecución), es indispensable para contabilizar la caducidad de la acción. También es imprescindible para solicitar la suspensión provisional de un acto administrativo, habida cuenta que solo a través de ella se prueba que la decisión acusada está produciendo los efectos jurídicos que se buscan suspender. Empero, si de la fecha de la decisión se infiere que la acción no ha caducado, no es necesario exigir este anexo, salvo, se reitera, si se solicitó la suspensión provisional de los efectos de la decisión acusada.

⁴⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de agosto de 2007. Radicación AP-19001-23-31-000-2005-00993-01. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2008, páginas 110 a 114.

⁴⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Sentencia del 19 de agosto de 2009, Radicación No.: 500012331000199504805 01. Expediente: 16.428. Actor: Emilse Cruz Cifuentes y Otros. Demandado: Departamento del Meta – Departamento de Salud del Meta.

Por otro lado, si de lo que se trata es de demandar actos administrativos que reconocen prestaciones periódicas (numeral 2do del artículo 136 del CCA) o del ejercicio de acciones que no están sometidas a término de caducidad alguno, como la acción de simple nulidad (numeral 1ro del artículo 136 del CCA y literal a del numeral 1º del artículo 164 del CPA), la constancia a que se ha hecho referencia en líneas anteriores es irrelevante, salvo, tal como se advirtió, si está de por medio una solicitud de suspensión provisional. Es importante agregar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo agrega como acciones no sometidas a término de caducidad alguno, aquellas que buscan declarar nulos actos administrativos que niegan prestaciones periódicas (Literal c del numeral 1º del artículo 164 del CPA).

Es necesario advertir lo siguiente: si existe duda en la notificación en debida forma del acto acusado de carácter particular y concreto, se debe admitir la demanda y resolver en la sentencia una posible ocurrencia de caducidad⁴⁴⁸. Aunado a lo anterior, es pertinente advertir que la constancia de notificación que se anexe a la demanda o se allegue como consecuencia de una petición previa, no necesariamente es el acta de la diligencia respectiva donde se acreditan todas las formalidades que exige la ley, simplemente puede ser una certificación donde se manifiesta que se realizó la diligencia anotada. Ante esta situación y para evitar burlas por parte de la administración pública, el demandante deberá manifestar bajo la gravedad de juramento que nunca fue notificado de la decisión o que le fue indebidamente notificada, con el objeto de que no le rechacen la demanda por caducidad de la acción y tal fenómeno sea estudiado al momento de dictar sentencia. Ahora bien, aunque la constancia de notificación no es la diligencia, es indispensable acercar con la demanda copia auténtica del acta que la contiene, para identificar los recursos que procedían contra la decisión y en que término se podían interponer. Recordemos que la nueva codificación prescinde de la exigencia de la copia auténtica (Numeral 1º del artículo 166 del CPA).

Ahora, la constancia de ejecutoria es un anexo indispensable de la demanda, para acreditar el agotamiento de la vía gubernativa, en aquellos eventos en que tal agotamiento sea obligatorio para poder acudir a la vía jurisdiccional, esto es, cuando es viable el recurso de apelación contra el acto administrativo acusado. Esta Constancia también es importante para acreditar la unidad inescindible, aunque se advierte que con el advenimiento del nuevo código las falencias que

⁴⁴⁸ “La caducidad, conforme a la estructuración conceptual de nuestra *Legislación*, es de estricto orden público y de obligatorio cumplimiento, innegociable e irrenunciable, que debe llevar al rechazo de la demanda, conforme a lo establecido en el artículo 143 CCA y, de ser admitida, constituirse en un precioso argumento para sustentar el recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, al igual que una solicitud de nulidad procesal con fundamento en el artículo 165 CCA Salvo que nos encontremos ante situaciones difíciles de definir a primera vista, caso en el cual lo relativo de la caducidad debe ser resuelto al momento de fallar”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, p. 419.

se presenten en este requisito pueden ser corregidas de oficio por el Juez. Esta constancia también la cobija la petición previa.

2. Deberá acompañarse el documento que acredite la capacidad para ser parte en el proceso, dentro de los parámetros regulados en el inciso 5to del artículo 139 del CCA. Un ejemplo de este anexo sería el certificado de existencia y representación que expide la Cámara de Comercio, cuando se trata de personas jurídicas de derecho privado (Numeral 4º del artículo 166 del CPA). En lo que tiene que ver con la capacidad para ser parte de los organismos del Estado, el antiguo Código señalaba que no se tenía que acreditar la existencia y representación de las entidades públicas (Inciso 5to, artículo 139 del CCA, 25 del decreto 2304).⁴⁴⁹ Sin embargo el nuevo Código solo establece esta excepción cuando se trata de la Nación, los departamentos, los municipios y demás entidades creadas por la Constitución y la ley, por tanto, las demás entidades públicas deberán acreditar su existencia y representación en el proceso, tal como sucede con las personas de derecho público creadas mediante ordenanzas o acuerdos (Numeral 4º del artículo 166 del CPA).

Es necesario advertir que no se puede confundir la capacidad para ser parte en el proceso, que la poseen todas las personas naturales o jurídicas, con la *legitimatío ad causam*, toda vez que esta última se refiere al nexo sustancial del actor o del demandado con el objeto *litís* y su carencia genera sentencia denegatoria de las pretensiones, al paso que la falta de la primera genera rechazo de la demanda. Esto es explicable porque la capacidad para ser parte es un requisito para poder adelantar un proceso válido, al paso que la inexistencia de la legitimación en la causa no genera ninguna invalidez en el proceso.

Sobre la capacidad para ser parte, el profesor Devis Echandía explica lo siguiente: “Ser parte en el proceso equivale a ser sujeto de la relación jurídica procesal (...); por consiguiente, la capacidad para ser parte se identifica con la capacidad de ser sujeto de esa relación, como demandante, demandado, interviniente, sindicado, parte civil o ministerio público. La capacidad para ser parte en el proceso es la misma que para ser parte en cualquier relación jurídica sustancial, es decir, para ser sujeto de derechos y obligaciones, o capacidad jurídica en general, que reglamenta el Código Civil (título 1º del libro IV). Por consiguiente, toda persona natural o jurídica, de derecho privado o público, tiene capacidad para ser parte en el proceso, o, lo que es igual, para ser sujeto del proceso o de la relación jurídica procesal”⁴⁵⁰.

⁴⁴⁹ Carlos Betancur Jaramillo critica la laxitud de la norma en los siguientes términos: “La reforma no fue afortunada, sobre todo en lo que dice relación con los entes públicos creados a nivel seccional mediante ordenanzas o acuerdos, por cuanto estos ordenamientos locales no caen en el principio “*iura novit curia*” y como tales requieren ser probados adecuadamente dentro del proceso. (Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Señal Editora, Página 236).

⁴⁵⁰ Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso, Décimo Tercera Edición, Tomo I, 1994, Biblioteca Jurídica DIKE, página 373.

3. Deberá acompañarse la prueba del silencio administrativo: Tal como lo ordena el último inciso del artículo 138 del CCA Es por esto que se exige la copia del derecho de petición o del o los recursos interpuestos en la vía gubernativa con el recibido o fecha de presentación (Inciso 6to del artículo 139 del Código Contencioso Administrativo). El recibido de los derechos de petición y de los recursos para configurar el silencio debía ser en copia auténtica o en documento original. Sin embargo el nuevo código no precisa esta exigencia en el numeral 1º del artículo 166 del CPA

Respecto a los recursos se discute si el término para configurar el silencio administrativo procesal se contabiliza a partir del día siguiente de la presentación de los recursos de reposición y apelación, que como lo anotamos lo normal es que se presenten simultáneamente cuando se decida usar los dos, o por el contrario, solo empieza a correr a partir del día siguiente de que se conceda la apelación. En nuestro concepto el término anotado empieza a operar a partir del día siguiente de la interposición de los recursos simultáneamente, habida cuenta que posteriormente no se podría hablar de interposición alguna. En este sentido compartimos en un todo lo expuesto por el profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa en los siguientes términos:

En nuestra opinión, el término de los dos meses es común para ambos recursos, el de reposición y el de apelación, cuando se interponen conjuntamente dentro del término de ejecutoria. Sin embargo la jurisprudencia del Consejo de Estado en algunas providencias ha sostenido que el término de dos meses del artículo 60 del CCA es independiente para cada recurso, en cuanto que en su trámite son autónomos, debiéndose en consecuencia iniciar el conteo de los nuevos dos meses, para la apelación, a partir de la notificación del acto que niega la reposición; esto cuando se hace uso de los dos recursos legales propios de la vía gubernativa.⁴⁵¹

Es obvio que en este caso se trata del silencio administrativo negativo, habida cuenta que si estuviéramos frente al acto presunto resultante del silencio positivo, al beneficiado no le interesa demandarlo (a no ser que se incumpla la obligación y requiera de la acción de cumplimiento) y si se trata de la administración pública, puede revocar el acto presunto sin ningún obstáculo siempre y cuando se configure alguna de las causales contempladas en el artículo 69 del CCA (inciso segundo del artículo 73 del CCA). Sin embargo, esta última posibilidad fue derogada con el advenimiento del nuevo Código, por ende, así se trate del acto presunto resultante del silencio administrativo positivo, la administración pública deberá obtener el consentimiento del beneficiado, en caso contrario, se deberá acudir a la jurisdicción.

⁴⁵¹ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, páginas 410 y 411.

Si los recursos no se interponen simultáneamente empero dentro del término de ejecutoria, el término para configurar el silencio administrativo se contabiliza de manera independiente a partir del día siguiente de la interposición de cada recurso, por ende, a la demanda se deben acompañar los dos escritos con sus respectivas constancias de recibido.

4. Si se actúa a través de apoderado judicial, se acompañará el poder respectivo (Artículo 160 del CPA). Donde se deberá señalar de manera clara y singularizada el o los actos administrativos que se acusen o el contrato estatal frente al cual se solicita su declaratoria de nulidad absoluta o relativa y el tipo de acción que se utiliza.⁴⁵² Ahora, sin perder de vista lo expuesto en este párrafo, el Consejo de Estado ha aligerado un poco la carga de individualizar los actos administrativos acusados en el tenor literal del poder, bastando, según su parecer, referirse a ellos vía remisión al contenido de la demanda, lo cual lo encontramos inaceptable dado que el poder materializa la voluntad del actor y esta debe ser indubitable. Veamos la posición que se critica en este momento:

La de poder insuficiente para actuar se sustenta en no haberse expresado en él las pretensiones del actor para restablecer su derecho. En el respectivo memorial se observa que el poder está otorgado para que se inicie y se lleve hasta su culminación el proceso de acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las resoluciones identificadas e individualizadas en la demanda, de modo que el objeto del poder se encuentra suficientemente delimitado, toda vez que se precisan las pretensiones principales, la clase de acción y el objeto de la misma, es decir, que como lo exige el artículo 65 del CPC, los asuntos para el cual se otorgan están claramente determinados. El detalle de esas pretensiones y el objeto corresponde a los aspectos técnicos y requisitos de la elaboración de la demanda. Pretender que en el poder especial se entre necesariamente en esos detalles o desglose de los asuntos de la acción excede lo previsto en el citado artículo 65. En consecuencia, la excepción tampoco resulta probada.⁴⁵³

Ahora bien, el poder no puede ser anterior al acto administrativo acusado, en caso contrario se inadmite la demanda, dado que el derecho de postulación se debe

⁴⁵² Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Expediente 10059, junio 12 de 1997, Magistrado Ponente, Nicolás Pájaro Peñaranda.

⁴⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. 4 de agosto de 2005. Radicación número: 11001-03-24-000-1999-06015-01. En este mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 20001-23-31-000-2002-00962-01 (6090-05). Actor: Gloria Leonor Solano Bolaño. Demandado: Municipio de Agustín Codazzi, Cesar.

constituir luego de presentado el conflicto, no antes, en caso contrario habría vicio en el consentimiento pues el acto administrativo aún no había sido proferido y el afectado aún no estaría en dicha condición.

Por otro lado, cuando se manda a corregir porque falta el otorgamiento de poder de uno de los demandantes, la demanda se admite respecto de los otros si no se corrige y en cuanto al primero se rechaza por no corrección.

Finalmente, es importante advertir que el poder para demandar debe tener presentación personal, exigencia que se colige del inciso segundo del artículo 74 del C.G.P: “El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas”.

5. Se debe acompañar el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona, o cuando el derecho que reclama proviene de haberlo otro transmitido a cualquier título. (Inciso 5to del artículo 139 del CCA y numeral 3º del artículo 166 del CPA). Esto se da en los eventos de representación legal de incapaces, por ejemplo, o cuando se presenta un contrato de cesión de derechos litigiosos (Artículo 54 del C.G.P.). El Consejo de Estado ha precisado la noción de representante diferenciándola de la de parte, así: “[...] La noción de parte y la noción de representante son muy distintas, pues la parte es persona que, directamente o en su nombre demanda o es demandada, el representante es quien completa la capacidad que por ley le falta a ciertas personas –los incapaces- o lleva la vocería de las personas jurídicas, dada la naturaleza de éstas [...]”.⁴⁵⁴

6. Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañar el texto legal que las contenga, debidamente autenticado, o solicitar del ponente que obtenga la copia correspondiente (art. 141 del CCA y artículo 167 del CPA). Es decir, la normativa (actos administrativos de carácter general) que proviene de la Nación o de entidades descentralizadas del orden nacional, no se acompaña con la demanda, la demás si o deberá ser solicitada en el libelo. Es necesario advertir que si no se acompañan o piden las normas ya descritas, la demanda se admitirá si también se citaron nacionales, ya que la legalidad del acto administrativo podrá confrontarse con ellas⁴⁵⁵. Por otro lado, la

⁴⁵⁴Consejo de Estado, Sección Tercera. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 3 de abril de 1997, expediente 9718.

⁴⁵⁵ Consejo De Estado, Sección Cuarta, Sentencia de agosto 30 de 1991, Expediente 2739, Magistrado Ponente Jaime Abella Zárate.

petición de las copias correspondientes se decretará y surtirá en la etapa probatoria correspondiente, lo que quiere decir que no es necesario que se alleguen para poder admitir la demanda, sin embargo, si es necesario para estudiar una posible suspensión provisional.

Ahora bien, hay que recalcar en este punto que si se trata de actos administrativos, estos deben tener carácter general y no particular y concreto, por tanto, si se trata de actos administrativos de carácter particular y concreto del orden nacional invocados como violados, estos si se deben allegar en copia auténtica al expediente por ser documentos públicos (art. 254 del CPC), aunque se pueden pedir en la etapa probatoria. Así mismo es necesario aclarar que aquí se está hablando de normas violadas y no de actos administrativos acusados, por ende, es menester tener en cuenta que en el primer caso se aplica este artículo al paso que en el segundo caso se utiliza el numeral 1º del artículo 166 del CPA

Finalmente, el nuevo Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo continúa con la exigencia que aquí se analiza, sin embargo ya no exige que las normas que se deben anexar al expediente vengan autenticadas y, por otro lado, si las mismas fueron publicadas en el sitio web de la respectiva entidad, no es necesario acompañarlas al plenario y basta que se manifieste en el libelo que dicha normativa se encuentra en la página web correspondiente, indicando con precisión el sitio de internet pertinente.

7. Toda demanda deberá presentarse personalmente por quién la suscribe.⁴⁵⁶ El signatario podrá remitirla previa autenticación ante Juez o Notario de su residencia, caso en el cual se considerará presentada al recibo en el despacho judicial de destino (art. 142 del CCA).

Sobre la última parte de lo dispuesto en este numeral, cabe señalar que la caducidad de la acción solo se interrumpe cuando la Oficina Judicial respectiva le da el recibido a la demanda, por lo tanto y a título de ejemplo, si se realiza la presentación personal ante notario faltando cinco días para operar la caducidad, y posteriormente es remitida al Juez competente, pero llega un día después de operada la caducidad, la demanda será rechazada. Sobre el particular el Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

En síntesis, el envío de la respectiva demanda a través de correo o de cualquier otro medio al despacho de destino no es excusa para que el demandante ignore los requisitos, formalidades y términos establecidos en la ley, entre los cuales se destacan la presentación personal y, especialmente, su recibo en tiempo en el despacho de

⁴⁵⁶ Es pertinente anotar que la Corte Constitucional declaró inexecutable la presentación personal de la demanda ante la Oficina Judicial del Juez o Corporación, porque consideró irracional esta medida en el caso de que el demandante se encontrara en la sede del Juzgado o Corporación respectiva. (Sentencia C-646 de agosto 13 de 2002. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis).

destino, tal como lo consagran las disposiciones acusadas.

La Corte concluye, entonces, que la presentación de la demanda en el tiempo establecido por el legislador para ello ante el despacho judicial respectivo no vulnera la Constitución y, por el contrario, garantiza el debido proceso y el principio de igualdad. [...].⁴⁵⁷

Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no regula este asunto, como consecuencia, en este tema se debe aplicar la regulación del Código de Procedimiento Civil cuando entre en vigencia la nueva codificación. Por tanto, bajo la égida de la nueva normativa, se aplicará en el contencioso administrativo el artículo 41 de la Ley 1395 de 2010 que consagra expresamente que “la demanda con que se promueva cualquier proceso, firmada por el demandante o su apoderado, se presume auténtica y no requiere presentación personal ni autenticación”.

Así mismo, cabe acotar que el nuevo Código General del Proceso permite la presentación de la demanda a través de mensaje de datos sin necesidad de que vaya acompañado de firma digital. En este caso basta que el suscriptor se identifique con su nombre y documento de identificación en el mensaje de datos (Parágrafo segundo del artículo 82 del C.G.P.).

8. Deberán acompañarse tres copias de la demanda, dos con los anexos correspondientes para el traslado al Ministerio Público y a la parte demandada (serán más si la parte demandada estuviere conformada por más de una persona natural o jurídica) y una simple para el archivo del juzgado o corporación correspondiente. (Último inciso del artículo 139 del CCA y último inciso del artículo 84 del CPC). El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo continua con esta exigencia, sin embargo omite la carga de aportar la copia simple de la demanda para el archivo del juzgado o corporación correspondiente, lo que quiere decir que este último documento deja de ser un anexo del libelo (Numeral 5° del artículo 166 del CPA). Sin embargo, es importante señalar que el Código General del Proceso exige que la demanda también sea notificada a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por ende, se deberá acompañar una copia adicional de la demanda con sus anexos para dicho menester (Incisos 6° y 7° del artículo 612 del C.G.P. que modificó el artículo 199 del CPA). Así mismo, esta normativa exige que en la Secretaría quede copia de la demanda con sus anexos para cada uno de los demandantes (Inciso 5° del artículo 612 del C.G.P.). Como corolario, el apoderado debe acercar con la demanda un número absurdo de copias de la demanda con sus anexos que mínimo ascendería a seis ejemplares, situación que se nos antoja inconveniente e inútil, pues bastaría

⁴⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Ponente: María Helena Giraldo Gómez, Auto de 31 de agosto de 2001, exp. 18001-23-31-000-2004-00173-01 (29960).

con la remisión para surtir el traslado sin que fuere necesario dejar nada en la Secretaría. Finalmente, cabe acotar que por colaboración con la administración de justicia, los demandantes deberían acercar con la demanda todos estos anexos en CD-ROOM, pues su manejo se facilitaría por parte del Despacho, especialmente en lo atinente a su archivo, traslado y soporte para providencias judiciales.

9. En conflictos de laboral administrativo del orden nacional, es indispensable que se anexe a la demanda constancia del último lugar donde prestó los servicios el actor con el objeto de determinar la competencia del proceso en virtud del factor territorial, sin importar si la relación laboral está o no vigente, dado que la expresión “último lugar donde prestó los servicios”, se refiere al momento inmediatamente anterior a la presentación del libelo (Literal c del numeral 2º del artículo 134D del CCA y numeral 3º del artículo 156 del CPA). Si en virtud de la inadmisión de la demanda el actor manifiesta dentro del término para corregir que le es imposible allegar la constancia referida y solicita que el Despacho oficie a la entidad demandada para que la allegue, consideramos que en virtud del acceso efectivo de la administración de justicia, el Juez debe acceder a dicha solicitud y darle el trámite pertinente. Así mismo, si en la demanda o en la corrección correspondiente como consecuencia de la inadmisión de la misma, el libelista manifiesta bajo la gravedad de juramento en forma expresa o ante notario, mediante declaración que anexa al libelo o a la correspondiente corrección, que el último lugar donde prestó los servicios el actor fue en algún lugar de la jurisdicción del Despacho respectivo, el Juez debe admitir la demanda por presunción de buena fe. Así lo contempló el Tribunal Administrativo del Quindío en los siguientes términos:

Conforme lo anterior, esta Corporación disiente del criterio expuesto por él A quo, al considerar que los documentos aportados para subsanar la demanda no eran suficientes para establecer la competencia territorial para tramitar la acción. A contrario sensu, en garantía del principio constitucional de buena fe, es menester interpretar que el último lugar donde la parte actora prestó sus servicios fue para el Departamento del Quindío en el Instituto Génova, como lo consignó la parte demandante en el libelo petitorio y ante notario, en declaración juramentada.⁴⁵⁸

Sin embargo, en el pronunciamiento cuyo aparte se acaba de transcribir, el Tribunal anotado expone que para garantizar el acceso efectivo de la administración de justicia, el último lugar de prestación de servicios puede ser advertido por el Juez

⁴⁵⁸ Tribunal Administrativo del Quindío, Magistrado Ponente: Rigoberto Reyes Gómez, Armenia, veinticinco (25) de junio de dos mil diez (2010), Referencia: Auto resuelve apelación, Acción: Nulidad y Restablecimiento, Demandante: Tulio Ancizar Sánchez García, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación, Radicado: 63-001-3331-001-2010-00039-01.

a través de los antecedentes administrativos que se alleguen al expediente como consecuencia de la solicitud que se hace en el auto admisorio de la demanda, lo que a nuestro modo de ver es una tesis desafortunada dado que, la falta de competencia territorial es saneable y si el juez admite la demanda y el auto queda en firme y no se propone la excepción de falta de competencia, el Fallador debe asumir su conocimiento, así advierta posteriormente, mediante los antecedentes referidos, que no era el competente para tramitar y resolver el proceso. La posición que se critica es del siguiente tenor:

Es preciso anotar que el recaudo oportuno de pruebas documentales como la requerida por el Juzgado en el sub lite, y para determinar la competencia territorial, dicha situación es posible corregirse con una orden clara en el auto admisorio de la demanda, en el cual se requiera la remisión de los antecedentes administrativo a la contraparte, o bien se requiera a la Secretaría Departamental de Educación del Departamento del Quindío, a costa del demandante, para determinar tal circunstancia, así se garantizan los principios de economía y celeridad procesales, y especialmente, el acceso a la administración de justicia.⁴⁵⁹

Afortunadamente, en reciente pronunciamiento, el Tribunal Administrativo del Quindío cambió su posición, como consecuencia, para dicha Corporación el último lugar de prestación de servicios del actor debe ser acreditado antes de que se admita la demanda, veamos:

Por lo tanto, se hacía necesario requerir a la parte demandante para que certifique acerca del último lugar donde se prestaron los servicios laborales, en razón a que las reglas de competencia según el factor territorial indican claramente que en los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios, que para el presente asunto se aplica la regla general de competencia territorial. En consecuencia, el ordenamiento señalado en la providencia recurrida se ajustó a las normas procesales estudiadas.⁴⁶⁰

⁴⁵⁹ Tribunal Administrativo del Quindío, Magistrado Ponente: Rigoberto Reyes Gómez, Armenia, veinticinco (25) de junio de dos mil diez (2010), Referencia: Auto resuelve apelación, Acción: Nulidad y Restablecimiento, Demandante: Tulio Ancizar Sánchez García, Demandado: Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación, Radicado: 63-001-3331-001-2010-00039-01.

⁴⁶⁰ Tribunal Administrativo del Quindío, Sala de decisión, Magistrado ponente: Dr. Paulo León España Pantoja, Asunto: Resuelve apelación de auto de rechazo de demanda, Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho, Radicación: 63-001-3331-001-2010-00248-01, Demandante: Helio Sánchez de Correa, Apoderado: Osman Hipólito Roa Sarmiento, Demandado: CAJANAL en Liquidación, Armenia Q., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diez (2010).

Por último, cabe anotar que el Tribunal Administrativo del Quindío considera que la prueba del último lugar donde prestó los servicios el actor puede evidenciarse del tenor literal del acto administrativo acusado, en cuyo caso no es necesario requerir constancia alguna para vislumbrar dicho lugar. Veamos lo que expuso el mencionado Tribunal sobre este tópico en particular:

Los documentos solicitados por el a-quo al momento de inadmitir la demanda, en criterio de la Corporación, son innecesarios, para efectos de fijar competencia, de conformidad al factor territorial así como para contabilizar el término de caducidad, razones aducidas por el a-quo para inadmitir la demanda que posteriormente rechazó, pues como quedó plasmado, el acto administrativo demandado no se encuentra sujeto a término de caducidad por tratarse de prestaciones periódicas; y la certificación relacionada con el último lugar de prestación del servicio del demandante se puede suplir con el mismo acto demandado y la Resolución por medio de la cual se le reconoció la pensión de jubilación al actor; y aunque resulta inocua, habida las anteriores consideraciones, la petición elevada por el apoderado, hoy recurrente, la Sala precisa que la misma es contraria al ordenamiento jurídico, por ser extemporánea, por lo que, como se dejó dicho al inicio de este auto, se revocará el impugnado pues, el no admitir la demanda presentada bajo las circunstancias analizadas en este proveído, conllevaría a soslayar el derecho del libre acceso a la Administración de Justicia, por las razones expuestas.⁴⁶¹

10. Cuando se trate de demandar sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital o cualquier ente con aportes o participación estatal igual o superior al 50%, deberá acompañarse constancia del porcentaje de patrimonio público que posee la entidad suscrita por el Revisor Fiscal, dado que, si se posee igual más del 50% la jurisdicción contencioso administrativa es la competente, en caso contrario no (art. 82, CCA y parágrafo del artículo 104 del CPA). Si en virtud de la inadmisión de la demanda el actor manifiesta dentro del término para corregir que le es imposible allegar la constancia referida y solicita que el Despacho oficie a la entidad demandada para que la allegue, consideramos que en virtud del acceso efectivo de la administración de justicia, el Juez debe acceder a dicha solicitud y darle el trámite pertinente.

⁴⁶¹ Tribunal Administrativo del Quindío, Magistrada Ponente: María Luisa Echeverri Gómez. Armenia, Quindío, Veinticuatro (24) de junio del año dos mil once (2011). Auto: Resuelve recurso de apelación. Acción: Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Rad. 63-001-3331-001-2010-00798-01. Actor: José Jesús Muñoz Grisales. Demandado: Departamento del Quindío. Instancia: Segunda.

11. Se debe acompañar con la demanda la prueba del interés para demandar cuando estamos ante acciones de naturaleza subjetiva y es posible acreditarlo a través de una prueba documental. Establecer el interés es fundamental, habida cuenta que algunas acciones en el contencioso administrativo no son públicas y, por ende, solo las personas que se crean afectadas en sus derechos patrimoniales reconocidos, tienen la posibilidad de ejercerlas, tal como acontece con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a la luz de lo contemplado en el artículo 85 del CCA, modificado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 15 y el artículo 138 del CPA. Un ejemplo en estos eventos sería el siguiente: quién solicite el reintegro en un cargo y el pago de los salarios dejados de percibir, deberá acreditar que ostentaba con anterioridad el mismo y posteriormente fue desvinculado⁴⁶². Otro ejemplo se da en materia de daños a la propiedad privada, solo el propietario puede estar legitimado en demandar y, por ende, debe probar su derecho de dominio al momento de presentar la demanda. Otro caso es el interés que requiere el literal e del numeral 10° del artículo 136 del CCA, que es el equivalente al inciso tercero del artículo 141 del CPA para que una persona distinta a los contratantes pueda solicitar la nulidad absoluta de un contrato estatal, tal como sucede con los proponentes no favorecidos con la adjudicación del contrato.

Es necesario que no se confunda el interés para demandar con la legitimación en la causa, toda vez que el primero se refiere a la prueba de que posiblemente fue despojado de un derecho reconocido, al paso que la segunda es el nexo sustancial que existe entre la vulneración del derecho y el actor⁴⁶³. Por ejemplo, el padre que pierde su hijo en la guerra tiene interés para demandar una indemnización de perjuicios por su muerte por el solo hecho de ser su progenitor (lo cual se acredita con el registro civil de nacimiento respectivo), al paso que estará legitimado para obtener tal indemnización si tiene el carácter de perjudicado, es decir, *a contrario sensu*, si en el transcurso del proceso se prueba que el padre no tenía relación filial con su hijo, no podrá ser titular del pago por perjuicios morales,

⁴⁶² El Consejo de Estado ha señalado que los candidatos no elegidos en elecciones públicas no pueden demandar los actos de elección de los elegidos en acción de nulidad y restablecimiento del derecho porque carecen de interés, veamos: “[...] tampoco puede dar lugar al ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues para el momento en que se expidió el acto que declara la elección de concejales aquel no ostentaba la calidad de concejal. Es decir que como consecuencia de la expedición del acto demandado el señor Patiño Hoyos no fue despojado de un derecho que se le hubiese reconocido con antelación”. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñónez Pinilla, 17 de febrero de 2005, Radicación Número: 630012331000200400616-01. Radicación interna: 3740. Actor: Nestor Patiño Hoyos.

⁴⁶³ “La legitimación es la aptitud de ser parte en un proceso concreto. La legitimación presupone que no toda persona con capacidad procesal puede ser parte en un proceso, sino únicamente las que se encuentren en determinada relación con la pretensión. Por tanto, esta idoneidad específica se deriva del problema de fondo que se pretenda discutir en el proceso. De ahí que sea el problema procesal más íntimamente ligado con el derecho material, habiéndose llegado a considerar como una cuestión de fondo y no meramente procesal”. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Derecho Procesal Hispanoamericano. Editorial Temis, 1985, páginas 115 y 116.

o sea, no está legitimado para obtenerlo. Otro ejemplo sería el expresado en el párrafo anterior, donde se acredita que el actor ocupaba un cargo del cual fue desvinculado, empero, estará legitimado para su reintegro solo si el acto administrativo que lo retiró es declarado nulo en sede jurisdiccional.

Ahora bien, la legitimación en la causa es un requisito para obtener sentencia favorable⁴⁶⁴, por tanto la demanda no debe ser inadmitida cuando falte prueba para determinarlo, solo, se reitera, es requisito en esta instancia acreditar el interés para demandar, siempre y cuando sea posible probarlo mediante prueba documental. Como corolario, si se trata de los perjuicios morales que sufre una persona por la muerte de un amigo, no hay razón para pedir que acredite interés para demandar, habida cuenta que este interés no se prueba con documento, igualmente, si se trata de acreditar la calidad de compañero o compañera permanente, no es posible allegar una declaración extrajuicio y lo más idóneo es la prueba testimonial en el periodo probatorio.

Cuando falta el interés para demandar y se llega a la instancia del fallo, se deniegan las pretensiones por falta de legitimación en la causa por activa dado que, el interés a pesar de ser diferente a la legitimación en la causa, es el primer paso para configurarla, en otras palabras, sin interés nunca se podrá hablar de legitimación en la causa, al paso que puede haber interés sin legitimación, tal como se explicó líneas atrás.

Por último, es pertinente anotar que si durante el transcurso del proceso no se logra acreditar el interés para demandar, en aquellos eventos donde no se puede acreditar con prueba documental al momento de la presentación de la demanda, no necesariamente se deniegan las pretensiones, dado que de todas maneras el actor se puede encontrar legitimado como tercero damnificado. Por ejemplo, si no se logra acreditar la calidad de compañera permanente pero si el dolor y el

⁴⁶⁴ “Sea lo primero advertir, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que esta, en los procesos ordinarios y según lo ha señalado la Sala, no es constitutiva de excepción de fondo sino que se trata de un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado”. 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. Aunque criticamos de esta providencia la diferencia que plantea entre legitimación en la causa de hecho y legitimación en la causa material, dado que en realidad se confunde la legitimación procesal o capacidad procesal con la legitimación en la causa. El aparte que se critica en este punto se refiere a la capacidad procesal habida cuenta que solo las personas naturales o jurídicas se pueden notificar en un proceso y pueden actuar al interior del mismo como demandantes o como demandados, así: “Adicionalmente, se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, está legitimado de hecho por activa y aquel a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resulta legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda”.

sufrimiento como consecuencia de la muerte de la víctima, de todas maneras es viable la indemnización pero no en virtud de ser compañera permanente sino como tercera damnificada.

12. Los documentos que se anuncian como anexos a la demanda deben ir acompañados efectivamente a la misma, en caso contrario, se inadmite la demanda (art. 139, CCA adicionado por el artículo 59 de la Ley 1395 de 2010): Esta exigencia igualmente es traída a colación por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el numeral 2º del artículo 166 del CPA, donde se establece que a la demanda deberá acompañarse los documentos y pruebas anticipadas que se pretenda hacer valer y que se encuentren en poder del demandante, así como los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho. A pesar de la claridad de las normas referidas y que encontramos loables dado que tienden a facilitar el recto funcionamiento de la administración de justicia, el Tribunal Administrativo del Quindío en pronunciamiento desafortunado, considera que estos anexos no son imprescindibles y aduce que su falta de acompañamiento no debe generar inadmisión ni rechazo de la demanda, pues considera que se trata de una carga probatoria a la luz de lo contemplado en el artículo 177 del CPC, desatendiendo el tenor literal de las disposiciones en comento que expresamente contemplan que es un deber⁴⁶⁵.

13. Anexo de la demanda que se presenta en ejercicio de la acción especial incoada en contra de la decisión de expropiación por vía administrativa: Además de los requisitos ordinarios, a la demanda deberá acompañarse prueba de haber recibido los valores y documentos de deber puestos a disposición por la administración o consignados por ella en el mismo Tribunal Administrativo por concepto del valor del inmueble que se expropia y de la tradición del mismo y en ella misma deberá solicitarse las pruebas que se quieran hacer valer o que se solicita practicar (Numeral 2º del artículo 71 de la Ley 388 de 1997).

14. Si la pretensión es de repetición, la prueba del pago total de la obligación: Toda vez que a partir del día siguiente de dicho pago se empieza a contabilizar el término de caducidad en este tipo de acción (Inciso primero del numeral 1º del artículo 166 del CPA).

⁴⁶⁵ En el mencionado pronunciamiento el Tribunal referido expresa: “Si bien es cierto, es una falencia de la parte demandante decir en el libelo petitorio que aporta unos documentos, y finalmente no los allega al expediente, ello no puede comportar un defecto formal que impida la admisión de la demanda. El efecto de esta falencia incide en la oportunidad procesal para aportar los documentos que pretenda hacer valer como pruebas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 183 Código de Procedimiento Civil, más no, se reitera, es constitutivo de un defecto formal que genere la inadmisión de la demanda”. Tribunal Administrativo del Quindío, Magistrado Ponente: Rigoberto Reyes Gómez, Armenia, primero (01) de abril de dos mil once (2011), Referencia: Auto resuelve apelación, Acción: Nulidad y restablecimiento, Demandante: Edith Zapata González, Demandado: Departamento del Quindío, Radicado: 63-001-3331-001-2010-00716-01.

15. Si se trata de una acción electoral donde se requiere determinar el número de habitantes del municipio respectivo para determinar la competencia funcional, es menester acercarse con la demanda la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Aunque se podría discutir que la información que produce el DANE es un hecho notorio y no debe ser acreditado por el demandante, empero, debe tratarse de información oficial publicada en la página web o demás medios idóneos para el efecto (art. 191 del CPA, modificado por el artículo 19 de la Ley 794 de 2003).

C. Inadmisión y rechazo de la demanda (art. 143 del CCA y arts. 168 a 170 del CPA)

Dentro de los presupuestos procesales para adelantar proceso válido que culmine con sentencia de fondo, además de los relacionados con la acción, también se encuentran los denominados por la doctrina como de “demanda en forma”. Por tanto, en la presente obra no nos referiremos a ellos, como presupuestos de la acción o de demanda en forma, toda vez que es una clasificación que se presta para confusiones y a nuestro modo de ver, es antitécnica. Simplemente los consideraremos como eventos que pueden dar lugar a rechazo de la demanda o inadmisión de la misma según el caso.

Por otro lado, estos requisitos no pueden confundirse con los que con su transgresión generan nulidades procesales, toda vez que la violación de estos últimos impide que se siga adelantando el proceso y lo retrotrae (nulidades insanables) o simplemente desaparecen por su no alegación oportuna (nulidades saneables), al paso que el no cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales de la demanda generan sentencia inhibitoria o desfavorable según el caso⁴⁶⁶, en caso de no haberse admitido o rechazado la demanda en el momento procesal oportuno.

La inadmisión se presenta cuando la demanda falta al cumplimiento de requisitos meramente formales, al paso que el rechazo se da cuando la demanda adolece de vicios sustanciales que hacen improcedente la iniciación de proceso válido que culmine con sentencia de fondo o favorable según el caso⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Por ejemplo el Consejo de Estado considera que la operancia de la caducidad genera sentencia desfavorable a las pretensiones, veamos: [...] Por lo tanto si se encontró que tuvo ocurrencia real el hecho jurídico de caducidad de la acción debió no solo mencionarse en la parte motiva, sino también declararse en resolutoria, que implica que el fallo no es inhibitorio. Tanto es así que el demandante no puede volver a proponer nueva demanda entre las mismas partes, los mismos hechos e idéntico objeto. Lo anteriormente dicho tiene fundamento en otra previsión de ley, según la cual la caducidad de la acción es excepción de fondo (art. 97 último inciso CPC). El artículo antes citado es claro en indicar que ese hecho constituye por su naturaleza una excepción de fondo, aunque en el proceso civil se pueda proponer como excepción previa al decir: También podrán proponerse como previas las excepciones de cosa juzgada, transacción y caducidad de la acción [...].” Consejo de Estado, sección Tercera. Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 11 de mayo de 2000. Radicación número: 122000, Actor: Miguel Antonio Prada Jaimes.

⁴⁶⁷ Se reitera, estos vicios no pueden confundirse con las nulidades consagradas en el artículo 133 del C.G.P.,

La inadmisión y el rechazo de la demanda poseen las siguientes características procesales:

a. La demanda se rechaza, por regla general, por lo siguiente:

1. Caducidad de la acción (Inciso 3ro del artículo 143 del CCA y numeral 1° del artículo 169 del CPA).
2. No agotamiento o indebido agotamiento de la vía gubernativa (Inciso primero del artículo 135 del CCA y numeral 2° del artículo 161 del CPA).
3. No se demanda un acto administrativo o se demanda uno que por regla general es incontrovertible jurisdiccionalmente. Es decir, se acusa una decisión administrativa inexistente, como cuando se demanda un acto administrativo derogado o revocado antes de que se admita la demanda o un acto administrativo de trámite, preparatorio⁴⁶⁸, de ejecución o un concepto⁴⁶⁹. Aún más, consideramos que un acto administrativo derogado o revocado no puede ser demandado en sede jurisdiccional y si hace se debe rechazar por falta de jurisdicción (Numeral 3° del artículo 169 del CPA). Ahora, es pertinente anotar que respecto de los actos administrativos de trámite, preparatorios o de ejecución, pueden existir decisiones de esta naturaleza que son controvertibles judicialmente por disposición legal, tal como acontece con el pliego de condiciones al ser un acto precontractual preparatorio al interior del proceso de selección respectivo (art. 87 del CCA y art. 141 del CPA). Por otro lado, es pertinente precisar que el acto administrativo que resuelve el recurso extraordinario de revocatoria directa no es controvertible judicialmente, siempre y cuando se limite a confirmar el acto administrativo recurrido.

habida cuenta que los primeros no impiden que el proceso se adelante, al paso que las últimas impiden que el proceso se siga adelantando, es decir, el proceso se paraliza, se retrotrae hasta la etapa que no esté viciada y se sana mediante el cumplimiento en debida forma de las actuaciones procesales que estuvieren viciadas.

⁴⁶⁸ El artículo 730 del Estatuto Tributario esgrime como regla general que no se deben demandar actos preparatorios.

⁴⁶⁹ El Consejo de Estado explica que al no obrar un acto administrativo en el acto de la administración que se acuse, la demanda adolece de ineptitud sustantiva, veamos: “No obrando un acto administrativo en el concepto atacado, la demanda adolece de ineptitud sustantiva, pues por disposición del artículo 137 del CCA, toda demanda ante la jurisdicción administrativa contendrá “lo que se demanda”, y en armonía con lo anterior, el artículo 138 ibídem, exige que cuando se demanda la nulidad de un acto, deberá individualizarse con toda precisión”. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Sentencia de febrero 6 de 1997. Expediente 7736. Consejero Ponente: Dr. Silvio Escudero Castro. Con relación a los conceptos, es pertinente anotar que son incontrovertibles jurisdiccionalmente, salvo que la ley disponga otra cosa, tal como acontece con el parágrafo del artículo 57 del Decreto No 2117 de 1992, el cual señala que los conceptos emitidos por la Subdirección jurídica de Impuestos Nacionales, que sean publicados, constituyen interpretación oficial para los funcionarios de dicha entidad y, por ende, se tornan en actos administrativos obligatorios.

4. Se escoge de manera indebida la acción correspondiente⁴⁷⁰: No debe escogerse indebidamente la acción a utilizar, por ejemplo, si el Estado produce un daño a través de una operación administrativa, para lo cual es procedente la acción de reparación directa, empero, se utiliza la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la demanda será rechazada de plano, porque no se cumple con un requisito de carácter sustancial. Tal como lo manifestó el Consejo de Estado en los siguientes términos: “[...] la indebida escogencia de la acción no es un defecto de carácter formal sino de orden sustancial pues tiene que ver con el objeto de la acción”.⁴⁷¹

A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, si se observa por parte del Juez que la acción que se debió escoger aún no está caducada, se inadmite la demanda con el objeto de que se corrija y se le dé trámite conforme a la acción correspondiente, con el objeto de proteger el efectivo acceso a la administración de justicia (art. 229 de la Constitución Política) y hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal (art. 228 de la Carta Magna). Ahora bien, si se llega a la instancia de la sentencia, ya no hay nada que hacer y se debe dictar una sentencia desfavorable por caducidad de la acción, so pena de vulnerar el debido proceso y el derecho de defensa de la parte contraria.

Este fenómeno es de común ocurrencia cuando los abogados dejan vencer el término de cuatro meses que se tiene para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, por tanto, re direccionan el libelo a través de la acción de reparación directa, atacando la operación administrativa que deviene del acto ilegal que se dejó de demandar oportunamente. El Juez debe ser muy cuidadoso en estos eventos y debe analizar el contenido de la demanda, pues si del mismo se desprenden causales invalidantes de la decisión administrativa que produjo la operación administrativa acusada, se deberá rechazar la demanda por indebida escogencia de la acción, pues la que debió ejercer ya caducó, o producir sentencia desfavorable a las pretensiones por la misma razón o sentencia inhibitoria por indebida escogencia de la acción. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

La Sala ha indicado, con relación a la debida escogencia de la acción, que para determinar cuál de ellas es la procedente, en cada

⁴⁷⁰ En Civil no es importante la denominación que lleve la acción pues las caducidades se cuentan de manera similar, así lo reconoce la doctrina, por eso “*lo recomendable es que la víctima invoque a título principal la responsabilidad contractual y a título subsidiario la responsabilidad extracontractual. [...] si el perjudicado invoca solo una de las dos responsabilidades y el juez considera que solo es aplicable la otra, no por ello dejará de acoger las pretensiones si el daño, el nexo de causalidad y la imputabilidad al demandado están demostradas en el proceso, de acuerdo con los hechos narrados en la demanda. La denominación de la acción no tiene mayor trascendencia para el éxito de la pretensión*”. TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II, Segunda Edición, 2007, Editorial Legis, página 89.

⁴⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto 17872, agosto 30 de 2001, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

caso particular debe tenerse en cuenta la causa de los perjuicios reclamados, es decir, si ella proviene de la expedición de un acto administrativo que se presume legal, la acción correspondiente será la de nulidad y restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto es la demostración de la ilegalidad del acto y su consecuente declaración de nulidad lo que torna en antijurídico el daño causado con el mismo, en tanto que, si los perjuicios se derivan de un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble, la acción pertinente para reclamar indemnización, es la de reparación directa consagrada en el artículo 86 de esa misma codificación.

Es decir que la acción de reparación directa no es procedente cuando existen actos administrativos que se consideran ilegales y decidieron en sede administrativa la situación que se discute ante la jurisdicción, por cuanto la declaración de voluntad de la administración está amparada por la presunción de legalidad, cuyos fundamentos jurídicos, en tanto estén vigentes, no permiten estimar que existe un daño antijurídico indemnizable, so pena de desconocer el principio de contradicción.

Es obligatorio entonces que se adelante el juicio de legalidad de los actos de la administración para que, como consecuencia de la declaración de nulidad de los mismos, proceda el restablecimiento del derecho.⁴⁷²

Por otro lado, no habrá indebida escogencia de la acción si se trata de una obligación clara, expresa y exigible que se quiere hacer valer por la acción ordinaria (nulidad y restablecimiento, contractual o reparación directa) en vez de la ejecutiva. Así lo ha aceptado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “El hecho concerniente a que la demanda solicite, para el momento de su presentación, la declaratoria de incumplimiento de una obligación contractual que el demandado califica de clara, expresa y actualmente exigible, no se traduce en el escogimiento indebido de la acción; no puede afirmarse que en tal evento la acción sea solamente ejecutiva. La ley civil enseña que la acción ejecutiva también puede convertirse en ordinaria” (art. 2.536 C.C.).

En efecto:

Es claro que si una obligación exigible está siendo incumplida, dentro del término legal dentro del cual tiene fuerza civil, el acreedor tiene

⁴⁷² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 27 de enero de 2005, Rad. 28559, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

o acción ejecutiva o acción ordinaria; mediante la primera de estas acciones se pretende el pago forzado de la obligación y mediante la acción ordinaria –en este caso- la declaración de incumplimiento de la obligación y la consecuencial condena al pago de la indemnización (daño emergente y lucro cesante).⁴⁷³

Es pertinente manifestar que este fenómeno no se puede confundir con el de la indebida acumulación de pretensiones, el cual se presenta cuando se demanda al mismo tiempo actos de carácter general y particular utilizando la técnica de la pretensión principal y las pretensiones subsidiarias, en donde se da una inadmisión para que se precise la acción que se utiliza y contra que actos se impetra, más no el rechazo, salvo que no se haga la corrección respectiva.

Finalmente, es necesario advertir que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo deroga esta causal de rechazo de demanda, pues establece la posibilidad de acumular pretensiones de diferente naturaleza siempre y cuando se reúnan los requisitos del artículo 165 del CPA. Sin embargo, se observa que cuando entre a operar el nuevo código será imposible acumular pretensiones cuando respecto a alguna de ellas haya operado la caducidad (numeral 3° del artículo 165 del CPA), lo que implica que en parte siguen vigentes los lineamientos expuestos en este numeral, por tanto, cuando se presente esta irregularidad, en vigencia de la nueva normativa, se rechazará la demanda por caducidad de la acción.

5. Se acusa un acto administrativo que resolvió un recurso extraordinario de revocatoria directa (Artículo 72 del CCA y artículo 96 del CPA) en el sentido de confirmar el acto administrativo impugnado, toda vez que mediante el mismo no se puede buscar revivir términos judiciales caducados frente a la acusación de la decisión inicial. Excepcionalmente se permite ejercer derechos de petición indefinidamente, este es el caso de los actos administrativos relacionados con las prestaciones periódicas, en cuyo evento tales derechos de petición lo que buscan es el reajuste del monto reconocido o el reconocimiento del status pensional.

Tampoco se pueden revivir términos judiciales con recursos improcedentes y la decisión que los rechace es incontrovertible judicialmente por ser un acto de trámite (Inciso segundo del artículo 19 del CPA).

6. Simplemente no se corrige el libelo en el término de ley, ya que, en tal evento, si se le diera trámite al proceso, se daría una sentencia inhibitoria por inepta demanda (Inciso segundo del artículo 143 del CCA y numeral

⁴⁷³ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección 3ª, sentencia, febrero 14 de 2002; expediente No 13238; Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez; actor: Consultores Civiles e Hidráulicos Ltda.

2º del artículo 169 del CPA). También procede esta causal cuando la corrección es extemporánea o cuando el libelista no corrige de conformidad a los lineamientos del auto admisorio.

7.

8. La demanda no se dirige contra personas jurídicas (estas junto con las personas naturales, son las únicas que poseen capacidad para ser parte en proceso judicial)⁴⁷⁴, tal como acontece cuando se demanda directamente a la Fiscalía General de la Nación⁴⁷⁵. Lo correcto es: Nación (Rama Judicial –Fiscalía General de la Nación-). Otro ejemplo es el demandar consorcios o uniones temporales, figuras que también carecen de personalidad jurídica.⁴⁷⁶

Este es un problema de *legitimatío ad processum* el cual no debe confundirse con la legitimación en la causa, habida cuenta que el primero hace referencia a la capacidad procesal, es decir, la viabilidad jurídica de ser parte en un proceso judicial, al paso que la segunda se refiere a la relación sustancial que existe entre el demandante o el demandado frente al objeto *litis* como reiteradamente se ha venido advirtiendo.

Por otro lado, en este aspecto en particular, la jurisprudencia no ha sido unánime y en ocasiones ha señalado que debe el juzgador interpretar la demanda cuando la misma no va dirigida contra personas jurídicas, de tal manera que sea él mismo quién direcciona el libelo en contra del organismo con capacidad para ser parte. Esta posición no la compartimos, toda vez que el no demandar personas jurídicas es una grave falencia de técnica jurídica que impide que nazca el proceso judicial y en caso de que se le dé nacimiento por error, culmina con sentencia inhibitoria,

⁴⁷⁴ “Uno de los presupuestos procesales, que son los requisitos necesarios para la existencia de un proceso válido es la capacidad de las partes; además de la jurisdicción y competencia del juez y la ausencia de caducidad de la acción”. (Enrique Vescovi. Teoría General del Proceso. Bogotá, Editorial Temis, 1984, págs. 93 y ss.). Sin embargo, el Código General del Proceso también le otorga capacidad para ser parte a los patrimonios autónomos y al concebido, para la defensa de sus derechos, además de las demás instituciones que considere la ley (Artículo 53 del C.G.P.).

⁴⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, providencia de mayo de 2002, Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicación No 12.787. Publicada en Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, tomo XXXI, No 365. En este mismo sentido, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado señaló: “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”. 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 publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2006, páginas 832 a 841.

⁴⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de mayo de 2004, Expediente: 15.321, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. En este pronunciamiento el Consejo de Estado señaló: “En estas condiciones, los Consorcios y, después de la Ley 80 de 1993, las uniones temporales, son un conjunto de personas naturales o jurídicas que comparte un objetivo común, responden solidariamente por las obligaciones derivadas de la adjudicación y del contrato y no constituyen una persona jurídica distinta de sus integrantes, quienes mantienen su personalidad individual, sin perjuicio de que para efectos de la contratación designen un único representante”.

por ende, la corrección de oficio del juez favorece a la parte demandante y, como tal, vulnera el debido proceso de la parte demandada.

Sobre los aspectos comentados en los últimos dos párrafos, el Consejo de Estado señala:

En este estado, también considera la Sala pertinente observar, a lo dicho por el Tribunal a-quo, que no deben confundirse los conceptos de legitimación en la causa (*legitimatio ad causam*) y de legitimación procesal (*legitimatio ad processum*), pues tanto la doctrina como la jurisprudencia los tienen bien distinguidos, aun cuando en ocasiones con la locución legitimación procesal se designa el género del cual la legitimación en la causa y la capacidad procesal son las especies.

Del primer concepto se dio ya una definición acogida en anterior oportunidad, como se dijo, por esta misma Sala, advirtiendo que algunos procesalistas, tan versados y profundos como el tratadista colombiano HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, le introducen al tema un interesante matiz cuando hablan de sustancial para obrar como diferente de la legitimación en la causa.

La legitimación procesal o *legitimatio ad processum* o capacidad procesal, se refiere a la aptitud o idoneidad para actuar en un proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro.

Para algunos la falta de legitimación en la causa lleva a una sentencia inhibitoria. Para otros y la Corte Suprema se ha adherido a ellos, la falta debe conducir a desatar el litigio en el fondo por ser claro que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no tiene la obligación u obligaciones correlativas, decisión que, entonces, debe ser denegatoria de las pretensiones.

Aun cuando esta corporación ha vacilado en apoyar cualquiera de tales tesis y en sus fallos se ha inclinado por una o por la otra, el caso es que en el sub lite no cabía un fallo inhibitorio por las razones expuestas bajo el numeral 6 que antecede.

Y como lo que sucede es que hay que entender que la demandada fue la Nación por una falla de las unidades administrativas adscritas al Ministerio de Justicia y como el señor Ministro de Justicia fue notificado de la demanda tampoco podría hablarse de falta de

capacidad procesal por parte de la Nación y tampoco, entonces, el fallo ha debido ser inhibitorio ⁴⁷⁷.

Ahora bien, algunos Tribunales han optado por la solución intermedia, es decir, la falta de capacidad procesal no genera ni rechazo de la demanda, ni su admisión con el yerro anotado subsanado de oficio por el Juez, sino inadmisión del libelo, tal como acontece en nuestro Tribunal Administrativo del Quindío. Sin embargo, reiteramos que nuestra posición es de rechazo *in limine* de la demanda por tratarse de una irregularidad insubsanable.

9. La operancia de la cosa juzgada, o la existencia de un proceso judicial que verse sobre el mismo objeto sub-judice (Artículo 175 del CCA y artículo 189 del CPA), toda vez que la materialización de la misma implica que el juzgador se deba inhibir para fallar al emitir sentencia, por tanto, si al momento de admitir el Juez advierte la cosa juzgada, debe rechazar la demanda por carecer de uno de los requisitos para poder adelantar válidamente el proceso judicial y culminarlo con sentencia de fondo ⁴⁷⁸. Lo normal es que el Juez se dé cuenta de la ocurrencia de esta irregularidad cuando se interponga recurso de reposición contra el auto admisorio o se proponga la excepción correspondiente con la contestación de la demanda.

10. El no cumplimiento del requisito de procedibilidad en torno a la conciliación extrajudicial, de conformidad a lo contemplado en el artículo 37 de la Ley 640 de 2001, requisito que no se encontraba vigente habida cuenta de lo señalado en el artículo 42 de la misma normativa. Ahora bien, este requisito ya se encuentra vigente con el advenimiento del artículo 13 de la Ley 1289 de 2009, reformativa de la Ley estatutaria de la administración de justicia, en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa y contractuales, siempre y cuando se trate de asuntos susceptibles de conciliarse, por ende, no es viable por regla general en materia tributaria o en materia laboral pues, en este último caso, se trata de requisitos mínimos e intransmisibles, tal como se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Insiste la Sala en que para la exigencia del requisito de procedibilidad en examen, el juez en

⁴⁷⁷ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia No 1335, octubre 23, 1990; C.P. Gustavo de Greiff Restrepo; Exp. 5945. Con salvamento de voto del doctor Julio César Uribe Acosta. Actor: Argemiro Vargas Medina, en Extractos 137, 1990.

⁴⁷⁸ Sobre uno de los efectos de la cosa juzgada el profesor Devis Echandía señala: “[...] impone a los jueces, tanto a quienes dictaron la sentencia definitiva o la providencia con similar efecto, como a los demás, la prohibición de entrar a resolver sobre el fondo de las pretensiones que han sido materia de la sentencia y les otorga la facultad de paralizar la acción que se ejercite con desconocimiento de ello, si se les alega como excepción previa, o de inhibirse a resolver en el fondo, si deben hacerlo en la sentencia; [...]”. Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, Décimo Tercera Edición 1994, Biblioteca Jurídica DIKE, página 499.

materia contencioso administrativa debe observar extremo cuidado con los derechos “ciertos y discutibles” susceptibles de conciliación en materia laboral, puesto que la mayoría de ellos son irrenunciables e imprescriptibles y para sus destinatarios son fundamentales, como sucede con el derecho a la pensión. De ahí que el rechazo de la demanda por ese motivo implica el observar especial responsabilidad en la actividad judicial”.⁴⁷⁹

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla este requisito de procedibilidad en el numeral 1° del artículo 161, empero, trae una nueva excepción a la aplicación de este presupuesto para demandar, así: “cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación” (Inciso 3° del numeral 1° del artículo 161 del CPA).

Sin embargo, en algunos pronunciamientos el Consejo de Estado ha permitido inadmitir la demanda cuando a la misma se allega el acta de conciliación o las constancias respectivas en simple copia. Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado que se puede celebrar la audiencia hasta antes de que quede ejecutoriado el auto que originó el rechazo de la demanda por esta causa, en cuyo caso se debe revocar el auto de rechazo y entrar a admitir la demanda⁴⁸⁰.

11. En materia de acción contractual, la demanda debe rechazarse cuando se busque controvertir una obligación pecuniaria emanada de un contrato estatal, siempre y cuando medie liquidación bilateral sin ningún tipo de salvedad, salvo por vicios del consentimiento. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “La liquidación de mutuo acuerdo suscrita por las partes constituye un acto de autonomía privada de aquellas que le da firmeza o definición a las prestaciones mutuas entre sí, de tal suerte que constituye definición de sus créditos y deudas recíprocas, no susceptible de enjuiciarse ante el órgano jurisdiccional, como no sea que se acredite algún vicio del consentimiento que conduzca a la invalidación de la misma, tales como error, fuerza o dolo”.⁴⁸¹

⁴⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda –subsección “A”. Consejero Ponente: Alfonso Vargas Rincón, Bogotá, D.C., primero (01) de septiembre de dos mil nueve (2009), Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00817-00 (AC), Actor: Ismael Enrique Molina Guzman, Demandado: Juzgado Primero Administrativo de Ibagué y otro. Acción de tutela.

⁴⁸⁰ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 11001031500020090124400 de enero 29 de 2010, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara, y 110011031500020100039500 de mayo 3 de 2010, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve.

⁴⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier

12. También se puede rechazar la demanda por falta de jurisdicción cuando la Administración resuelve de manera favorable lo pedido o recurrido en sede administrativa, pues en este evento no existe asunto en discusión y la controversia ya se dilucidó por la administración pública. Esta causal opera siempre y cuando lo pretendido en sede jurisdiccional sea igual a lo solicitado y resuelto de manera favorable en el procedimiento administrativo.

b. Cuando la demanda no reúne los demás requisitos y formalidades establecidos en los artículos 135 y siguientes del Código Contencioso Administrativo o 161 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, es decir, cuando se presente la carencia de presupuestos diferentes a los señalados en el literal anterior, la demanda adolece de vicios simplemente formales, por tanto, se debe conceder al demandante un plazo para que los corrija, mediante auto inadmisorio solo susceptible de recurso de reposición (Inciso segundo del artículo 143 del CCA). El nuevo Código de

Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla esta posibilidad, sin embargo, el término se amplía de cinco (5) a diez (10) días (Artículo 170 del CPA). De no hacerlo, se procederá igualmente a su rechazo. En el auto donde se ordena la corrección, se solicitará, también so pena de rechazo de la demanda, que al memorial de corrección se anexe copia del mismo para los traslados a las demás partes intervinientes en el proceso.

Si en el escrito de corrección se alega la ilegalidad del auto inadmisorio de la demanda y dicha alegación se realiza dentro del término de ejecutoria de la decisión, el Juez lo debe considerar como un recurso de reposición y procesalmente debe darle el trámite pertinente, pues proceder a rechazar en estas condiciones por no corrección, es darle prevalencia al derecho procesal sobre el sustancial.

Es necesario anotar que la corrección solo se puede ordenar una sola vez, en caso contrario se atentaría contra la economía procesal que debe reinar en todo proceso judicial. Si el Juez omitió ordenar corregir algún aspecto de la demanda, deberá admitirla y emitir en el auto admisorio las órdenes necesarias para subsanar el yerro. Se reitera, en ningún caso se pueden proferir dos o más autos inadmisorios de demanda. Es por esto que el estudio de admisibilidad del libelo debe ser completo y minucioso.

Finalmente, cabe anotar en este literal que si la inadmisión es abiertamente ilegal y no se repuso en su oportunidad, el juez *ad quem* se puede pronunciar sobre la

Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil tres (2003), Radicación número: 25000-23-31-000-2001-0209-01 (22952) DM, Actor: Sociedad Constructora Vargas Ltda., Demandado: Municipio de Yaguara.

misma como consecuencia del recurso de apelación impetrado contra el rechazo de la demanda por no corrección en tiempo. Así mismo, el juez que ordenó la corrección puede dejarla sin efectos si es abiertamente ilegal, a pesar de que dicha decisión esté en firme. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado dado que los autos ilegales no atan al Juez. Veamos lo expuesto por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en este ámbito:

La Sala considera que para adoptar la decisión de rechazo de la demanda no basta verificar la conducta renuente del demandante a la orden de corrección de la demanda, sino que es preciso analizar, además, si la decisión de ordenar la corrección tiene sustento legal, pues de no ser así el juez no se encuentra atado a una providencia ilegal para con base en ella dictar la consecuencia prevista en el artículo 143 del CCA. Lo anterior no obstante la firmeza del auto que haya ordenado la corrección, bien porque el demandante no lo haya recurrido o porque interpuesto el recurso procedente se haya resuelto en el sentido de confirmar la decisión de ordenar la corrección, dado que, en definitiva, las providencias ilegales no vinculan procesalmente al juez en cuanto son inexistentes. En este caso se presenta la situación antes descrita, pues del examen del contenido de la demanda se desprende que no había lugar a la orden de corrección, en razón a que el demandante, si bien no acompañó copia del acto acusado, cumplió con lo previsto en el artículo 139 del CCA para que la Magistrada Ponente la hubiere solicitado a la Oficina donde se encuentra el original, dado que bajo la gravedad del juramento manifestó la imposibilidad de obtener dicha copia y expresamente pidió que el Tribunal lo solicitara al Delegado Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil.⁴⁸²

c. Si se da la falta de jurisdicción, mediante decisión motivada el Juez remitirá el expediente al competente. Frente a tal decisión no procede ningún recurso (Inciso 4to del artículo 143 del CCA en concordancia con el inciso segundo del artículo 216 *ibídem*). El nuevo Código no se pronuncia sobre la posibilidad de recurrir esta decisión, por ende, consideramos que debe seguir la regla general, esto es, ser susceptible de impugnarse a través del recurso de reposición, pues este es el mecanismo mínimo de defensa que tienen las partes frente a las providencias judiciales y sus límites deben estar expresamente consagrados en la ley. En todo caso la caducidad se encuentra interrumpida desde el momento que se presenta

⁴⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla, Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil uno (2001), Radicación número: 54001-23-31-000-2001-2152-01 (2515), Actor: Aurelio Anibal Amariles Álvarez, Demandado: Concejal del Municipio de Villa del Rosario.

la demanda inicial (Artículo 168 del CPA). En cuanto a la falta de competencia también hay remisión y procede el recurso de reposición contra la decisión que remite (art. 215 del CCA e inciso segundo del artículo 158 del CPA).

Si se trata de pacto arbitral el Juez no debe remitir por falta de jurisdicción dado que se entiende que con la presentación de la demanda la parte actora está renunciando tácitamente a dicha cláusula, a lo que se suma que si la parte demandada contesta la demanda sin ninguna objeción, se concreta un acuerdo respecto a la mencionada renuncia.

A contrario sensu, si la parte demandada propone la excepción de la cláusula compromisoria, el Juez de oficio debe declarar la nulidad de todo lo actuado y remitir por falta de jurisdicción. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] La parte actora al instaurar la presente demanda renunció tácitamente a acudir ante un tribunal de arbitramento con el fin de dirimir cualquier conflicto que se suscitara en la ejecución del contrato No. 430 de 28 de diciembre de 1994, lo mismo sucedió con la parte demandada ya que en la oportunidad pertinente no propuso la excepción de cláusula compromisoria. Si las partes renunciaron en forma tácita a hacer uso de la cláusula compromisoria, no puede la parte demandada proponerla como incidente de nulidad fuera del término que la ley le otorga para contestar la demanda y proponer las excepciones a que haya lugar. Debe concluirse, por tanto, que esta es la jurisdicción competente para conocer del presente proceso [...].⁴⁸³

Sin embargo, esta postura de la jurisprudencia no es pacífica, dado que en una providencia posterior, la máxima corporación de lo contencioso administrativo estableció que si las partes pretenden deshacer o dejar sin efectos el pacto arbitral, deben seguir las mismas solemnidades que acataron al acordarlo, es decir, hacerlo expresa y formalmente por escrito en un documento. Agrega el Consejo de Estado que, de lo contrario, no tienen la posibilidad de escoger la justicia a la que desean acudir, porque su voluntad inequívoca fue someterse a la decisión de los árbitros. Por tanto el pacto no es inmodificable o derogable, empero, no es válido cambiarlo de manera tácita o por inferencia del juez a partir de la conducta procesal de las partes, ya que esto desconoce el carácter autónomo de la cláusula compromisoria, aclaró el alto tribunal. Así las cosas, el juez administrativo debe rechazar la demanda en el evento en que exista ese acuerdo, por carecer de jurisdicción y competencia. Si no lo hace, tendrá que declarar la nulidad de la actuación con

⁴⁸³ Consejo De Estado, Sección Tercera. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 19 de marzo de 1998. Radicación número: 14097. Actor: G.D.S. Ingenieros Ltda.

base en los numerales 1 y 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil y remitir por falta de jurisdicción, sin que el silencio del demandado sanee esta situación.⁴⁸⁴

Por otro lado, cuando estamos en presencia del denominado “fuero de atracción”, es necesario que el juzgador, al momento de admitir la demanda, estudie de manera minuciosa la seriedad jurídica con que se plantea el mismo, dado que algunas veces, los demandantes quieren traer a las instancias de la justicia especializada asuntos de carácter privado, aduciendo omisiones genéricas de carácter estatal sin que se concreten en un deber omitido en particular. En estos eventos el Juez debe remitir el proceso a la justicia ordinaria. Un ejemplo sería el caso de una intervención quirúrgica en un ente asistencial privado donde ocurre una falla medida y se vincula al Instituto Seccional de Salud del Quindío por omisión, por no “vigilar y controlar”, argumento abstracto y ambiguo que en últimas busca burlar las leyes de competencia entre jurisdicciones persiguiendo, entre otras cosas, condenas más altas. Tal como se argumenta en este párrafo se ha manifestado el Consejo de Estado, sin embargo, habla de inadmisión y no de remisión por falta de jurisdicción, lo cual lo encontramos contrario al derecho fundamental de acceso efectivo de la administración de justicia, habida cuenta que en aquellos casos donde el Juez detecte tal falencia, debe remitir a la mayor brevedad posible al Juez competente⁴⁸⁵. Veamos lo que expone la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo sobre lo que se explica en este párrafo:

Lo dicho supone destacar la trascendencia de la valoración que, en el referido sentido, se encuentra obligado a efectuar el juez de primera instancia al momento de resolver sobre la admisión de la demanda, instante procesal en el cual debe proceder a realizar el aludido juicio sobre la seriedad de la vinculación de la entidad o entidades sujetas al control del juez de lo contencioso administrativo, como quiera que tal sería el lugar –el auto admisorio o inadmisorio de la demanda- en el cual, idealmente, debería señalarse a la parte actora –quien es, de todas formas, la responsable última de la elección del cause procesal a través del cual decide someter sus litigios a la jurisdicción- si resulta viable la aplicación del tantas veces mencionado fuero de atracción.⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 17859 de abril 18 de 2013, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano.

⁴⁸⁵ En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en la Sentencia C-807 de noviembre 11 de 2009, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa.

⁴⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007. Expediente 15526. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado

d. Contra el auto que rechace la demanda procederá el recurso de apelación cuando el auto sea dictado por el Juez o por la Sala, sección o subsección del Tribunal en primera instancia o, el de súplica cuando sea dictado por el ponente en asuntos de única instancia. En caso de que el juez *ad-quem* revoque el auto de rechazo, deberá adoptar la decisión de remplazo correspondiente, esto es, la admisión de la demanda, pues es contrario a la economía procesal darle la posibilidad al a-quo de que estudie nuevamente la admisibilidad de la demanda, con el consecuente riesgo de que se produzca un nuevo rechazo de la misma. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] cuando un Tribunal Administrativo o el Consejo de Estado conocen del recurso de apelación del proveído que rechazó la demanda, y por las consideraciones jurídicas expuestas en la parte motiva de la providencia que decide el recurso, disponen que es menester la revocatoria del auto proferido por él a quo, entonces la parte resolutive deberá contener una decisión en ese sentido. De allí que, si lo resuelto en primera instancia fue el rechazo de la demanda, la revocatoria de esa providencia deberá ser, indefectiblemente, su contrario lógico, cual es la admisión de la misma. Corresponde al Juez o Magistrado que desata el recurso adoptar expresamente esa decisión, para que sea obedecida por el inferior.⁴⁸⁷

e. Cuando el auto sea admisorio, solo procede el recurso de reposición, salvo que en el mismo se decida la suspensión provisional, en cuyo caso, se deberá dictar por el Juez, la sala, sección o subsección del Tribunal en primera instancia y será susceptible del recurso de apelación o, el de reposición cuando sea dictado por el Juez o por el Ponente de la sala sección o subsección del tribunal o del Consejo de Estado en única instancia. El término de ejecutoria corre independiente. Por otro lado, del recurso de reposición debe darse traslado cuando el auto admisorio de la demanda sea notificado al Ministerio Público, en caso contrario no hay necesidad porque aún no se ha conformado la *litis* contestatio. Es importante advertir que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no contempla la posibilidad de interponer recursos contra el auto admisorio de la demanda, lo que implica un vacío que generará arduas discusiones en torno a la posibilidad de que pueda ser impugnado.

en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2008, páginas 238 a 251.

⁴⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil once (2011), Proceso: 11001-03-15-000-2010-00560-00, Actor: Adrián Esteban González y otros, Demandado: Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y otros, Asunto: Conflicto de competencia.

f. Los recursos de que habla el literal anterior también podrán fundarse en las causales contempladas en el artículo 97 del Código de Procedimiento Civil. Lo anterior porque en el proceso contencioso administrativo no proceden excepciones previas, por lo tanto, las mismas se deben esgrimir en la contestación de la demanda, en cuyo caso se deciden en la sentencia, o en el recurso que se impet্রে en contra del auto admisorio de la demanda (último inciso del artículo 143 del CCA). Sin embargo, con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la audiencia inicial se resuelven las excepciones previas propuestas en la demanda, tal como lo consagra el artículo 180 del CPA, por ende, se podría pensar que ya no se podrá proponer recurso de reposición en el sentido expuesto en este literal, entre otras cosas, porque la nueva normativa no contempla ningún recurso contra el auto admisorio de la demanda, sin embargo, por economía procesal, consideramos que dicho auto es susceptible del recurso de reposición, al interior del cual se podrán plantear las excepciones anotadas, porque es el medio de impugnación mínimo previsto por la ley y porque la ley no lo prohíbe para la decisión señalada.

g. En cuanto al cómputo del término para corregir la demanda en caso de ser inadmitida, se contabiliza siguiendo las reglas del artículo 120 del Código de Procedimiento Civil, el cual se aplica en el proceso contencioso administrativo por vía de la remisión (art. 267 del CCA y art. 306 del CPA), cuyo tenor es el siguiente: “Todo término comenzará a correr desde el día siguiente al de la notificación de la providencia que lo conceda; si fuere común a varias partes, será menester la notificación a todas. En caso de que haya de retirarse el expediente, el término correrá desde la ejecutoria del auto respectivo”.

Es necesario advertir que el inciso segundo de la disposición en comentario complementa la segunda parte de su primer inciso, veamos: “Cuando se pida reposición del auto que concede un término, o del auto a partir de cuya notificación debe correr un término por ministerio de la ley, este comenzará a correr desde el día siguiente a la notificación del auto que resuelva el recurso”.

De todo lo anterior, se colige que el término para corregir la demanda corre en forma simultánea o paralela con el de ejecutoria del auto (Tres días contados a partir del día siguiente de hecha la notificación), aplicándose, en el evento de ser recurrido el mismo, lo dispuesto expresamente para tal eventualidad por el inciso 2do de la norma en cita ⁴⁸⁸.

Ahora bien, es preciso señalar que el término para corregir la demanda no es prorrogable, tal como lo ha afirmado el Consejo de Estado en los siguientes

⁴⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, Auto 4596, de enero 27 de 2000, Consejera Ponente Olga Inés Navarrete Barrero.

términos: “Por consiguiente, si bien la solicitud efectuada por el apoderado de la actora tendiente a obtener la prórroga o el plazo fijado para corregir la demanda no era atendible, pues éste es fijado por la ley de forma preclusiva, la circunstancia anotada hacía por lo menos excusable el no acatamiento de la carga probatoria impuesta, máxime si, como quedó establecido ésta no le era legalmente exigible [...]”⁴⁸⁹.

Así mismo, cabe anotar que si el recurso de reposición es presentado de manera extemporánea, este medio de impugnación no tiene la virtualidad de interrumpir el término para corregir la demanda y en caso de que no se hiciera la corrección correspondiente, el Juez debe proceder a rechazar el recurso por extemporáneo y en la misma providencia ordenar el rechazo de la demanda por no corrección.

h. Por último, es importante anotar que al momento de admitir la demanda no se puede realizar ningún tipo de valoración probatoria, es decir, es imposible advertir al interesado, en el auto inadmisorio de la demanda, que los documentos que se anexaron con el libelo adolecen de carácter demostrativo o que la inspección judicial está mal pedida o que el testigo que se llama a declarar no está debidamente identificado, etc., pues la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba se estudian en el auto que decreta el período probatorio y el análisis de las pruebas en cuanto a su fuerza de convicción se aborda en la sentencia, todo lo anterior en virtud del principio de preclusión. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

De otra parte, la valoración probatoria es un asunto que desborda la competencia que tiene circunscrita el juez al momento de analizar la posible admisión de la demanda, comoquiera que la calidad o naturaleza de los documentos allegados por las partes es un asunto susceptible de valoración en el auto que abre a pruebas el proceso o en la sentencia.

En ese contexto, para la Sala no resultaba pertinente que se inadmitiera la demanda con fundamento en la supuesta falta de originalidad o autenticidad de los documentos anexados a la misma, máxime si se tiene en cuenta que no se trata de una acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, en las cuales es requisito sine qua non, acompañar el acto demandado, siempre y cuando no tenga alcance nacional –en original o copia auténtica según las prescripciones de los artículos 139 y 141 del CCA.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera, auto de 23 de mayo de 2002, exp. 21833, Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁴⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil siete (2007). Expediente No.: 630012331000200601059

D. Contenido del auto admisorio de la demanda. (art. 207 CCA y art. 171 del CPA)

Este acápite se aborda desde la óptica de las demandas que atacan la legalidad de actos administrativos, tal como ocurre con la acción de simple nulidad, tema que nos ocupa en este capítulo, sin embargo, *mutatis mutandi*, el contenido del auto admisorio de la demanda que se pasa a estudiar, opera para todas las acciones ordinarias contencioso administrativas.

El contenido del auto admisorio de la demanda es el siguiente:

1. Que se notifique al representante legal de la entidad demandada de conformidad a lo contemplado en el artículo 23 de la Ley 446 de 1998, concordante con el artículo 150 del Código Contencioso Administrativo. Si la entidad demandada posee regional en la respectiva jurisdicción donde se incoa la demanda, se debe notificar al funcionario de mayor categoría de dicha regional. Ahora bien, en lo atinente a la nueva codificación, la notificación se hará de conformidad a lo contemplado en el artículo 199 del CPA, tal como quedó modificado por el artículo 612 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), esto es, se enviará el auto admisorio de la demanda junto con el texto de la misma al buzón electrónico creado para tal fin por la entidad pública, en cuyo caso bastará con el acuse de recibo del correo electrónico respectivo para entender surtida la notificación, sin necesidad de que se verifique su efectiva lectura, asunto que puede ser constatado a través de softwares especializados como el Outlook o por medio de una llamada telefónica del citador, de cuya realización debe dejar constancia, así mismo, es posible obtener tal recibo a través del envío de un correo electrónico, por parte de la entidad pública notificada, donde se constate la recepción. Obviamente, si el demandado es una persona privada, la notificación se debe llevar a cabo a través de la normativa contemplada en el Código de Procedimiento Civil, siempre y cuando la persona de derecho privado no tenga dirección electrónica para notificaciones judiciales por no estar inscrita en el registro mercantil (artículo 200 del CPA). Agrega el numeral 1º del artículo 171 del CPA, que en el auto admisorio de la demanda también se dispondrá que se notifique por estado dicha decisión al actor.

2. Que se notifique personalmente al Ministerio Público (Numeral 2º del artículo 171 del CPA). En vigencia del nuevo Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la notificación personal al Ministerio Público se hará mediante un mensaje de datos, que se enviará al buzón electrónico de notificaciones judiciales de que trata el artículo 197 del CPA

01, Número interno: 33.762, Actor: José Jesús García Tamayo, Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, proceso: Acción de Reparación Directa.

3. Que se notifique a los terceros interesados (Numeral 3° del artículo 171 del CPA). El Código Contencioso Administrativo trae un procedimiento para llevar a cabo la vinculación de los terceros interesados, sin embargo, guarda silencio en torno a la forma de notificarles personalmente, trámite que se debe adelantar en primera instancia. Es por esto que consideramos que tal vacío se debe llenar con el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil. Por otro lado, por tercero interesado debemos entender aquel que puede resultar afectado con una sentencia condenatoria, como sería el caso de quién ocupa el cargo del demandante desvinculado de un cargo estatal. Si el tercero interesado resulta ser otra entidad de derecho público, la notificación se debe llevar a cabo como lo dispone el artículo 23 de la Ley 446 de 1998. En lo atinente a la nueva normativa, no existe un procedimiento especial para vincular terceros interesados, como corolario, el mismo se hará de conformidad a lo dispuesto en los artículo 199 y 200 del CPA, según se tratare de una entidad pública o de un particular que ejerce funciones administrativas o de un simple particular y, en este último caso, se tendrá en cuenta si dicho particular posee o no dirección electrónica para notificaciones judiciales, por estar inscrito o no en el registro mercantil, pues en caso de no poseerla, se aplican los artículos 315 y 318 del Código de Procedimiento Civil.

Es pertinente anotar en este numeral que el artículo 318 del Código de Procedimiento Civil es inaplicable bajo la óptica de la antigua codificación, habida cuenta que el numeral tercero del artículo 207 del CCA trae un procedimiento especial de emplazamiento. Sin embargo los artículo 315 y 320 del CPC si se aplican en estos casos. Ahora, con el advenimiento de la nueva codificación, las normas del Código del Procedimiento Civil se aplican en su integridad, en relación con terceros interesados de carácter privado que estén en las condiciones anotadas en el párrafo anterior.

Los terceros interesados son aquellos que junto con el demandado, conforman un litisconsorcio necesario por pasiva, es decir, solo cuando el Juez prevea que la Sentencia puede afectar a alguien debe citar a ese alguien en calidad de tercero interesado⁴⁹¹, por ende, cuando no se demandan a todos los codeudores

⁴⁹¹ “art. 83 del CPC– Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciera así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuesto para el demandado...”. Es importante acotar que el artículo 61 del nuevo Código General del Proceso regula esta figura y además de reiterar lo que se acaba de transcribir, trae cuatro incisos adicionales en los siguientes términos: “En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante dicho término” (Inc. 2°). “Si alguno de los convocados solicita pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas y si las decreta fijará audiencia para practicarlas”. (Inc. 3°). “Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán

o todos los responsables e impera el principio de solidaridad, no hay lugar a darle aplicación a este numeral, mucho menos si se dirige la demanda contra persona diferente al responsable, pues es carga de la parte demandante demandar a quién efectivamente causó el daño.

El tercero interesado puede entrar a coadyuvar la demanda o a atacar las pretensiones de la misma, es decir, el tercero interesado puede estar en la posición de la parte demandante o en la posición de la parte demandada.

Cuando se demanda el retiro de un funcionario por supresión del cargo que ocupaba en virtud de una reestructuración administrativa y como fundamento de las pretensiones se esgrime que no hubo una supresión efectiva, es indefectible vincular al proceso bajo el título de tercero interesado al servidor público que ocupe el cargo equivalente o con funciones similares, pues el restablecimiento del derecho implicará su desvinculación, siempre y cuando así se haya pedido en la demanda, en caso contrario no hay lugar a vincular a nadie.

Por último, es menester que las entidades públicas demandadas, en caso de que haya cambio del tercero interesado en el trascurso del proceso, le informen al Juez de dicha situación para que vincule al nuevo interviniente y rehaga las etapas procesales pertinentes frente al mismo, en caso contrario, el Juez al proferir sentencia, tendrá como tercero interesado al inicialmente señalado y la sentencia afectará indefectiblemente a la persona que estuviere ocupando dicha situación, sin importar si estuvo vinculada o no al proceso. Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad que tenga que asumir la entidad pública, como consecuencia de la omisión de informar el cambio del tercero interesado, tal como se expuso.

4. Que se fijen gastos ordinarios del proceso⁴⁹² y un término prudencial para depositarlos. Esta exigencia se reitera en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sin embargo, en la nueva normativa se aclara que en las acciones cuya pretensión sea exclusivamente la nulidad del acto demandado no habrá lugar al pago de gastos ordinarios del proceso (Numeral 4° del artículo 171 del CPA).

Por otro lado, cabe resaltar que el antiguo código a raíz de la reforma introducida en el artículo 66 de la Ley 1395 de 2010, reguló el desistimiento tácito en caso de que no se acreditara el pago de los gastos procesales en el plazo previsto, figura que se reiteró en el nuevo código, específicamente en el artículo 178 de dicha normativa.

eficacia si emanan de todos” (Inc. 4°). “Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su vinculación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio” (Inc. 5°).

⁴⁹² D.R. 2867/89 art. 1o “Para los efectos del artículo 207, numeral 4°, del Código Contencioso Administrativo, se considerarán como gastos ordinarios del proceso los ocasionados por concepto de notificaciones, publicaciones, copias necesarias para el diligenciamiento del proceso, edictos, comunicaciones telegráficas y correo aéreo”. Estos gastos no cubren el costo de la práctica de las pruebas.

5. Que se fije en lista por el término de diez días, los cuales operan luego de que se haga la última notificación en caso de que hubiere varios demandados, empero, no necesariamente es al día siguiente de la misma al no establecerlo así el legislador expresamente. La nueva codificación modifica sustancialmente este asunto, pues el traslado de la demanda no emana de una orden contenida en el auto admisorio de la demanda, sino que se da de pleno derecho, en los términos contemplados en el artículo 172 del CPA

6. Solicitud de antecedentes administrativos: Generalmente el expediente a que hace referencia el artículo 29 del CCA, aunque también se refiere a los documentos propios de la actividad contractual, obviamente si estamos en presencia de la acción de controversias contractuales o de la acusación de actos administrativos precontractuales. Ahora bien, el

nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo continúa con esta exigencia, empero, ya no como una orden proveniente del auto admisorio de la demanda, sino como un documento que se debe allegar en el término de la contestación de la demanda (Inciso primero del párrafo 1° del artículo 175 del CPA).

7. Si se trata de demandar impuestos, tasas, contribuciones o multas que se exijan o de créditos definitivamente liquidados a favor del tesoro público, se deberá otorgar una caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago con los recaudos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable lo resuelto (Artículo 140 del CCA). Esta caución se fija en lo posible, en el auto admisorio de la demanda y transcurridos seis meses, contados a partir del día siguiente de la notificación de la mencionada providencia al Ministerio Público, sin que se acate su pago, se producirá irremediamente la perención del sub iudice.⁴⁹³ Ahora bien, si no es posible fijar la caución en el auto admisorio de la demanda, se debe solicitar en el mismo auto a la entidad demandada, los elementos de juicio necesarios para fijarla en un auto posterior que, en todo caso, debe ser dictado inmediatamente se tengan a la mano los elementos de juicio mencionados.

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

⁴⁹³ Esta posición no es unánime. El otro sentido del asunto, que consideramos inconveniente porque atenta contra el efectivo acceso a la administración de justicia, es el siguiente: es necesario tener en cuenta que la caución no es un anexo a la demanda, es decir, no se acompaña al momento de demandar, ya que el monto de la misma la fija el ponente o el juez, antes de admitir la demanda, sin embargo, si la caución no se presta en el término judicial estipulado, la demanda podrá ser inadmitida y será necesario que se preste caución en los cinco días siguientes, en caso de no hacerse se rechaza la demanda. (Consejo de Estado, Sección Primera, Auto de diciembre 7 de 1994, Expediente 3107, Magistrado Ponente: Miguel González Rodríguez).

Una vez señalada por el juez el valor de la caución, nace para el actor la obligación de cumplir con esta carga procesal, que de no acatarse, impide garantizar el pago de los impuestos o multas en cuanto fuere desfavorable lo resuelto y conlleva la imposibilidad de seguir adelante con el proceso. Lo anterior, tiene su razón de ser en que la caución pretende garantizar que no se acuda a la justicia de manera injustificada y se evite el abuso del derecho de acción para evadir el cumplimiento de la obligación tributaria, por tanto, la omisión de este deber impide que el actor sea oído dentro del proceso hasta tanto demuestre la seriedad de su causa. Si el proceso permanece en secretaría por más de seis meses a la espera de este impulso procesal a cargo del demandante, de conformidad con el artículo 148 del Código Contencioso Administrativo, se debe decretar la perención del proceso.⁴⁹⁴

Sin embargo en materia de impuesto sobre la renta y complementarios o sanciones derivadas de su proceso de determinación, no es necesario prestar caución alguna y en cuanto al Impuesto sobre las ventas o sanciones que se deriven del mismo, la caución será del 10% del monto discutido, tal como lo explica el Consejo de Estado de la siguiente manera:

En la actualidad, para ocurrir en demanda contenciosa la situación de los litigantes respecto del pago previo o la caución o de la aplicación del principio *solve et repete*⁴⁹⁵ es la siguiente, atendida la inexecutable parcial decretada por la Corte sobre el Artículo 140 del Código Contencioso Administrativo y la existencia de las normas tributarias especiales:

- a. En ningún caso de demanda originada en impuestos o en sanciones relativas a ellas, es necesario depositar o consignar su valor como presupuesto para su admisión;
- b. En los casos de impuestos sobre las ventas o sanciones derivadas de tal tributo, se debe, según el segundo inciso del artículo 867 del estatuto tributario caucionar con el 10% del valor de la suma impugnada;

⁴⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Consejera Ponente: Ligia López Díaz, auto del 15 de julio de 2004, Radicación 25000-23-27-000-2002-90171-01 (14591), Actor: Frontier de Colombia S.A., Demandado: DIAN Bogotá.

⁴⁹⁵ “El principio *Solve et repete* (pague y alegue), sustentado en el principio de legalidad, pretende el recaudo oportuno de los recursos del Estado a fin de garantizar su funcionamiento y la prestación de los servicios a su cargo. Se aplica a los actos administrativos en firme que imponen una multa, liquidan una obligación tributaria, etc., ora en vía de recurso administrativo, ora en vía de recurso judicial”. MORALES VALENCIA, Augusto, Juez Director del Proceso Contencioso Administrativo, Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa–, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, página 240.

- c. En los casos de impuestos a la renta y complementarios o sanciones derivadas de su proceso de determinación no es necesario prestar caución alguna, y
- d. Con relación a los demás impuestos o sus sanciones, diferentes a ventas y renta y complementarios, se deberá prestar la caución en los términos del artículo 140 del Código Contencioso Administrativo y por la cuantía que determine el ponente, salvo que exista norma especial que disponga otra cosa.⁴⁹⁶

Ahora bien, sobre el tema de la caución es importante resaltar que el hecho de que una aseguradora preste una caución judicial con el objeto de garantizar la obligación al interior del proceso judicial, no la convierte por ese solo hecho en deudora solidaria, toda vez que el artículo 140 del CCA, se refiere a pólizas que buscan impedir que quienes hagan uso del derecho de acción acudan de manera injustificada a la administración de justicia y evadan el cumplimiento de una obligación tributaria. Sin embargo, esa garantía no reemplaza al deudor, que es a quien se debe perseguir para el pago⁴⁹⁷.

Finalmente, es pertinente precisar que la caución del artículo 140 del CCA pierde su razón de ser si el accionante pagó su acreencia en sede administrativa, por ende, si con la presentación de la demanda se acredita dicho pago, al Juez le está vedado fijar monto alguno por este concepto.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no precisa esta obligación, por ende, con el advenimiento de la nueva codificación no es dable exigir pago alguno para poder demandar, en otras palabras, el principio *solve et repete* queda sin vigencia. Esta situación la encontramos desafortunada, pues precisamente la obligación de caucionar buscaba evitar el abuso en el ejercicio del derecho a accionar, dado que, como se mencionó líneas atrás, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho tiene la virtualidad de paralizar el procedimiento de cobro coactivo, por tanto, las demandas temerarias resultarían un medio idóneo para torpedear el debido cobro de las acreencias a favor del Estado, sin embargo, esta crítica se aminora un poco con la regulación de costas objetivas que contempla el nuevo Código.

8. Cuando el Juez constata que alguna de las partes no justificó su no concurrencia a la audiencia de conciliación como requisito de procedibilidad, dentro de los tres (3) días siguientes a la celebración de la misma (art. 22 de la Ley 640 de 2001), deberá proceder a establecer una multa hasta de dos (2) salarios mínimos legales

⁴⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 4057, abril 10 de 1992, Consejero Ponente: Guillermo Chahín Lizcano.

⁴⁹⁷ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia 25000-23-27-000-2004-00691-01 (16216), junio 4 de 2009, Consejero Ponente: Hugo Fernando Bastidas.

mensuales vigentes a favor del Consejo Superior de la Judicatura (Parágrafo 1° del art. 35 de la Ley 640 de 2001, modificado por el artículo 52 de la Ley 1395 de 2010).

9. Que, cuando se demande la nulidad de un acto administrativo en que pueda estar interesada la comunidad, se informe a esta de la existencia del proceso a través del sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior sin perjuicio de que el juez, cuando lo estime necesario, disponga simultáneamente la divulgación a través de otros medios de comunicación, teniendo en cuenta el alcance o ámbito de aplicación del acto demandado (Numeral 5° del artículo 171 del CPA).

Sobre la obligación plasmada en el numeral anterior, la nueva normativa aclara que mientras entre en funcionamiento o se habilita el sitio web de que trata el numeral 5 del artículo 171 del CPA, el juez dispondrá de la publicación en el sitio web del Consejo de Estado o en otro medio de comunicación eficaz. (Parágrafo transitorio del artículo 171 del CPA).

E. La Suspensión Provisional (arts. 152 al 159 del CCA y numeral 3° del artículo 230 del CPA).

Esta medida cautelar se aborda en este punto de la obra habida cuenta que bajo la égida del antiguo Código Contencioso Administrativo, era precisamente en el auto admisorio de la demanda que se decidía sobre la misma. Ahora bien, es pertinente aclarar que con la nueva normativa la suspensión provisional se resuelve mediante auto aparte y en cualquier etapa del proceso (Inciso segundo del artículo 233 del CPA), sin embargo, mantendremos incólume la estructura del libro sin perjuicio de que en un capítulo aparte dediquemos algunos comentarios a las otras medidas cautelares.

Tal como lo contempla el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo y el artículo 91 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la suspensión provisional es una causal de pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos, de manera temporal, es decir, mientras dure el trámite del proceso originado por el ejercicio de la acción de simple nulidad, de la acción de nulidad y restablecimiento, de la acción electoral, de la contractual que gire en torno a la nulidad de un acto administrativo proferido con motivo de la ejecución del contrato⁴⁹⁸, y, en general de cualquier acción que se

⁴⁹⁸ “Pero el hecho de que el control de legalidad de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual lo sea a través de la acción prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, no impide que frente a ellos proceda la medida cautelar de suspensión provisional, toda vez que es evidente que dichos actos son también actos administrativos y tienen igualmente aptitud de producir efectos en la esfera jurídica del administrado, en este caso el contratista”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de junio 25 de 1999, Expediente 16.550, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque).

dirija a la acusación de un acto administrativo, cuya decisión, si es anulatoria, hará que la medida se torne en definitiva o, si es denegatoria, la levantará.

Ahora bien, en caso de que la decisión administrativa atacada afecte derechos fundamentales, es recomendable que simultáneamente a la solicitud de suspensión provisional se incoe la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable, con el objeto de que se suspenda la ejecución del acto administrativo acusado en sede constitucional, dado que la suspensión provisional en el contencioso es mucho más lenta y se torna en un mecanismo inidóneo para proteger derechos de tal talante.

Es necesario entender que los actos administrativos tienen como características fundamentales que son ejecutivos y ejecutorios, es decir, sus efectos tienen fuerza vinculante y la administración los puede materializar aún en contra de la voluntad del administrado. Es en este aspecto donde la suspensión provisional adquiere su mayor importancia, ya que se ejerce con el fin de que la administración no pueda ejecutarlo habida cuenta que pierde su fuerza ejecutoria temporalmente y es necesario recordar, que la misma se relaciona con la posibilidad de materializar los efectos jurídicos de la decisión a través de una operación administrativa⁴⁹⁹. El artículo 238 de la Constitución Política regula este fenómeno procesal haciendo énfasis en los efectos jurídicos del acto, veamos: “La jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los **efectos** de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por la vía judicial.” (Subrayas fuera de texto).

Procesalmente hablando, la suspensión provisional es una medida cautelar que se tramita a través de incidente. Tal medida deberá reunir los siguientes requisitos, así:

1. Solo son susceptibles de tal medida los actos administrativos de carácter unilateral definitivos, sin importar si son de naturaleza general o particular. Por lo tanto el contrato estatal estará por fuera de la suspensión, empero, los actos administrativos que surjan de su ejecución si podrán ser suspendidos⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ Aún más, algunos doctrinantes se atreven a ir más allá y conceptúan que en términos prácticos la prejudicialidad en materia de una decisión de suspensión provisional frente a un acto administrativo, debería operar, esto es, si la administración sabe que una decisión por ella adoptada podría ser sometida a una suspensión provisional, debería abstenerse de ejecutarla hasta tener plena certeza de su no declaratoria mediante la notificación del auto admisorio de la demanda. Empero esta posición no es compartida por nosotros porque podría ser fuente de inseguridad jurídica. Ver por ejemplo: SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 244.

⁵⁰⁰ “Así lo ha señalado esta Sala al indicar que la petición cautelar encaminada a que se suspenda provisionalmente la ejecución de un contrato es a todas luces improcedente si se tiene en cuenta que el tema de la suspensión provisional que regula el título XVII del Código Contencioso Administrativo solo menciona decisiones unilaterales de la administración y el contrato no tiene tal naturaleza, lo mismo que al precisar que la suspensión provisional no procede respecto de una cláusula contractual en cuanto no constituye un

Es de advertir que siempre se busca suspender, cuando se trata de decisiones particulares, actos administrativos definitivos, finales o que resuelven de fondo un asunto. Se advierte, todos los actos administrativos son susceptibles de suspensión provisional, la Constitución no posibilita excepción alguna, sin embargo, el poder vinculante, salvo excepciones, solo se predica de los definitivos que ordenan una actividad ⁵⁰¹ (art. 238, CP).

2. Que el acto administrativo viole normas jurídicas superiores (la Constitución, la ley, cláusulas contractuales o un acto administrativo de mayor jerarquía), en ningún caso procede frente a principios o valores. Por tanto, es necesario establecer con precisión y claridad las normas violadas y el concepto de su violación, lo que quiere decir que las indicaciones genéricas de decretos o leyes sin precisar artículos están proscritas ⁵⁰².

Ahora bien, la suspensión provisional también es procedente cuando se infringen los condicionamientos de constitucionalidad fijados por la Corte Constitucional, tal como lo ha aceptado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

La procedencia de la suspensión provisional precisa la manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la suspensión, por confrontación directa o mediante documentos aducidos en la solicitud. Ahora, la Sala encuentra que este instituto cautelar bien puede aplicarse cuando la infracción estriba en el abierto desconocimiento del contenido de una norma tal y como quedó luego de un fallo de constitucionalidad modulada.

En efecto, como ya se indicó, el contenido normativo de la disposición luego de su juicio de constitucionalidad –cuando este último supone la utilización de la técnica de la modulación del contenido- lo integra no solo la norma tal y como estaba concebida originalmente por el legislador, sino que también esta debe ser aplicada con el condicionamiento.⁵⁰³

acto administrativo de carácter unilateral ya que esta medida no fue concebida para los acuerdos logrados contractualmente, porque estos devienen de la voluntad de ambas partes, frente a los cuales el Legislador no instituyó una medida provisional para suspender sus efectos.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 19 de julio de 2007. Expediente 34059. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2007, páginas 2190 a 2195.

⁵⁰¹ “La suspensión provisional solo se puede invocar frente a actos administrativos de contenido positivo o que ordena una actividad, careciendo de efectos frente a los actos que prohíben o deniegan una actividad”. CAMPO CABAL, Juan Manuel, *Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo*, Editorial Temis, 1989, página 231.

⁵⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 30 de octubre de 1997, exp. 4733, C.P.: Juan Alberto Polo Figueroa: “La solicitud a que se hace referencia no ofrece la sustentación expresa que exige la ley, en la medida que no se señala cuáles son las normas constitucionales que se dicen violadas, ni se explica en donde radica la infracción de dichas normas; y en cuanto a la indicación que se hace de una ley y de un decreto, es genérica, la cual no permite la confrontación directa prevista en la ley”.

⁵⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 13 de diciembre

3. Que la violación que produzca el acto administrativo, sea manifiesta, ostensible y directa. Es decir, que de la simple comparación entre el contenido del acto administrativo y la norma superior se colija que existe una evidente transgresión, sin hacer elucubraciones adicionales, de lo contrario se estaría ante un prejuzgamiento.⁵⁰⁴ Sin embargo, si en la violación están involucrados derechos fundamentales, la suspensión provisional es procedente, independientemente que la transgresión sea manifiesta o no.⁵⁰⁵

Así las cosas, un ejemplo típico que genera suspensión provisional de un acto administrativo por manifiesta violación a norma superior es la falta de motivación, al ser la motivación de las decisiones la regla general, así lo ha precisado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Por la anterior razón, las resoluciones de la Superintendencia debieron ser motivadas en forma expresa. Sin embargo, a lo largo del texto de las mismas no se aprecia motivación alguna que pudiera dar a entender el cumplimiento de dicho requisito formal, de modo que, al no cumplir tal formalidad, se presenta ostensible violación de la norma superior, observable claramente de la simple confrontación de los textos normativos, como lo exige el artículo 152 numeral 2° CCA.⁵⁰⁶

A pesar de lo expuesto, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento ha morigerado este requisito al disponer que el juez deba argumentar su decisión, es decir, motivar el proveído sin límite alguno. Veamos: “Con lo anterior la Sala quiere significar que la verificación de este requisito señalado en el numeral 2° del artículo 152 del CCA no releva al juez de argumentar su decisión, vale decir, de motivar su proveído. Contrario sensu, la constatación judicial de su ocurrencia implica, de suyo, indicar las razones que permiten concluir que media la manifiesta infracción del acto administrativo acusado respecto de las normas superiores que se señala como infringidas”.⁵⁰⁷

de 2007. Expediente 34178. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2008, páginas 628 a 631.

⁵⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de febrero 7 de 2002, Expediente 21845, Consejero Ponente Alier Hernández Enríquez.

⁵⁰⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

⁵⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto, octubre 4, 1991; C.P. Guillermo Chahín Lizcano. Exp.3807. Actor: José Hernández Silva, en extracto 200, 1991.

⁵⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Auto de 26 de enero de 2011. Radicación 11001-0326-000-2009-00116-00. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de 2011, páginas 423 a 428.

Lo anterior quiere decir que el Juez puede extenderse en las razones que implican la suspensión provisional, sin limitarse a la “simple comparación”, como se advirtió, lo que en nuestra opinión desnaturaliza la suspensión provisional, pues la “manifiesta infracción” se diluiría en argumentos propios de la sentencia y no de una medida cautelar. Sin embargo, el Consejo de Estado, en la providencia cuyo aparte se acaba de transcribir, aclara que en sede de suspensión provisional no es posible dar lugar a interpretaciones condicionadas o moduladas o a aplicar principios hermenéuticos como los del efecto útil de las normas o de conservación del derecho, pues dicha lectura se debe diferir para la sentencia definitiva.

Ahora bien, la nueva normativa cambia de manera ostensible este panorama, pues la misma ya no exige la manifiesta infracción para decretar la suspensión provisional, lo que significa que el Juez puede analizar el fondo del asunto y adoptar la medida que se estudia. Esto lo encontramos contraproducente y a nuestro parecer implica prejujuicio y consecuente violación del debido proceso, pues se puede ordenar la suspensión provisional, luego de hacer un juicio exhaustivo del asunto, sin escuchar a la parte contraria. Veamos el tenor literal de la nueva codificación sobre esta materia: “Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud (Inciso primero del artículo 231 del CPA)”.

La preocupación por un eventual prejujuicio anotada líneas atrás, es evidenciada por el Consejo de Estado frente a la nueva normativa y, por tanto, le solicita al Juez que sea prudente al decretar una suspensión provisional, de tal suerte que no tome partido frente a una u otra posición. Veamos lo que expone la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo:

Ahora bien, no obstante que la nueva regulación como ya se dijo permite que el juez previo a pronunciarse sobre la suspensión provisional lleve a cabo análisis de la sustentación de la medida y estudie pruebas, ocurre que ante el perentorio señalamiento del 2º inciso del artículo 229 del CPACA (capítulo XI Medidas cautelares –procedencia), conforme al cual: “la decisión sobre la medida cautelar no implica prejujuicio”, es preciso entonces que el juez sea muy cauteloso y guarde moderación a fin que el decreto de esta medida cautelar no signifique tomar partido definitivo en el juzgamiento del acto ni prive a la autoridad pública que lo produjo o al demandado (en el caso el elegido o el nombrado cuya designación se acusa), de que ejerzan su derecho de defensa y que

para la decisión final se consideren sus argumentos y valoren sus medios de prueba”.⁵⁰⁸

4. La controversia que se origina en virtud de la solicitud de suspensión provisional es de estricto derecho, por lo tanto, eventos fácticos no pueden ser tocados, ya que los mismos solo son susceptibles de decidirse mediante sentencia, luego de previa valoración probatoria que los acredite o desvirtúe. Tampoco es posible realizar juicios de conveniencia o inoportunidad al interior de esta medida cautelar, tal como lo aclara el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En relación con los eventuales “traumatismos que una decisión de esta estirpe pueda generar a la administración pública”, la Sala resalta que el juez administrativo no está concebido para valorar la conveniencia o no de las medidas que adopte la administración, sino para juzgar si ellas se ajustan o no al ordenamiento jurídico, por lo que las posibles consecuencias negativas que pueda entrañar una medida judicial como la que hoy se cuestiona, no puede incidir en la decisión que se adopte.⁵⁰⁹

5. El análisis de la suspensión provisional solo se limitará a estudiar la argumentación que esgrime el demandante para suspender el acto administrativo, por lo tanto, el juez no podrá hacer lecturas adicionales. Es por esto que debe señalar con precisión las normas violadas y el concepto de la violación ostensible, con identificación de las normas transgredidas, en un capítulo específico de la demanda o en escrito separado del libelo. Esto quiere decir que se desnaturaliza la suspensión provisional cuando el petente de la misma remite al juez al capítulo de las normas violadas y concepto de la violación de la demanda o a otras lecturas jurisprudenciales o doctrinarias, toda vez que la suspensión provisional debe conllevar una evidente incompatibilidad, sin entrar en el fondo de la *litis*, fondo que se toca necesariamente cuando se aborda el capítulo mencionado o se profundiza mucho en el tema.

Al respecto ha dicho el Consejo de Estado⁵¹⁰ :

⁵⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto de 13 de septiembre de 2012. Radicación 11001-03-28-000-2012-00042-00. Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Extarco jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2012, páginas 2058 y 2059.

⁵⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, Auto de 26 de enero de 2011. Radicación 11001-0326-000-2009-00116-00. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de 2011, páginas 423 a 428.

⁵¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, providencia del 19 de junio de 1984, expediente 4662. Actor: Bernardo Ríos Sánchez.

“[...] ha sido jurisprudencia reiterada de esta Corporación que para que pueda considerarse la solicitud de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo es de rigor que en el capítulo correspondiente a la solicitud, si ésta se hace con la demanda o en escrito separado a ésta, si se hace con posterioridad antes de dictarse el auto admisorio de la misma, se señalen con precisión la normas superiores que se consideran manifiestamente infringidas, y además se explique en forma breve el concepto de la violación manifiesta u ostensible que se afirma se ha producido con la expedición del acto cuya nulidad se haya solicitado con o sin restablecimiento del derecho”.

Ahora bien, a pesar de la claridad de la posición jurisprudencial anterior, en ocasiones el Consejo de Estado ha permitido que el libelista remita al Juez en la solicitud de suspensión provisional, al capítulo de normas violadas y concepto de la violación para deducir la suspensión provisional, lo cual a todas luces riñe con la naturaleza de la misma dado que dicho capítulo no tiene como propósito evidenciar una manifiesta infracción sino tipificar vicios invalidantes, tipificación que implica un estudio profundo de la legalidad y en últimas, un asunto que debe ser acometido en la sentencia. Algunos de los pronunciamientos que se critican son del siguiente tenor:

Si bien éstos son aspectos de forma, no deben predominar sobre lo sustancial en aplicación de lo dispuesto en el artículo 228 de la Constitución Nacional ya que lo contrario conduciría a hacer nugatoria la solicitud por este solo aspecto. Por lo mismo la sustentación e indicación de normas violadas bien pueden encontrarse en el contenido de la demanda y si su análisis sobre la infracción manifiesta y/o el perjuicio que la ejecución del acto causa o podría causar al actor cuando se trata de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, no permite deducir que se dan estos presupuestos, la consecuencia será la de no decretar la medida provisoria.⁵¹¹

Ahora, a pesar de lo expuesto en este numeral, donde se colige que el demandante no necesita de un acápite aparte para solicitar la suspensión provisional y puede referirse a las normas violadas y concepto de la violación de la demanda, en todo caso si deberá realizar una remisión expresa a dicho acápite cuando solicite la suspensión provisional, pues el Juez no puede interpretar la demanda de tal forma que adecue la causa *petendi* del actor a la conveniencia del mismo⁵¹².

⁵¹¹ Consejo de Estado, Auto del 16 de agosto de 2002, expediente 13873, Consejera Ponente: Dra. María Inés Ortiz Barbosa. Esta posición esta reiterada en providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-24-000-2005-01423-01, Actor: Peñalosa y Rodríguez Ltda. Demandado: Junta Central de Contadores. Referencia: Apelación Auto.

⁵¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero Ponente: Rafael E.

Empero, con la nueva codificación parece que esta exigencia del capítulo aparte pasa a un segundo plano, pues la manifiesta infracción ya no es una exigencia para solicitar la suspensión provisional, lo que quiere decir que bastaría con pedirle al Juez que proceda a decretarla con base en el capítulo de normas violadas y concepto de la violación contemplado en la demanda sin ningún análisis adicional y el juez tendría que abordar dicho capítulo, asunto que en ocasiones puede ser engorroso y complicado y que podría generar una “sentencia anticipada” difícil de desvirtuar por la parte demandada en la etapa correspondiente, pues el Juez ya tendría formada una preconcepción del asunto.

6. Es un anexo indispensable para que opere la suspensión provisional la constancia de publicitación del acto administrativo que se busca afectar, toda vez que el juzgador debe tener certeza que la decisión produce efectos jurídicos susceptibles de suspenderse.

7. La solicitud de suspensión provisional debía impetrarse antes de que se admitiera la demanda. No era posible solicitar suspensión provisional luego de admitida la demanda, ni siquiera a través de la facultad de corrección de la demanda durante el término de fijación en lista⁵¹³. Este requerimiento se deducía claramente de lo dispuesto en el numeral primero 1º del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo y resultaba lógico habida cuenta que la suspensión provisional era una medida cautelar previa y como tal debía operar antes de que la parte demandada conociera de la admisión del libelo, con el objeto de prevenir un daño cierto que se podría derivar de la ejecución de un acto administrativo ante su eventual impugnación jurisdiccional. A pesar de la claridad de lo dispuesto en el numeral referido, el Consejo de Estado en decisiones aisladas había abierto la posibilidad de que la solicitud de suspensión provisional se solicitara en el término de fijación en lista, lo que a todas luces desnaturaliza la institución y contraviene el tenor literal de la norma⁵¹⁴.

Ostau De Lafont Pianeta, Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil siete (2007), Radicación número: 25000-23-24-000-2005-01423-01, Actor: Peñalosa y Rodríguez Ltda., Demandado: Junta Central de Contadores.

⁵¹³ Sentencia del Consejo de Estado, Sección Primera, Auto de Sala Unitaria, Expediente 3835, agosto 26 de 1996, Consejero Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez.

⁵¹⁴ En reciente pronunciamiento la alta Corporación manifestó lo siguiente: “En ese orden de ideas, considera la Sala que si el artículo 208 del Código Contencioso Administrativo prevé la posibilidad de ordenar nuevamente todo el trámite relacionado con la admisión de la demanda cuando a su vez es admitida la aclaración o corrección de la misma, con el fin de que la parte demandada, el Ministerio Público y los terceros interesados puedan realizar las actuaciones que allí se indican, resulta lógico concluir que dentro de esa misma oportunidad la parte actora puede solicitar la suspensión provisional del acto o los actos administrativos cuya nulidad constituya el objeto de la demanda o de la aludida corrección o aclaración de ella, motivo por el cual no encuentra la Sala razón alguna para considerar que en ese evento le esté vedado al demandante pedir la suspensión provisional de ese acto con el argumento de que la medida solo puede ser pedida antes de que se admita la demanda, habida cuenta que la respectiva solicitud de aclaración o corrección antecede el auto en el que se admita tal pretensión como nueva dentro del proceso, supuesto en el que también se cumple a cabalidad con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 152 del Código Contencioso Administrativo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto de 28 de abril de 2005. Expediente 2004-01278-01. Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Publicado en Revista de

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo modifica de manera ostensible el panorama descrito en el párrafo anterior. En efecto, el inciso primero del artículo 233 del CPA señala que la medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso. El único evento que daría lugar a cumplir con el requisito expuesto líneas atrás es que la suspensión provisional se solicitara como medida cautelar de urgencia a la luz de lo contemplado en el artículo 234 del CPA, en cuyo caso el Juez o Magistrado ponente podrá adoptar la suspensión provisional, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencia que por su urgencia, no es posible agotar la previa notificación a la otra parte.

8. La suspensión provisional no procede frente a actos administrativos que ya se han consumado o ya han producido sus efectos, habida cuenta que no sería posible suspenderlos porque ya se finiquitaron. Este es el caso de los actos administrativos de libre remoción que se publicitan a través de su ejecución y en ese instante cumplen con su cometido de desvincular al servidor público que no posee estabilidad o de los actos de elección o nombramiento cuando el elegido o nombrado ya se ha posesionado en el cargo respectivo. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Tratándose de un acto, que como el de retiro del servicio de un empleado, es de aplicación inmediata y sus efectos no permanecen en el tiempo, toda vez que producida la remoción se cumple ipso facto el efecto querido por el acto, no es posible dar aplicación a la figura de la suspensión provisional, por cuanto no existe objeto sobre el que pudiera recaer tal medida; sería inane declarar suspendidos los efectos de un acto ya consumado, pues el perjuicio que con él se infirió ya se causó y solo podría cesar con la expedición de un nuevo acto que colocara al interesado nuevamente en la situación anterior y ello únicamente puede hacerse a través de una orden de restablecimiento del derecho que no es propia de una decisión cautelar.⁵¹⁵

A pesar de lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, esta posición no ha sido unánime por la jurisprudencia, veamos:

La sección segunda encargada de los asuntos laborales, a partir de 1996, ha ampliado la posibilidad anterior a todos los actos administrativos que contengan una decisión de retiro de un funcionario, expresando en síntesis lo siguiente: que los únicos

Jurisprudencia y Doctrina de agosto de 2005, páginas 1139 a 1141.

⁵¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Auto 6610 de junio 3 de 1992. Consejero Ponente: Dolly Pedraza de Arenas. Extracto Jurisprudencial publicado en el Código Contencioso Administrativo de hojas sustituibles de *Legis*, página 290.

requisitos exigidos por la Constitución y la ley para decretar la suspensión provisional son la flagrante violación a las reglas a las que está sometido el acto administrativo acusado y la existencia de un perjuicio, que en los casos de retiro de un funcionario se colige, pues el funcionario deja de recibir los ingresos, luego basta con la manifiesta ilegalidad. Tácitamente está expresando que no se puede exigir que esté produciendo efectos o los vaya a producir en un futuro, pues este no es un requisito expresamente consagrado en las normas constitucionales o legales. Obviamente, si la violación de la ley no es flagrante, no procede la suspensión provisional.⁵¹⁶

En el mismo pronunciamiento cuyo aparte se transcribió, se justificó el cambio de jurisprudencia porque de esta manera se protegen de manera efectiva los derechos fundamentales, ya que se convierte en una medida preventiva que supera la simple indemnización. De igual manera, se adujo que la suspensión provisional en casos de retiro obliga a que la entidad reintegre al cargo al funcionario retirado, empero, en caso de que la sentencia salga desfavorable a sus pretensiones, será desvinculado nuevamente, aunque no tendrá que reintegrar lo percibido durante el lapso que operó la medida cautelar dado que la misma estaba amparada en orden judicial.

La posición expuesta y descrita anteriormente es criticable habida cuenta que, en primer lugar se desnaturaliza la suspensión provisional porque produce efectos de restablecimiento del derecho, pues vuelve las cosas a su estado anterior a pesar de que los efectos de la decisión ya se hubieren consumado y, por otro lado, genera inconvenientes de tipo jurídico-práctico, toda vez que al operar el reintegro se afectan los derechos fundamentales de quién fue nombrado en remplazo del retirado (si este fuere el caso), sin que el tercero interesado hubiere tenido la oportunidad de defenderse frente a la decisión intempestiva de suspensión provisional y consecuente reintegro.

Ahora bien, la nueva normativa establece una serie de medidas cautelares que no se limitan a la suspensión provisional, como consecuencia, es perfectamente viable ordenar el reintegro de un empleado ilegalmente retirado del servicio, pues el numeral 1º del artículo 230 del C.P.A., establece que con miras a restablecer el estado en que se encontraba la situación antes de la conducta vulnerante o amenazante, se podrá decretar una medida que para el asunto que se explica sería el reintegro del retirado al cargo que ocupaba. Obviamente, tal como se advirtió, no estamos en presencia de la suspensión provisional, por ende, para que opere

⁵¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, Radicación 1779., Bogotá, D.C., primero de noviembre de dos mil seis. Publicado en la revista de Jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2007, páginas 1653 a 1663.

el señalado reintegro sería menester prestar la caución correspondiente (Artículo 232 del CPA). Así las cosas, si el acto administrativo ya produjo efectos jurídicos será otra la medida cautelar a adoptar para evitar que se cause un perjuicio irremediable con el consecuente traslado al tercero interesado si a ello hubiere lugar (Literal a del numeral 4º del artículo 231 del CPA).

9. Las Pruebas en la suspensión provisional: El numeral 2do del artículo 152 del CCA, permite que a la solicitud de la suspensión provisional se acompañen documentos públicos que se relacionen con la misma. Estos documentos públicos estarán orientados a probar la existencia del acto administrativo y su proceso de expedición. Estos documentos tienen el carácter de ser pruebas sumarias que deben desprender una certeza plena, faltando solo su contradicción. Ejemplos de los documentos que se explican tenemos: las actas contentivas de los debates sufridos por una ordenanza o un acuerdo; los documentos de citación a las sesiones de la corporación que lo dictó; la certificación o constancia sobre la composición del organismo, en cuanto a miembros principales y suplentes, etc.⁵¹⁷

En este numeral también cabría anotar que desde nuestro punto de vista, las normas del orden no nacional que se traigan a colación como disposiciones violadas de manera ostensible por el acto administrativo que se busca suspender, también deben ser allegadas al proceso como prueba para la suspensión provisional.

Ahora, la nueva normativa guarda silencio sobre el particular, sin embargo consideramos que en la práctica la antigua disposición que se comenta en este punto continuará aplicándose, pues la solicitud de suspensión provisional puede venir acompañada de las pruebas que se pretenda hacer valer (Inc.1º del artículo 231 del CPA)

10. Procedencia: La suspensión provisional procede en todas aquellas acciones donde hay de por medio la posibilidad de anular un acto administrativo, como la acción de simple nulidad, la acción de nulidad y restablecimiento, la acción electoral, contractual contra actos administrativos expedidos en ejercicio de las cláusulas exorbitantes, etc.

11. Prueba sumaria: Es necesario tener en cuenta que si la suspensión se da a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, deberá alegarse y demostrarse, en forma sumaria, el perjuicio que la ejecución del acto demandado cause o pueda causar al actor. La gravedad del perjuicio debe ser tal que la ejecución del acto administrativo impediría el goce normal del derecho subjetivo, por lo tanto, no es cualquier tipo de perjuicio, sino solo aquél que tenga una entidad especial. Este perjuicio se puede probar a través de testigos, un dictamen

⁵¹⁷ Carlos Betancur Jaramillo, Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Señal Editora, Páginas 273 y 274

pericial, una inspección judicial anticipada, documento privado desprovisto de autenticidad pero suscrito ante dos testigos, etc. Excepcionalmente, no se necesitará de prueba alguna, siempre y cuando del tenor literal del acto a suspender se perciba el perjuicio por su ejecución.⁵¹⁸ Esta exigencia continúa vigente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como lo establece la última parte del inciso primero del artículo 231 del CPA, así: “*Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.*”

12. La decisión y sus recursos: Bajo la óptica de la normativa antigua, en los procesos que se siguen ante el Consejo de Estado o ante los Tribunales, la petición de suspensión provisional se resuelve por la sala, sección o subsección y contra la providencia que la conceda o deniegue en única instancia solo procederá el recurso de reposición y en primera instancia, únicamente el de apelación (arts. 154 y 155 del CCA); si el auto fuere de un juzgado administrativo, el auto tendrá solo apelación. La apelación solo se concede en el efecto devolutivo (art. 155 inc., 3ro.). Es un error lo consagrado en el inciso 2do del 155 (efecto suspensivo), ya que el juez sigue el trámite del proceso con las copias del expediente a pesar de que se envíe el original al juez *ad-quem*.

La decisión del superior se profiere de plano y contra ella no procede ningún recurso adicional, por lo tanto, el trámite normal de la apelación no se aplica en este caso, es decir no hay etapa probatoria o alegatos, e incluso no es necesaria la sustentación del recurso, porque la discusión es de pleno derecho (art. 213, inciso primero del CCA).

El artículo 236 del CPA continúa con la tesis expuesta en este numeral, dado que establece que el auto que decreta una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Agrega que los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días. Sin embargo, se observa que en la nueva normativa se abolió el recurso de reposición como medio de impugnación utilizable en estos casos, como consecuencia, la decisión que decreta la suspensión provisional solo será recurrible en apelación o súplica. Ahora bien, el auto que deniegue una medida cautelar solo será susceptible del recurso de reposición. Por último, cabe

⁵¹⁸ “Si bien es cierto en el contencioso de nulidad y restablecimiento para efectos de suspensión, deberá señalarse no solo la normatividad superior infringida sino probarse sumariamente el perjuicio que sufra o pueda sufrir el actor, también lo es que dado el alcance y los efectos de la medida no siempre tendrá que acompañarse prueba con el carácter aludido, puesto que en muchas hipótesis el acto en sí evidencia el daño o el perjuicio que produce, tal como sucede cuando se impone una obligación de dar o hacer al administrado”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente No 11.977, septiembre 19 de 1996.).

anotar que las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno (Inciso segundo del artículo 236 del CPA).

13. Suspensión Provisional automática: Se encuentra regulada por el artículo 158 del CCA y en los artículos 237, 238 y 239 del CPA y se da en dos hipótesis, así:

a. Se da en el evento en que se haya anulado un acto administrativo por parte de la Jurisdicción Contenciosa y, sin embargo, la administración lo reproduce a través de otro (Artículo 237 del CPA).

En este caso la decisión de suspensión se produce inmediatamente, sin importar si hay apelación, por lo tanto, en caso de interponerse, se concede en el efecto devolutivo (art. 158, Inc. 2do CCA e inciso primero del artículo 236 del CPA). A esta demanda es necesario acompañar el nuevo acto para que el Juzgador pueda compararlo con el acto anulado (Inciso primero del artículo 239 del CPA).

Si el Juez o Magistrado Ponente considera fundada la acusación de reproducción ilegal, dispondrá que se suspendan de manera inmediata los efectos del nuevo acto, ordenará que se dé traslado de lo actuado a la entidad responsable de la reproducción y convocará a una audiencia, con el objeto de decidir sobre la nulidad (Inciso segundo del artículo 239 del CPA).

En esa audiencia, el Juez o Magistrado Ponente decretará la nulidad del nuevo acto cuando encuentre demostrado que reproduce el acto anulado, y compulsará copias a las autoridades competentes para las investigaciones penales y disciplinarias a que hubiere lugar (Inciso tercero del artículo 239 del CPA).

La solicitud será denegada, cuando de lo debatido en la audiencia se concluya que la reproducción ilegal no se configuró (Último inciso del artículo 239 del CPA).

b. La segunda se presenta cuando la reproducción se produce cuando el acto reproducido se encuentra suspendido en juicio. La solicitud se presenta en el curso del proceso, acompañada de copia del nuevo acto, sin importar la etapa en que se encuentre y se dará automáticamente. De la nulidad de los dos actos administrativos se decidirá en la sentencia. Aquí, por lo tanto, no hay demanda (Inciso primero del artículo 238 del CPA).

La solicitud de suspensión provisional será resuelta por auto del Juez o Magistrado Ponente, contra el cual proceden los recursos de reposición y de súplica, según el caso, los que se decidirán de plano (Inciso segundo del artículo 238 del CPA).

14. Suspensión Provisional de oficio cuando estén involucrados derechos fundamentales: Señala la Corte Constitucional que si se percibe la transgresión de derechos fundamentales, opera la suspensión provisional así no se hayan citado expresamente los artículos que la materializan⁵¹⁹.

F. Contestación de la demanda (Artículo 144 del CCA y 175 del CPA)

Se contesta durante el término de fijación en lista a la luz del antiguo CCA (10 días que corren después de notificado el auto admisorio de la demanda⁵²⁰ -si son varios los demandados, una vez se efectúe la última notificación- o el auto que resuelve el recurso que se impetire en contra del mismo. De estos días se deja constancia en la Secretaría, a partir de su inicio hasta su terminación⁵²¹), o dentro del traslado de la demanda tal como lo contempla el artículo 172 del nuevo CPA (De la demanda se corre traslado al demandado, al Ministerio Público y a los sujetos que, según la demanda o las actuaciones acusadas, tengan interés directo en el resultado del proceso, por el término de treinta (30) días, plazo que comenzará a correr luego de vencido el término de 25 días para retirar los anexos de la demanda, tal como lo contempla el inciso 5° del artículo 199 del CPA, modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012) cuyo contenido es el siguiente:

1. El nombre del demandado, su domicilio y residencia y los de su representante o apoderado, en caso de no comparecer por sí mismo.

Es necesario acotar que las entidades públicas solo pueden intervenir como demandantes, demandadas o terceras interesadas en los procesos judiciales a través de poder otorgado en la forma ordinaria, o mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo. A quién se le confiera el derecho de postulación necesariamente debe ser un abogado titulado e inscrito ante el Consejo Superior de la Judicatura (art. 151 del CCA y artículo 160 del CPA). Por tanto es un anexo indispensable de toda contestación de la demanda, cuando la parte demandada sea una persona de derecho público, el mandato debidamente otorgado por el representante legal de la entidad, aunado, como es obvio, a que el escrito de contestación del libelo

⁵¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-197 de 1999. Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

⁵²⁰ Es pertinente recordar que el artículo 23 de la ley 446 de 1998 trae una modalidad especial de notificación del auto admisorio de la demanda a las entidades públicas, por tanto es bajo los señalamientos del mencionado artículo que se debe entender la contabilización del término de fijación en lista, sin atender en ningún momento lo dispuesto en el artículo 315 del CPC. En este sentido se pronunció el doctrinante Hernán Fabio López Blanco en los siguientes términos: “No es posible perder de vista que otras modalidades de notificación de autos admisórios de demanda con carácter especial siguen operando y no han sido modificadas por los textos que se analizan. Así por ejemplo, la prevista en el artículo 23 de la ley 446 de 1998 sigue en vigor, dada esa especialidad”. Reformas al Código de Procedimiento Civil, comentarios a la ley 794 de 2003, Dupré Editores, página 121.

⁵²¹ Es importante anotar que los diez días del término de fijación en lista no corren inmediatamente después de concluida la notificación del auto admisorio de la demanda (o de la última notificación si fueren varios los demandados) o cuando queda en firme dicho auto, dado que el mencionado lapso solo opera cuando se deja constancia en la Secretaría y se fija en lugar público de la misma.

debe necesariamente, ir suscrito por el apoderado judicial respectivo. Adicionalmente cuando se trate de entidades públicas demandadas, se debe anexar en copia auténtica los actos administrativos de delegación de la atribución a un servidor público para otorgar poderes tendientes a impetrar demandas judiciales, específicamente en lo que respecta al caso sub-judice de que se trate, lo cual es muy común respecto a entidades del orden nacional.

En este orden de ideas, acreditar el derecho de postulación es trascendental al momento de contestar la demanda por parte de las entidades públicas, por tanto, es importantísimo que los documentos que lo soporten sean allegados al proceso en copia auténtica de conformidad a las exigencias del artículo 254 del CPC, como sería el caso del certificado de existencia y representación que evidentemente acredita que quién otorga el poder es el representante legal de la entidad. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] El certificado de existencia y representación es un documento público que debe presentarse en original o copia autenticada. Con relación a los documentos públicos, la Sala ha indicado que a diferencia de los documentos privados que pueden aportarse al proceso en copia simple, de conformidad con el art. 11 de la ley 446 de 1998, en el caso de los documentos públicos, por no ser aplicable esa norma, esos documentos deben aportarse en original o copia auténtica, de conformidad con el art. 254 del Código de Procedimiento Civil [...].⁵²²

A pesar de lo anterior, consideramos que es posible interponer recurso de reposición contra el auto que se abstiene de reconocer personería y dar por no contestada la demanda por anexarse en simples copias los documentos que acreditan el derecho de postulación y con dicho medio de impugnación acompañar los documentos en copia auténtica. Como corolario, el Juez revocará la decisión anotada y procederá a reconocer personería y dar por contestada la demanda, dándole prevalencia al derecho sustancial sobre el procesal (art. 228 de la CP). Ahora, si lo que ocurre es la hipótesis contraria, es decir, se da por contestada con simples copias y se interpone recurso de reposición contra dicha decisión por parte del libelista, en el traslado de dicho recurso no se pueden aceptar las copias auténticas, en caso contrario, se violaría el derecho de defensa del demandante.

2. Una exposición detallada y precisa sobre los hechos de la demanda y razones de la defensa. Obviamente la parte demandada debe cuidarse de no alterar la causa *petendi* y circunscribirse única y exclusivamente a los hechos narrados y a esgrimir razones jurídicas a su favor, pues puede ampliar el objeto *litis* y

⁵²² Consejo de Estado, Sección Tercera. Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Auto del 10 de junio 2004. Radicación No. 76001-23-31-000-2002-0838-01(26458). Actor: José Octavio Amelínez López y otros. Demandado: Cali.

darle cabida al Juez para pronunciarse sobre hechos nuevos no expuestos en la demanda, sin alterar la congruencia de la sentencia, como sería el caso de traer a colación fallas del servicio que en principio no fueron planteadas por el actor. Obviamente, si se trata de hechos nuevos que benefician a quien contesta la demanda, estos deben ser planteados en procura de enervar las pretensiones del demandante.

3. La proposición de excepciones de fondo, es decir, hechos nuevos que destruyen las pretensiones de la demanda, de las cuales no se daba traslado a la parte demandante porque se decidían en sentencia y su réplica se producía en el escrito de alegatos, en cuyo evento, en dicho escrito, la parte demandante podía solicitar que al momento de fallar se practicaran pruebas para desvirtuar las excepciones incoadas. Ahora bien, la nueva normativa contempla el traslado de excepciones por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene (Parágrafo 2° del artículo 175 del CPA), sin embargo, de este tipo de excepciones se continuará decidiendo en la sentencia. Las pruebas relacionadas con ellas se practicarán en la audiencia probatoria si son conducentes, pertinentes y útiles.

Ahora, resulta oportuno puntualizar en este numeral que las excepciones previas de que trata el artículo 97 del CPC, es decir, aquellas que buscan atacar la legalidad del proceso o producir sentencias inhibitorias, podrán ser esgrimidas a través del recurso de reposición que se impetire en contra del auto admisorio de la demanda (art. 143 del CCA). Sin embargo, nada obsta para que las mismas también sean alegadas con el escrito de contestación de la demanda o en escrito separado acercado durante el término de fijación en lista, empero, en estos últimos eventos el Juez debe tener cuidado de que dichas excepciones no tengan la virtualidad de generar nulidad absolutas (como sería el caso de la falta de jurisdicción) o relativas (haberse notificado la demanda a persona distinta de la que fue demandada), en cuyos casos deberá proceder a declarar la nulidad de todo lo actuado, si es insanable, o poner en conocimiento de las partes la irregularidad percibida mediante la excepción, si es saneable, y no esperar hasta que se llegue a la etapa del fallo para pronunciarse. Por otro lado, la nueva normativa señala que de estas excepciones se debe pronunciar el Juez en la audiencia inicial (Numeral 6° del artículo 180 del CPA).

4. La petición y aporte de las pruebas y demás anexos pertinentes (el poder por ejemplo) que se pretendan hacer valer. En todo caso, el demandado deberá aportar con la contestación de la demanda todas las pruebas que tenga en su poder y que pretenda hacer valer en el proceso, como corolario, es inconducente el decreto de pruebas documentales en el auto correspondiente, si dichos documentos se encuentran en manos de la parte demandada. Aunado a lo anterior, durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el

particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder (Parágrafo 1° del artículo 175 del CPA).

Los dictámenes periciales que considere necesarios para oponerse a las pretensiones de la demanda. Si la parte demandada decide aportar la prueba pericial con la contestación de la demanda deberá manifestarlo al juez dentro del plazo inicial del traslado de la misma establecido en el artículo 172 del CPA, caso en el cual se ampliará hasta por treinta (30) días más contados a partir del vencimiento del término inicial para contestar la demanda.

En este último evento de no adjuntar el dictamen con la contestación, se entenderá que esta fue presentada de forma extemporánea. Cuando se aporte el dictamen pericial con la contestación de la demanda, quedará a disposición del demandante por secretaría, sin necesidad de auto que lo ordene (Parágrafo 3° del artículo 175 del CPA).

Cuando se trate de demandas por responsabilidad médica, con la contestación de la demanda se deberá adjuntar copia íntegra y auténtica de la historia clínica pertinente, a la cual se agregará la transcripción completa y clara de la misma, debidamente certificada y firmada por el médico que haga la transcripción (Inciso segundo del Parágrafo 1° del artículo 175 del CPA).

La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto (Último inciso del parágrafo 1° del artículo 175 del CPA). Como se advierte de lo expuesto, la nueva codificación contempla un fuerte componente de lealtad procesal y colaboración con la administración de justicia en cabeza de la parte demandada, pues busca que “todas las cartas se esgriman sobre la mesa” desde el principio y no se guarden ninguna en procura de torpedear el trámite judicial y la búsqueda de la verdad procesal. Así mismo, el Consejo de Estado ha señalado que la renuencia a suministrar la historia clínica o hacerlo de forma incompleta puede inferir la intención de ocultar un hecho adverso a los intereses de la parte demandada en una acción de reparación directa.⁵²³

5. La indicación del lugar donde se le pueden hacer las notificaciones y comunicaciones procesales al demandado y a su representante o a su apoderado. Para este efecto, cuando la demandada sea una entidad pública o un particular que tiene registrado correo electrónico en el registro mercantil, deberá incluir su dirección electrónica. Los particulares la incluirán en caso de que la tuvieran.

⁵²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 17001233100019980101301 (20732) de julio 26 de 2012, Consejera Ponente: Stella Conto Díaz.

La falta de contestación de la demanda genera indicio grave en contra de la entidad demandada o el particular⁵²⁴.

G. La Sentencia en la Acción de Simple Nulidad

1. La sentencia que niega la anulación produce el efecto de cosa juzgada frente a todos, pero solo en relación con la causa o los motivos de impugnación alegados (Inciso 2do del artículo 175 del CCA e inciso primero del artículo 189 del CPA). Esta es la cosa juzgada relativa, ya que nada obsta que se pueda demandar el mismo acto administrativo por una causal invalidante distinta. Aunado a lo anterior es importante señalar que la cosa juzgada en presencia de acciones públicas no exige identidad de partes, tal como lo ha dispuesto el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Ahora bien, cabe recordar que la jurisprudencia de esta corporación ha aclarado en relación con los elementos tradicionales de la cosa juzgada, que en las acciones de nulidad no se requiere la identidad de sujetos entre un proceso y otro, pues el carácter público de la acción de nulidad permite que cualquier persona active la jurisdicción en busca de la defensa de legalidad del ordenamiento jurídico”.⁵²⁵

2. La sentencia de anulación produce cosa juzgada de efectos absolutos, es oponible a todos, hayan o no intervenido en el proceso, ya que la nulidad decretada por el Juez tiene efectos erga omnes.

La cosa juzgada relativa y la cosa juzgada absoluta en lo atinente a la acción de simple nulidad, son explicadas por el Consejo de Estado fundándose en las instituciones de la justicia rogada y la sustracción de materia, en los siguientes términos:

Como se observa, solamente en los casos en que la sentencia declara la nulidad del acto demandado, sus efectos erga omnes son absolutos y, por sustracción de materia, se hará imposible intentar un nuevo pronunciamiento judicial sobre el acto que ha sido retirado del ordenamiento jurídico; por el contrario, cuando se trata de sentencias que niegan la nulidad del acto acusado, los efectos de la cosa juzgada no son absolutos sino relativos, pues solo se extienden a la “causa petendi” analizada por el juzgador; esto último porque, tratándose de una jurisdicción rogada, el acto acusado no se confronta con la totalidad del ordenamiento jurídico, sino únicamente frente a las

⁵²⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de abril 26 de 1991, expediente 3014, Consejero Ponente: Jaime Abella Zarate.

⁵²⁵ Consejo de Estado, 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.

normas superiores invocadas por el accionante, de manera que no se descarta la posibilidad de que dicho acto pueda ser anulado por razones distintas.⁵²⁶

La cosa juzgada relativa y la cosa juzgada absoluta también operan en lo atinente a la revisión de validez de los acuerdos municipales, provocada por los gobernadores. Sin embargo, no compartimos esta posición dado que el inciso segundo del numeral 3° del artículo 80 del Decreto Ley 1222 de 1986 consagra un control integral de legalidad. Veamos lo que expone el Consejo de Estado sobre el particular:

Así pues, comoquiera que el control de constitucionalidad y legalidad sobre acuerdos municipales a instancia de los gobernadores, y la acción de nulidad simple contra actos administrativos generales, de los que hacen parte los acuerdos municipales, propenden por el mantenimiento del orden jurídico superior, concluye la Sala que la sentencia que define el control, anterior en el tiempo al ejercicio de la acción jurisdiccional, puede surtir los efectos de cosa juzgada que establece el numeral 3° del artículo 121 del Decreto 1333 de 1986, respecto de las causas petendi idénticas que se demanden en simple nulidad.

La identidad de causa así planteada presupone que tanto el control como la acción recaigan sobre el mismo acuerdo municipal o parte de él, y que los cargos de ilegalidad que fundamentan la solicitud del gobernador y la demanda del actor popular, coincidan en su esencia.

Más allá de ello, no existen requisitos adicionales a verificar para que opere la figura in examine, toda vez que el principio de analogía visto de cara a la naturaleza y el objeto del control de validez, permite sostener que en este la cosa juzgada opera en la forma prevista por el artículo 175 del Código Contencioso Administrativo para la acción de nulidad simple, sin más condiciones a verificar.⁵²⁷

3. Los efectos de la sentencia de anulación son hacia el futuro porque hay que preservar las situaciones producidas bajo su vigencia, por seguridad jurídica. Aunque hay que tener en cuenta que cuando una sentencia ejecutoriada declare

⁵²⁶ Consejo de Estado, 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.

⁵²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 10 de marzo de 2011. Radicación 08001-23-31-000-2003-01824-01. Consejera Ponente: Dra. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2011, páginas 786 a 788.

la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente los decretos reglamentarios (art. 175 CCA e inciso segundo del artículo 189 del CPA). Esto último es un ejemplo legal de la pérdida de fuerza ejecutoria por el decaimiento de los fundamentos de derecho, empero, en ningún caso la declaratoria de nulidad revive términos judiciales para alegar ilegalidades de actos particulares⁵²⁸. Aunque podría pensarse en la indemnización por perjuicios futuros ciertos ocasionados por una nulidad. Por ejemplo: el Consejo de Estado ha considerado que el Estado debe responder por nulidad de normas que crean obligaciones tributarias. En efecto, en fallo reciente, el Consejo de Estado le ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público indemnizar a una sociedad que había cumplido con la obligación tributaria consagrada en el artículo 8º, literal b) del Decreto 650 de 1996, norma que, posteriormente, fue declarada nula, de forma parcial, en 1998. Para la Sección Tercera, en estos casos, es procedente declarar la responsabilidad extracontractual del Estado y se deben reintegrar las sumas de dinero entregadas.⁵²⁹ El argumento central en este caso se observó en beneficio de los contribuyentes cumplidos que no tienen que soportar una carga ilegal frente a los incumplidos, así:

Estimar improcedente la declaratoria judicial de la responsabilidad patrimonial del Estado en eventos como el sub examine a efectos de posibilitar que a quienes acuden a la jurisdicción en ejercicio de la acción de reparación directa les sea resarcido el daño antijurídico que les ha sido irrogado, además de suponer una evidente transgresión de los mencionados principios de igualdad, de buena fe y de tutela de la confianza legítima

en detrimento de las personas que han cumplido con sus obligaciones tributarias con antelación a que se produjese el fallo de nulidad que dejó sin piso jurídico la carga impositiva de la cual se tratare, comportaría –como antes se indicó– enviar un mensaje completamente equivocado a la ciudadanía, en el sentido de que le puede resultar más rentable y conveniente evadir o no cumplir las obligaciones tributarias –o cuestionar su conformidad a derecho, administrativa o judicialmente, con o sin fundamento, a fin de evitar que la situación jurídica individual se consolide–, que atenderlas cabalmente, pues los efectos de las posturas asumidas por la jurisprudencia acabarían por perjudicar al contribuyente probo y por premiar injusta e injustificadamente al que no obra de dicha manera.

⁵²⁸ Consejo de Estado, Sección Segunda, Consejero Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, Sentencia del 5 de diciembre de 2002.

⁵²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600020000190701 (24655) de febrero 23 de 2012, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2012, páginas 892 a 914.

Otro ejemplo que se podría considerar es la no celebración del contrato por nulidad del acto de adjudicación, si el proponente triunfador actuó de buena fe. Aunque este es un caso discutible porque se trata de un acto administrativo de carácter particular y concreto que debió demandarse dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación a los proponentes no favorecidos. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado aunque respecto a la revocatoria, sin embargo es aplicable en este numeral porque la revocatoria produce los mismos efectos de la nulidad, veamos:

En este orden de ideas y comoquiera que el acto administrativo de adjudicación desapareció de la vida jurídica por virtud de su revocatoria es imposible dentro de una lógica elemental sugerir al demandante que ha debido impugnarse aquel acto mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, entre otras razones, porque la propia administración reconociendo la falta de fundamento de la resolución de adjudicación procedió a revocarla y en esa medida imposible le resultaba al demandante haber optado por la acción de nulidad, que supondría cuanto lo primero la existencia del acto administrativo –vigencia- y lo segundo, la ilegalidad del mismo, presupuestos ambos indispensables para la procedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.⁵³⁰

Ahora bien, a pesar de los dos casos expuestos, consideramos que la posibilidad de reparar daños como consecuencia de la nulidad simple de un acto administrativo debe ser excepcional, dado que lo correcto es que se utilice la acción de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término de caducidad estipulado por la ley. Por eso el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo exige que dicha acción se utilice dentro de los cuatro meses siguientes a la publicación del acto acusado, si este es de carácter general y no media acto particular (último inciso del artículo 138 del CPA).

Por otro lado, algunos consideran que el legislador ha determinado casos en los cuales los efectos de las sentencias de nulidad de actos administrativos rigen hacia el futuro. Estas normas son los artículos 24 de la Ley 35 de 1993 y 38 de la Ley 142 de 1994. Por lo anterior, en aplicación del efecto útil de la norma, concluyen que sería la regla general el dar efectos retroactivos a los fallos de nulidad, y solo en los casos regulados por el legislador de manera expresa como excepciones, dar efectos hacia el futuro, interpretar de otra forma, según su parecer, haría inoqua la regulación expresa dada por el legislador en los casos mencionados. Esta interpretación no puede ser aceptada dado que el efecto útil de las normas solo opera cuando no están de por medio principios constitucionales de mayor peso que obliguen interpretar las normas conforme a los mismos, por tanto, la seguridad

⁵³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de agosto de 1998, Radicación 13685, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

jurídica, los derechos adquiridos, las situaciones consolidadas, la certeza de los derechos, el principio de legalidad, la buena fe y la confianza legítima, entre otros, impiden considerar los efectos de la nulidad como retroactivos a manera de regla general, como corolario, los artículos 24 de la Ley 35 de 1993 y 38 de la Ley 142 de 1994, simplemente confirman la regla general de que la nulidad tiene efectos *ex nunc* o hacia el futuro⁵³¹.

4. La sentencia de nulidad no tiene que referirse a la totalidad del acto administrativo, sino solo a una parte, tal como lo solicite la parte demandante, empero si se pretende la nulidad de solo una parte, pero tales artículo viciados conforman un todo con el resto del articulado⁵³², se anulará todo el acto administrativo, en este caso la ultra *petita* no tiene operancia.

5. Recientemente el Consejo de Estado ha incursionado en las sentencias moduladas, en aquellos eventos donde se abstiene de anular un acto administrativo, empero, bajo la advertencia que el mismo debe ser interpretado y aplicado conforme a como lo señale en la parte resolutive de la providencia respectiva.⁵³³

Ahora bien, la modulación en el contencioso solo se aplica en lo atinente a la interpretación, más no en lo referente a los efectos de la decisión, pues la nulidad siempre debe regir hacia el futuro por seguridad jurídica y protección de derechos adquiridos. Sobre la naturaleza de la modulación de las sentencias que declaran nulidades, el Doctrinante Juan Ángel Palacio Hincapié señala lo siguiente: “Podemos decir entonces que la modulación de sentencias es aquella técnica utilizada por los jueces, generalmente en cede del control de constitucionalidad y legalidad, para determinar el sentido o sentidos en que debe o no ser interpretada una disposición, y para establecer las normas derivadas directa o indirectamente de la disposición que están acordes o no con la Constitución”.⁵³⁴

6. Es procedente la acción de reparación directa cuando se declara la nulidad de un acto administrativo de carácter general y no media acto administrativo de carácter particular y contrato que aplique dicha decisión general ilegal en

⁵³¹ La posición errónea que se expone en este párrafo la podemos encontrar esbozada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 27 de agosto de 2009. Expediente 85001-2331-000-2007-00142-02. Consejera Ponente: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2009, páginas 1855 a 1865.

⁵³² Es decir, están vinculados de manera inescindible, a tal punto que la nulidad de un artículo implica la inutilidad de los demás y, como consecuencia, su nulidad. Por ejemplo: si se declara nulo un artículo que impone una multa y los demás señalan como se va a pagar esa multa.

⁵³³ Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16257 de mayo 2 de 2007, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa.

⁵³⁴ Revista del Consejo de Estado, 2007, Conmemoración de los 190 años del Consejo de Estado y 40 años de la Sala de Consulta y Servicio Civil, Ensayo: La Sección Cuarta y La Modulación de las Decisiones, Página 60.

detrimento del perjudicado. Pues en caso de existir la decisión particular, esta es la que se debe atacar en los términos de ley. Así lo reconoce el Consejo de Estado en los siguientes términos: “La Sala ha precisado que la responsabilidad extracontractual del Estado puede provenir de un acto administrativo que ha sido declarado ilegal, en la medida en que dicha declaratoria reconoce la anomalía administrativa presentada. Procedencia de la acción, que solo tiene lugar cuando quiera que entre el daño antijurídico causado y el acto administrativo general no media acto administrativo particular que pueda ser atacado en sede jurisdiccional”.⁵³⁵

⁵³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Sentencia de julio 5 de 2006. Expediente 2105. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2006, páginas 1748 a 1759.

CAPÍTULO IV.

LA ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. (ART. 85. CCA y art. 138. CPA)

Introducción

Anteriormente llamada como de plena jurisdicción, es una acción que podríamos denominar mixta, toda vez que no solo busca la consecución de un interés general sino la de un interés particular y concreto, lo que la hace o la convierte en un mecanismo procesal especial y de tratamiento procesal bastante particular. En las próximas líneas buscaremos dar un acercamiento lo más preciso posible a esta figura jurídica, con el objeto de que el lector obtenga un panorama claro y concreto sobre la misma.

I. Definición

Es aquella a través de la cual se acude a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con el fin de que se declare la nulidad de un acto administrativo y se restablezca un derecho subjetivo vulnerado por la expedición de la decisión que se impugna y, si es del caso, que se repare el daño en caso de que con la ejecución de tal decisión, se hayan ocasionado perjuicios para el accionante.

II. Características de la acción

A.- Es de naturaleza subjetiva: Significa que el impugnante no solo debe argumentar en el libelo demandatorio, la vulneración al principio de legalidad (normas violadas y concepto de la violación), sino que, debe esgrimir que el acto administrativo viciado le vulneró un derecho subjetivo y, si es del caso, ocasionó un daño (este hecho se debe probar).

B.- Es de naturaleza individual: Quién utiliza esta acción debe estar interesado en hacerlo, es decir, solo aquella persona que se crea vulnerada en un derecho subjetivo, o sea, que se considera lesionada en su derecho con la expedición del acto administrativo, puede ejercitarla. Como corolario, se requiere de abogado titulado para poder impetrarla, ya que al no ser pública no puede ser ejercida por cualquier persona. (Artículo 63 del CPC).

Ahora bien, al ser esta acción de carácter individual, implica que la persona acredite interés para poder acudir al proceso⁵³⁶, es decir, que pruebe que la decisión

⁵³⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 4 de marzo de 2003, exp. 8302, C.P.: Manuel Santiago Urueta Ayola: “En tanto que el uso de la acción de nulidad y restablecimiento está condicionada a la existencia de un interés, de manera que podrá ejercerla quién considere que su derecho ha sido lesionado, y es necesario para tal efecto el apoderamiento de un profesional del derecho [...]”.

adoptada por la Administración Pública está dirigida a ella. Se advierte lo anterior con el propósito de precisar y decantar de manera específica la diferencia que debe existir entre la legitimación en la causa y el interés, toda vez que, el interés solo implica que la parte demandante está afectada con la decisión adoptada de una u otra forma, al paso que la legitimación en la causa necesariamente genera una relación sustancial entre el derecho discutido y la situación jurídica del accionante.

Lo expresado en el párrafo anterior se puede ilustrar con el siguiente ejemplo: cuando la administración pública le niega a una persona su status de pensionada superviviente ante la muerte de su supuesto cónyuge, a ella le basta anexar al expediente el derecho de petición que presentó ante la administración y el registro civil de matrimonio para acreditar su interés. Sin embargo, la legitimación en la causa solo la puede acreditar allegando al proceso el acto administrativo que le había reconocido la pensión a su cónyuge en vida o los documentos y demás elementos de juicio que acrediten que este reunía los requisitos para acceder a una pensión de jubilación o vejez.

Ahora, es pertinente precisar que el interés se debe acreditar al momento de presentar la demanda cuando sea posible, al paso que la legitimación en la causa es un tema que se debe dilucidar en la sentencia de fondo.

C.- Es temporal: De conformidad a lo establecido en el numeral segundo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998 y el literal d del numeral 2º del artículo 164 del CPA, esta acción caduca después de transcurridos 4 meses contados a partir del día siguiente, sin importar si es hábil o inhábil⁵³⁷, a la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso. Este término solo se interrumpe o suspende⁵³⁸ con la presentación de la demanda (inciso segundo del artículo 143 del CCA y artículo 168 del CPA), la solicitud de una audiencia de conciliación extrajudicial (art. 21 Ley 640 de 2001) o la presentación de una tutela que verse sobre el acto administrativo a demandarse⁵³⁹. Los cuatro meses son calendario,

⁵³⁷ “Para efectos de la acción de restablecimiento del derecho creemos que este día siguiente no puede ser otro que el que siga de manera inmediata a la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, p. 426.

⁵³⁸ En materia contencioso administrativa suspensión e interrupción son términos sinónimos a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento civil, es decir, para nuestro caso en ambos eventos el término de caducidad se paraliza y luego de finiquitada la interrupción se reanuda por el término que faltare, salvo en lo atinente a la tutela, donde el término de caducidad se cuenta de nuevo a partir de la fecha de la sentencia.

⁵³⁹ “En tales circunstancias, esta Sala considera que por efectos del trámite de la acción de tutela, el término de caducidad para interponer la acción de nulidad y restablecimiento contra la Resolución 285, se vio interrumpido hasta la sentencia de septiembre 11 de 2001, extendiéndose el tiempo de los cuatro meses de que trata el artículo 136 numeral 2º del Código Contencioso Administrativo, hasta el 11 de enero de 2002.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Auto de 16 de marzo de 2006. Expediente 3888-01, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado. Extracto Jurisprudencia publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2006, página 1335.

por tanto, es posible que se cumplan en un día inhábil, ante lo cual el plazo se prolonga hasta el primer día hábil siguiente⁵⁴⁰.

Sobre la expresión “según el caso” que consagra los artículos que se analizan (numeral 2do del artículo 136 del CCA y literal d del numeral 2º del artículo 164 del CPA), es necesario tener en cuenta que, de conformidad a la naturaleza jurídica que reviste el acto administrativo, será la publicitación del mismo. Publicitación que se torna en el elemento fundamental para empezar a contabilizar la caducidad de la acción, veamos: si se trata de un acto administrativo de carácter general⁵⁴¹, será a partir del día siguiente a la publicación del mismo que se empezará a contabilizar la caducidad (Inciso primero del artículo 43 del

CCA e inciso primero del artículo 65 del CPA), si se trata de un acto administrativo de carácter particular, será luego de la notificación que correrá la caducidad (artículos 44 y ss. del CCA y artículos 66 y ss. del CPA), si se trata de un acto administrativo de aquellos que de acuerdo con la ley deben comunicarse⁵⁴², a partir del día siguiente a tal actuación se iniciará el término de caducidad y si se trata de aquellos que de acuerdo con la ley deben simplemente ejecutarse⁵⁴³, la caducidad empezará a caminar a partir del día siguiente a la ejecución respectiva⁵⁴⁴.

⁵⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 11 de marzo de 1999, exp. 5388, C.P.: Libardo Rodríguez Rodríguez: “[...] si en el presente caso el acto mediante el cual se puso fin a la vía gubernativa le fue notificado personalmente al representante legal de la sociedad actora el 17 de junio de 1998, el término de caducidad de la acción ejercida debe contarse a partir del 18 del mismo mes y año, y como quiera que este venció el domingo 18 de octubre de 1998, por tratarse de un día de vacancia, conforme a lo dispuesto por el artículo 70 C.C., modificado por el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, el plazo para presentar la demanda se extendió hasta el día siguiente hábil, es decir, hasta el lunes 19 de octubre de 1998, fecha en que se presentó la demanda tendiente a obtener la declaratoria de nulidad de los actos acusados”.

⁵⁴¹ De conformidad a la teoría de los móviles y finalidades es perfectamente viable demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho actos administrativos de carácter general, ya que lo que determina la naturaleza de la acción no es el tipo de acto sino, las pretensiones de la demanda. El Consejo de Estado, sección tercera, auto del 21 de agosto de 1986, exp. 4880, C.P.: Jorge Valencia Arango, señaló: “Solo por excepción, cuando el acto impersonal, general y abstracto deja de serlo precisamente por lesionar directamente un derecho civil o administrativo del administrado, sin necesidad de otro acto administrativo particular y concreto, dictado en desarrollo o ejecución de aquél, puede impugnarse mediante la acción de restablecimiento del derecho el acto reglamentario”.

⁵⁴² Por ejemplo las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general de manera desfavorable, tal como lo contempla el último inciso del artículo 43 del CCA e inciso tercero del artículo 65 del CPA

⁵⁴³ por ejemplo lo relacionado con el derecho de petición de información, tal como lo contempla el Inciso primero del artículo 22 del CCA y el numeral 1º del artículo 14 del CPA en el caso de que se entreguen copias incompletas o insuficientes en relación con lo pedido. Otro caso son los retiros del servicio donde el término de caducidad solo corre a partir del día siguiente en que se hace efectiva la separación física del cargo.

⁵⁴⁴ No compartimos la tesis del Consejo de Estado que circunscribe la expresión “según el caso” a las vicisitudes que se pueden presentar en la publicitación del acto administrativo de carácter particular y concreto, habida cuenta que con tal tesis se burlarían deberes de la administración tendientes a establecer de manera clara y precisa la obligatoriedad de la notificación en debida forma y las sanciones que genera su indebida realización, como poder demandar el acto administrativo en cualquier tiempo, por no haber corrido ni un segundo el término de caducidad, o por no haberse dado al interesado la oportunidad de interponer los recursos de ley (último inciso del artículo 136 del CCA e inciso segundo del numeral 2º del artículo 161 del CPA). La tesis

Se puede complementar lo descrito anteriormente, argumentando que el término de caducidad, en el caso del ejercicio de los recursos ordinarios en vía gubernativa, empezará a correr a partir del día siguiente en que se notifique el último acto administrativo que resuelva los recursos interpuestos, es decir, el que soluciona la apelación. Obviamente, si solo se interpone reposición, será a partir del día siguiente de la notificación de la decisión que lo resuelva, que empieza a correr el término de caducidad (Numeral 2do, art. 62, CCA y numeral 2do, art. 87, CPA).

Es importante anotar en este punto que, en ocasiones, con el objeto de generar una especie de momento “superficial” a partir del cual se iniciaría la contabilización del término de caducidad en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el afectado con una decisión que no es susceptible de recurso alguno porque se trata de aquellas que simplemente se comunican o ejecutan, interpone recurso de reposición en sede administrativa contra la misma. En este evento la administración debe rechazar el recurso por improcedente a través de un acto administrativo de trámite que simplemente se comunica, publicitación que sin embargo no altera la iniciación del conteo de la caducidad frente a la decisión primigenia, conteo que para el caso que se expone empezó a correr a partir del día siguiente de la ejecución o comunicación de la primera decisión. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “[...] Si a pesar de la improcedencia del medio de impugnación gubernativo, el afectado lo interpone, como en este caso, el recurso de reposición, se tiene que el acto que así lo declara (oficio FG-OJ 007177 de diciembre 2 de 1996), tendrá la connotación de un mero trámite que no le pone fin a una actuación administrativa y, como consecuencia, no lo habilita en el tiempo para el ejercicio de la acción contenciosa administrativa [...]”.⁵⁴⁵

El nuevo Código estableció esta solución en los siguientes términos: “*Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores.*” (Inciso segundo del artículo 19 del CPA).

En consonancia con lo anterior la Corte Constitucional ha señalado que los múltiples derechos de petición sobre un mismo punto no implican múltiples actuaciones administrativas, así:

El hecho que en los dos últimos escritos dirigidos a la entidad, el representante de la asociación haga expresa mención a que está ejercitando el derecho de petición, no significa que el mencionado derecho no se hubiese utilizado con anterioridad. Precisamente esos

criticada esta expuesta en providencia de la Sección Tercera, auto del 12 de marzo de 1987, exp. 4978, C.P.: Antonio José De Irisarri Restrepo.

⁵⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda. Ponente: Alberto Arango Mantilla. Sentencia del 1º de diciembre de 2005, expediente 4058–2005.

dos últimos escritos, fueron consecuencia directa de las respuestas que con precedencia había emitido la Superintendencia Nacional de Salud, razón ésta por la que no puede aceptarse el argumento esgrimido por la Defensoría, en el sentido que la entidad violó no solo el derecho de petición sino el derecho de defensa “por cuanto ésta contestó en forma lacónica la petición de autorización de funcionamiento de la Asociación como Administradora del Régimen Subsidiado, a través de un concepto emitido por la oficina jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, coartando el derecho de defensa y contradicción que le asiste al accionado, ya que la respuesta emitida por la entidad, obedece a las formalidades plenas de un concepto que no implica ni el compromiso de la administración, ni la vincula con la decisión adoptada conforme a lo estipulado en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.”⁵⁴⁶

Por otro lado, en el caso de que el acto administrativo no se comunique, publique, notifique o ejecute, el término de caducidad no corre ni un solo día.

Excepciones y aspectos importantes frente a la caducidad:

1. La acción de lesividad: Es aquella a través de la cual la Administración Pública impugna ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa su propio acto, es decir, el producido por ella misma. Por lo tanto, por ejemplo, si un Municipio demanda un acto administrativo proferido por una Corporación Regional, será una acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento, pero en ningún momento de lesividad. Para que sea de lesividad, el Municipio debe impugnar un acto administrativo proferido por el mismo.

La utilidad práctica de esta acción se presenta cuando se trata de actos administrativos de carácter particular y concreto cuyo titular no da consentimiento expreso para proceder a su revocación directa. Frente a actos administrativos de carácter general no es operante en la práctica, porque a la administración pública le resulta más fácil proceder a la derogación de la decisión que mover el aparato judicial.

De conformidad a lo consagrado en el numeral 7mo del artículo 136 del CCA, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la caducidad en este tipo de acción es de dos años, contados a partir del día siguiente de la expedición del acto administrativo, en virtud del principio de conservación que obliga a la administración pública a cumplir con sus decisiones a partir de que las profiere, salvo si son ilegales. Sin embargo, si la intención de la administración al demandar

⁵⁴⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-807 de 2000, Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Beltrán Sierra.

su propio acto solo se dirige a proteger el orden abstracto, la acción de lesividad tendrá la naturaleza de una acción de simple nulidad y no estará sometida a término de caducidad alguno.⁵⁴⁷ Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no somete el ejercicio de este tipo de acción a un término de caducidad especial, por tanto, en vigencia de la nueva normativa, el término de caducidad de la acción de lesividad será el tradicional de los 4 meses que contempla el literal d del numeral 2º del artículo 164 del CPA

Por otro lado, si la administración pública demanda su propio acto administrativo reconecedor de una prestación periódica de carácter indefinido, tampoco operará el término de caducidad de los dos años o cuatro meses según el caso, tal como lo ha explicado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Se trata el presente recurso de establecer la oportunidad que tenía la autoridad pública para demandar su propio acto, es decir, si debía hacerlo dentro de los dos años siguientes a su expedición como establece el artículo 136 del CCA o si como lo afirma la entidad, por tratarse de una prestación periódica, podía ser demandada en cualquier tiempo. Dentro de los actos que reconocen prestaciones periódicas, están comprendidos no solo las decisiones que reconocen prestaciones sociales, sino también aquellos que reconocen prestaciones salariales que periódicamente se sufragan al beneficiario, siempre y cuando la periodicidad en la retribución se encuentre vigente. La prima técnica se otorga a título de reconocimiento económico a funcionarios altamente calificados o por evaluación del desempeño, en determinado porcentaje de la asignación básica mensual. Una vez asignada, se convierte en remuneración periódica del beneficiario, independientemente de que las normas de su creación señalen que constituyen o no factor salarial. Se agrega a lo anterior que la periodicidad de la prima técnica, depende de que una vez asignada, el beneficiario se encuentre percibiéndola, en caso

⁵⁴⁷ Sobre el particular la Corte Constitucional señaló: “Téngase en cuenta que, una vez vencido el término de caducidad previsto en la ley para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho sin que ésta se haya impetrado – que es de cuatro meses si se trata de un particular o de dos años si quien demanda es una persona de derecho público–, el derecho subjetivo reconocido en el respectivo acto administrativo adquiere firmeza jurídica y se torna inmodificable.[...]” (Sentencia C-426 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil). Criterio reiterado en providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 28 de octubre de 2010. Radicación 2003-01399. Consejero Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno. Extracto Jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de enero de 2011, páginas 34 y 35. En esta última providencia se dice: “Así las cosas, el a quo se equivoca, ya que si bien el citado decreto fue expedido por quien lo demanda, se reitera, es un acto administrativo de carácter general, sobre el cual es inaplicable el numeral 7º del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo”.

contrario dejará de ser periódica. Desde esa perspectiva es claro para la Sala que se trata de un acto que reconoce una prestación periódica susceptible de demandar en cualquier tiempo, dado que actualmente el beneficiario la percibe.⁵⁴⁸

2. Impugnación de actos de adjudicación de Baldíos⁵⁴⁹: Proferidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (INCORA)⁵⁵⁰. La caducidad es de dos años contados a partir del día siguiente de la publicación (Numeral cuarto del artículo 136 del CCA). En caso de que quién demande sea un tercero, los dos años empiezan a contabilizarse a partir del día siguiente a la anotación en la oficina de registro de instrumentos públicos.

Estas reglas se reiteran en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el literal e del numeral 2º del artículo 164 del CPA en los siguientes términos:

Cuando se pretenda la nulidad y la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos de adjudicación de baldíos proferidos por la autoridad agraria correspondiente, la demanda deberá presentarse en el término de dos (2) años, siguientes a su ejecutoria o desde su publicación en el Diario Oficial, según el caso. Para los terceros, el término para demandar se contará a partir del día siguiente de la inscripción del acto en la respectiva Oficina de Instrumentos Públicos.

La única novedad que se vislumbra de la nueva legislación es el momento a partir del cual se inicia el conteo de la caducidad cuando se demanda un acto administrativo de carácter particular y concreto que es recurrido, en cuyo caso dicho término empieza a correr a partir del día siguiente de la ejecutoria del respectivo acto.

3. Impugnación de actos administrativos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas: En este caso la acción no está sujeta a término de caducidad alguno, es decir, se puede ejercitar en cualquier tiempo. El alcance del concepto de prestación periódica⁵⁵¹ lo ha precisado el Consejo

⁵⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado, Bogotá D.C., octubre nueve (9) de dos mil tres (2003). Radicación número: 41001-23-31-000-2002-1357-01 (2183-03)- Actor: E.S.E. Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo.

⁵⁴⁹ “Los baldíos son terrenos o predios que se encuentran dentro de los límites del territorio nacional y que le pertenecen al Estado por carecer de otro dueño”. Definición de Héctor Castañeda Beltrán, Obra: Los Procesos Agrarios, Editorial: Leyer.

⁵⁵⁰ Actualmente INCODER.

⁵⁵¹ El Consejo de Estado establece el concepto de prestación en los siguientes términos: “Estima la Sala que una sana intelección de la norma in cita, debe considerar el sentido gramatical de la palabra prestaciones, que para

de Estado en los siguientes términos: “[...] cuando el legislador trata de las prestaciones periódicas regula todas las obligaciones de naturaleza laboral que tienen el carácter de periódicas y que además pueden ser prestación social como la pensión de jubilación; o no ser prestación social como el pago del salario o de una prima que tenga carácter salarial como la prima técnica”.⁵⁵²

Sin perder de vista el aparte jurisprudencial transcrito, es menester advertir que no toda obligación de naturaleza laboral puede ser considerada como prestación periódica de carácter indefinido, precisamente por la falta de esta última característica para su configuración. Este es el caso de las cesantías, tal como lo ha venido explicando el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Finalmente, dirá la Sala que la cesantía no puede ser considerada como una prestación periódica de término indefinido no sujeta a caducidad, porque su causación es por periodos determinados, de manera que el derecho se agota al fenecer cada ciclo que da origen a ella”.⁵⁵³

Por otro lado, es pertinente anotar que la prestación social o salarial se puede considerar como periódica siempre y cuando la relación laboral de carácter indefinido este vigente, en caso contrario, estaríamos en presencia de una liquidación laboral, la cual si debe ser demandada dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación del acto administrativo que la contenga.

el caso presente coincide con su sentido técnico: Una prestación según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es una cosa o servicio exigido por una autoridad o convenido en un pacto; una cosa o servicio que un contratante da o promete a otro; en sentido técnico jurídico, la prestación puede entenderse como el objeto de toda obligación que se traduce en dar, hacer o no hacer”. Consejo de Estado, Sección segunda, Sentencia de junio 12 de 2003. Expediente: 2589–02. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Revista de Jurisprudencia y Doctrina de octubre de 2003, *Legis*, página 1899 y 1900.

⁵⁵² Consejo de Estado, Sección segunda, Sentencia de junio 12 de 2003. Expediente: 2589–02. Consejera Ponente: Dra. Ana Margarita Olaya Forero. Revista de Jurisprudencia y Doctrina de octubre de 2003, *Legis*, página 1899 y 1900. La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en pronunciamiento del 12 de febrero de 1993, diferenció las prestaciones sociales de las salariales, así: “*La prestación social, al igual que el salario nace indudablemente de los servicios subordinados que se proporcionan al empleador, pero a diferencia de aquél –y en esto quizá estriba la distinción esencial entre ambos conceptos– no retribuye propiamente la actividad desplegada por el trabajador sino que más bien cubre los riesgos o infortunios a que se puede ver enfrentado: la desocupación, la pérdida ocasional o permanente, parcial o total, de su capacidad laboral, por enfermedad, accidente, vejez, etc. y la muerte, con la natural secuela de desamparo para el propio trabajador y para aquellos que dependen de su capacidad productiva [...]. Como se ve, lo que el Legislador tuvo en cuenta al establecer las denominadas prestaciones sociales, fue la necesidad de cubrir los riesgos de desocupación, de salud y de vida que eventualmente conlleva la pérdida del empleo o del vigor o la integridad física y, en general, de todas aquellas contingencias en que el trabajador pierde su fuerza de trabajo, o se ve impedido temporalmente para ejercerla, o resulta disminuida su capacidad laboral de modo tal que no le es posible procurarse el salario necesario para su subsistencia personal y familiar*”. Extracto jurisprudencial traído a colación por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 18 de julio de 2002, Consejero Ponente: Flavio Augusto Rodríguez Arce, Referencia: Distrito Capital. Régimen salarial prestacional de los empleados públicos. Rad. No 1.393. Bogotá D.C. Extracto publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2002, páginas 2177 a 2205.

⁵⁵³ 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. 63001 23 31 000 19999 0390 01 (4885–01), Actor: Haydee Valencia de Urina.

Es necesario acotar el equívoco en que se puede incurrir al equiparar las prestaciones salariales pagaderas una o dos veces al año con las cesantías, a tal punto de considerar las primeras como prestaciones no periódicas y como consecuencia sometidas a término de caducidad en cuanto a la acción judicial. Esta interpretación es errónea dado que las prestaciones salariales hacen parte del salario y como tal comparten su misma naturaleza, por ende, las discusiones en torno a la reliquidación salarial por el no pago de la prima o incrementos por antigüedad, los gastos de representación, la prima técnica, la bonificación por servicios prestados, la prima de servicios, el auxilio de alimentación, el auxilio de transporte y la bonificación por recreación, es un tópico que no puede estar sometido a término de caducidad alguno mientras la relación laboral a término indefinido este vigente⁵⁵⁴.

Ahora bien, en vigencia del antiguo Código Contencioso Administrativo la regla era la siguiente: si el acto administrativo no reconocía, sino que por el contrario denegaba la prestación periódica, tal decisión estaría sometida a la regla general de caducidad de los cuatro meses (Numeral segundo del artículo 136 del CCA), salvo que se tratara de una prestación social a favor de una persona de la tercera edad, es decir, mayor de 62 años, pues en este caso está en juego el derecho fundamental al mínimo vital y móvil del afectado, aunado a que se trata de una persona que goza de protección reforzada a la luz de nuestra Carta Magna. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Esta interpretación constitucional limita la no caducidad a la nugatoria de las prestaciones correspondientes a la seguridad social de los titulares de la tercera edad, mas no la de las demás prestaciones sociales las cuales quedan sometidas a la regla procesal de la caducidad de las acciones de nulidad y restablecimiento, es decir, al término de caducidad de los cuatro meses a partir del día siguiente al de la publicación, notificación, comunicación o ejecución del acto, según el caso.⁵⁵⁵

⁵⁵⁴ Para profundizar sobre la tabla salarial del empleado público los invitamos a leer la obra de Diego Younes Moreno, *Derecho Administrativo Laboral*, Octava Edición, Editorial Temis, 1998, páginas 94 a 112.

⁵⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de agosto 26 de 2009. Expediente 1136-07. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2009, páginas 1810 a 1818. En este mismo sentido se puede consultar sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A de octubre 2 de 2008, radicación 0363-08, Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2009, páginas 233 a 237. Así mismo encontramos sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección A de 12 de marzo de 2009. Radicación interna 2257-08. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2009, páginas 1263 a 1265. Es importante anotar que la sentencia C-477 de 2005 declaró exequible el numeral 2° del artículo 136 del CCA, sin embargo, consideramos que en este caso el Consejo de Estado aplica la excepción de inconstitucionalidad

Sin embargo, la nueva normativa no diferencia, por ende, en el evento de que se trate de un acto administrativo que reconozca o niegue total o parcialmente una prestación periódica, la acción no estará sometida a término de caducidad alguno, sin detenerse a precisar si el actor es una persona de la tercera edad o no (literal c del numeral 1º del artículo 164 del CPA).

Es oportuno anotar que en la práctica cuando se demanda un acto administrativo que reconoce una prestación periódica, en realidad lo que se busca es su reajuste, tal como lo ha aceptado el Consejo de Estado a propósito de la denominada prima de actualización como factor de reajuste de la asignación de retiro del personal de la fuerzas Militares y la Policía Nacional, veamos:

La prima de actualización, que por su naturaleza es un reajuste al valor de la asignación de retiro de los miembros de las fuerzas armadas que, en principio, afecta el derecho pensional que se les viene cancelando, reviste el carácter de periódica al ir unida al derecho principal y afectar la pensión o asignación de retiro a futuro. Por esta razón tiene el carácter de periódica y está incluida dentro de la excepción del artículo 136 del CCA para ser demandada en cualquier tiempo.⁵⁵⁶

Finalmente cabe precisar que cuando oficia como demandante una entidad pública contra un acto administrativo suyo que reconoció una prestación periódica, puede operar la reparación del daño a través de la recuperación de los dineros indebidamente pagados, cuando el beneficiario hubiera actuado de mala fe para obtener el reconocimiento de la prestación periódica.

4. Impugnación de actos presuntos: Sean resultado del silencio administrativo sustancial como procesal (numeral tercero del artículo 136 del CCA y literal d del numeral 1º del artículo 164 del CPA). Son una excepción a la regla general de los cuatro meses de que trata el numeral 2º del art. 136 del CCA y el literal d

a dicha disposición debido a la situación especial de los ancianos, aunque no lo exprese de esa manera en sus providencias.

⁵⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “B”, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Lemos Bustamante, Bogotá D.C., veintidós de mayo de 2003, Expediente 630012331000200200347 01 (0081-03). Actor: Eduardo Maldonado García. Sin embargo en lo atinente a la prima de actualización la tesis se revaluó y el Consejo de Estado consideró lo siguiente: “La prima de actualización demandada se aplicó a una prestación periódica, lo que hizo que, en principio, pudiera considerarse como accesoria al derecho y por lo mismo susceptible de exceptuarse del régimen de caducidad, pero lo cierto es que actualmente tiene carácter transitorio porque, se repite, los decretos 335 de 1992, 25 de 1993, 65 de 1994 y 133 de 1995 que la establecieron, no le otorgaron carácter permanente sino vigencia limitada para los años indicados por lo que únicamente y solo podía ser reclamada hasta el 24 de noviembre de 2001 por tener naturaleza eminentemente temporal, no periódica, no es posible aplicar el régimen exceptivo de caducidad a las peticiones formuladas des pues del 24 de noviembre de 2001, para afirmar que pueden reclamarse en cualquier tiempo”. Auto de fecha 17 de noviembre de 2005, con ponencia del Dr. Jesús María Lemos Bustamante.

del numeral 2º del artículo 164 del CPA, ya que se pueden demandar en cualquier tiempo. Esta es la posición del Consejo de Estado, 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 CCA, y aunque no mencionó expresamente la situación de los actos fictos producto del silencio administrativo respecto de la petición inicial, debe entenderse que el espíritu del legislador fue sustraer del término de 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, notificación, comunicación o ejecución del acto, y los actos presuntos, como es obvio, no pueden enmarcarse en ninguna de estas situaciones.⁵⁵⁷

5. Nulidad de los actos previos derivados de la actividad contractual: Bajo la égida de la antigua codificación, tanto la acción de nulidad como de nulidad y restablecimiento del derecho, estaban sometidas a un término de caducidad especialísimo de treinta días. La nueva normativa consagra que cuando se pretenda la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos previos a la celebración del contrato, el término será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso (literal c del numeral 2º del artículo 164 del CPA).

Los actos previos son los que se profieren durante los procesos de selección (la licitación pública, el concurso de méritos, la selección abreviada, la contratación de mínima cuantía⁵⁵⁸ o la contratación directa⁵⁵⁹). Una vez celebrado el Contrato,

⁵⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Auto del 19 de octubre de 1999, expediente 1660, C.P.: Ana Margarita Olaya Forero.

⁵⁵⁸ Esta modalidad de contratación, instituida por el Plan Nacional de Desarrollo 2010–2014 (L. 1450/11) y por el Estatuto Anticorrupción (L. 1474/11), puede ser empleada por las entidades públicas en virtud de la expedición del Decreto 2516 de julio 12 de 2011, expedido por el Departamento Nacional de Planeación.

⁵⁵⁹ La jurisprudencia ha aclarado que no es verdad que para celebrar contratos que se someten al proceso de selección de la contratación directa se requiera obtener varias ofertas, para escoger la más favorable. En todo caso advierte en dicha providencia que la entidad contratante debe garantizar aspectos, facetas y espacios posibles de la publicidad, de la moralidad y de la objetividad en la escogencia. Por ejemplo: se requiere que el contratista elegido no lo sea por razones políticas o de amistad, o de recomendación basada en criterios caprichosos. Veamos lo que expresó la máxima corporación de lo contencioso administrativo en la sentencia

solo se podrá invocar la nulidad de las decisiones referidas a través de la nulidad absoluta del contrato (Inciso segundo del artículo 87 del CCA y numeral 4° del artículo 44 de la Ley 80 de 1993).

6. Actos de retiro del servicio: Sobre el particular el Consejo de Estado ha señalado que “tratándose de actos de retiro del servicio, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Corporación en el sentido de que en estos casos, el término de caducidad empieza a correr a partir de la ejecución de los mismos”⁵⁶⁰, esto es, a partir del día siguiente de la comunicación del acto administrativo ejecutorio mediante el cual le dan al afectado el derecho a obtener una indemnización o permanecer expectante para una eventual incorporación, si se trata de empleado de carrera que se le suprimió el cargo, o de la simple decisión ejecutiva sin ninguna afirmación adicional, en caso de libre nombramiento y remoción, también a partir del día siguiente de cuando expiden un acto administrativo nombrando en el cargo ocupado a otra persona, e incluso a partir del día siguiente de cuando queda en firme un acto administrativo de insubsistencia por calificación insatisfactoria o una decisión disciplinaria de destitución.

Es pertinente anotar en este numeral lo siguiente: en caso de que el servidor público no sea separado físicamente del cargo como consecuencia de los actos ejecutorios derivados de los definitivos anotados en el párrafo anterior, la caducidad solo empezará a correr a partir del día siguiente de que se materialice dicha separación, cómo podría ser el caso de que a pesar de que se le comunique su retiro del servicio, el empleado público se vea obligado a permanecer en el cargo hasta que haga entrega al empleado que lo remplace. En este evento la caducidad solo empieza a contar a partir del día siguiente en que entregue el cargo a su remplazo y se separe físicamente del mismo.

que se comenta en este pie de página: “La razón por la que el Legislador obró así es bastante clara. Buscó ordenar las modalidades de selección, empezando por su nombre, pero sobre todo para homogeneizar las causales que contenían –cuando este era el caso–, de allí que se denominaran conforme a su finalidad y propósito. Por esto llamó contratación directa a aquella forma de escoger al contratista donde no es necesario que la administración obtenga dos o más ofertas, toda vez que es la única manera de entender que de verdad la contratación es directa. Si necesitara varias propuestas, la modalidad no sería esta, ya que la expresión contratación directa debe dar la idea de que la contratación se realiza con quien la entidad escoja libremente, de no ser así no sería directa. Este fue el problema nominal que tuvo la Ley 80, como quiera que recogía bajo este nombre muchas causales donde se exigían varias ofertas –incluso hasta 10, como en la menor cuantía–, por ello nada tenía de directa la elección.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 7 de marzo de 2011. Radicación 11001–03–26–000–2009–00070–00. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2011, páginas 761 a 770.

⁵⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda –Subsección. Actor: Dr. José Fernando Celades H. C.P.: Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado. Bogotá D.C., abril 3 de 2003. Exp. 4364–02. Rad. 63001–23–31–000–2001–0022–01. Ver en este mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil tres (2003), Radicación número: 63001–23–31–000–2000–1355–02–4227–2002, Actor: Ángela Seidel Arango.

7. Actos que ordenan expropiación por vía judicial: Tanto la acción de simple nulidad como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, están sometidas al término de caducidad de los cuatro meses (Inciso 3°, artículo 22 de la Ley 9ª de 1989). No es propiamente una excepción, empero, traemos este evento a colación, porque es una nueva situación legal donde se le pone término de caducidad a la acción de simple nulidad, la cual, por regla general, carece de tal término, es decir, es intemporal. Aunado a lo anterior hay que agregar que el INCODER dentro de los dos meses contados a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la resolución que ordena adelantar la expropiación por vía judicial, deberá presentar la demanda respectiva (Numeral 6° del artículo 136 del CCA).

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no regula el asunto, sin embargo, consideramos que continúa vigente dado que dicha normativa no derogó el Inciso 3° del artículo 22 de la Ley 9ª de 1989. Por otro lado, la nueva codificación si se refirió a la expropiación de un bien inmueble agrario y señaló que cuando se pretenda la expropiación de un inmueble agrario, la demanda deberá presentarse por parte de la autoridad competente dentro de los dos (2) meses, contados a partir del día siguiente al de la inscripción del acto en la correspondiente Oficina de Instrumentos Públicos. (Literal f del numeral 2° del artículo 164 del CPA).

8. Acto administrativo de certificación de una marca: El artículo 596 del Código de Comercio, establece un régimen especial de caducidad en este evento, así: El certificado de una marca podrá anularse a petición de cualquier persona si al expedirse se infringieron las disposiciones de los artículos 585 a 586; pero en este último caso la solicitud deberá intentarse dentro de los cinco (5) años, contados a partir de la fecha de registro de la marca cuya cancelación se solicite. *De esta acción conocerá el Consejo de Estado.* Este tópico continua vigente bajo la égida de la nueva codificación, toda vez que el nuevo código no derogó este asunto. Por otro lado, para que este término de caducidad corra es necesario que el acto de inscripción se publicite en la página web de la entidad, tal como se vio en su oportunidad cuando abordamos el tópico de la publicitación de los actos de registro (artículo 19 de la Ley 962 de 2005).

9. Actos administrativos relacionados con bienes imprescriptibles e inajenables: El parágrafo primero del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y el literal b del numeral 1° del artículo 164 del CPA establecen que los litigios que tengan por objeto bienes estatales imprescriptibles e inajenables, como es el caso de los bienes de uso público, no están sujetos a caducidad de la acción.

10. La declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general que sirve de fundamento a los actos administrativos de carácter particular y concreto,

no revive el término de caducidad para demandar estos últimos: En este caso, la acción de nulidad debió impetrarse dentro de los cuatro meses de que habla el numeral 2º del artículo 136 del CCA o el literal d del numeral 2º del artículo 164 del CPA, en caso contrario, opera la caducidad de la acción y los actos administrativos de carácter particular y concreto solo podrán acusarse en sede judicial mediante la acción de simple nulidad con base en la decisión judicial que “tumbó” su fundamento de derecho, empero, no habrá restablecimiento del derecho ni reparación del daño.

11. Revisión de actos agrarios: Cuando se pretenda la revisión de los actos de extinción del dominio agrario o la de los que decidan de fondo los procedimientos de clarificación, deslinde y recuperación de los baldíos, la demanda deberá interponerse dentro del término de quince (15) días siguientes al de su ejecutoria. Para los terceros, el término de caducidad será de treinta (30) días y se contará a partir del día siguiente al de la inscripción del acto en la correspondiente Oficina de Instrumentos Públicos, siempre y cuando se publique dicha inscripción en la página Web de la mencionada oficina (artículo 19 de la Ley 962 de 2005).

D.- Es desistible: En razón de que tan solo involucra derechos de carácter particular, esta acción por regla general es susceptible de desistimiento conforme a los términos del Código de Procedimiento Civil y en general, está sujeta a las demás formas de terminación anticipada del proceso, salvo la transacción como se anotó en su oportunidad.

E.- Es onerosa: O sea que los posibles gastos que se causen son por cuenta del interesado, incluidas las costas si a ello hubiere lugar.

F.- Procede contra actos administrativos: Independientemente de si se trata de actos administrativos de contenido general o de actos administrativos de contenido particular. Frente a esta acción también es procedente la teoría de los móviles y finalidades, ya estudiada cuando se vio la acción de simple nulidad. El doctrinante Santofimio Gamboa, sobre el particular manifiesta: “[...] la Sentencia de agosto 10 de 1961, [...] con ponencia del Consejero Carlos Gustavo Arrieta, abandonó definitivamente el criterio de que la acción de plena jurisdicción tenía por objeto exclusivamente los actos de contenido individual, se sostuvo que de manera excepcional, también procedía contra los de contenido general, cuando con su ejecución se pudieran causar, de manera específica y directa, lesiones, vulneraciones o daños a los derechos de una persona. Al respecto sostuvo la Corporación: “[...] La ordenanza o el acuerdo que altere ilegalmente el régimen de propiedad privada establecido en la Constitución y en las leyes, está modificando el derecho subjetivo de cada uno de los propietarios. Quién acuse ese acto general

por la vía del contencioso de plena jurisdicción, estará defendiendo el derecho suyo, reconocido por la norma civil o administrativa [...]”⁵⁶¹ .

Sin embargo es menester manifestar que un acto de contenido general puede ser demandado en acción de nulidad y restablecimiento no solo aplicando la teoría mencionada, sino también cuando apartes del mismo tengan efectos particulares y concretos. El Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo, auto del 19 de septiembre de 1996, Exp No.11.977, actor Telecom., manifestó: “Aquí 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.”.

Sobre la posibilidad de demandar actos administrativos de carácter general en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla esta posibilidad en los siguientes términos:

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel. (Inciso segundo del artículo 138 del CPA).

Aunque el anterior aparte legal transcrito resulta loable, consideramos que referirse a la notificación como forma de publicitación de los actos administrativos de ejecución es una impropiedad pues estos, por regla general, se comunican por cualquier medio hábil.

III. Contenido y presentación de la demanda

A. Pretensiones

Son tres las pretensiones cuando se habla de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, veamos:

⁵⁶¹ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, páginas 548 y 549.

1. Nulidad del acto administrativo que vulnera el derecho subjetivo:

En este caso el demandante debe relacionar las normas que considera violadas de manera precisa y detallada en artículos y codificaciones, aunado a la presentación de un concepto de la violación en el sentido de tipificar la causal o causales que invalidan el acto administrativo. Si analizamos detenidamente esta primera pretensión, en nada se diferencia con la que se esgrime cuando se ejercita la acción de simple nulidad.

2. Restablecimiento del derecho: Esta pretensión se manifiesta como consecuencia de la nulidad del acto administrativo y consiste en precaver un daño futuro cierto (restablecimiento del derecho automático) o volver las cosas a su estado inicial. Este último evento se presenta cuando se destituye ilegalmente a un funcionario, ya que se podrá solicitar que se reintegre al cargo del que había sido despojado y que se considere que no existió solución de continuidad en la prestación de los servicios, es decir que se declare que nunca se separó del cargo en que se venía desempeñando, con el objeto de que no se le afecten sus prestaciones sociales y demás derechos laborales⁵⁶².

El restablecimiento del derecho también puede consistir en la modificación de una obligación fiscal, o de otra clase (art. 85, CCA). Esto último es concordante con lo expuesto en la última parte del artículo 170 del CCA y en el inciso tercero del artículo 187 del CPA, dado que la modificación de la obligación contenida en la decisión demandada, en la práctica se materializa a través de la producción en la parte resolutive de la sentencia, de una disposición nueva en remplazo de la acusada que se reforma.

3. Reparación del daño: si con la ejecución del acto administrativo se ocasiona un daño que repercute en perjuicios para el afectado con dicha decisión, este podrá solicitar que se le indemnicen los mismos dependiendo de su tipología, es decir, si son perjuicios materiales o perjuicios inmateriales.

Retomando el ejemplo que se describió en el numeral anterior, el funcionario que resultó destituido ilegalmente, podrá solicitar a título de lucro cesante que se le paguen los sueldos y prestaciones dejadas de percibir desde el momento en que fue retirado y hasta el momento en que resulte efectivamente reintegrado. Ahora, sobre este ejemplo hay que puntualizar lo siguiente: los salarios

⁵⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sub sección B. Sentencia del 8 de agosto de 1996, exp. 7163, CP: Silvio Escudero Castro: “Los fallos que determinan la nulidad de un acto administrativo si ordenan el concurrente restablecimiento del derecho como en el caso de autos, la declaración de nulidad obliga a restablecer las cosas al estado en que se encontraban cuando se realizó el acto acusado, es decir, se tiene como si este no hubiera existido, lo que implica casos como el debatido el consiguiente reintegro o restablecimiento en el empleo o cumplimiento de las condiciones adicionales como consecuencia de la nulidad, esto es, como si se hubiera prestado el servicio sin solución de continuidad:[...]”.

dejados de percibir deben ser tomados como una indemnización dado que, si son aceptados como parte del restablecimiento del derecho, serán prestaciones sociales y salariales y, por ende, la suma reconocida en la sentencia podrá verse afectada por las sumas salariales y prestacionales que recibiere el demandante favorecido, como consecuencia de que hubiere obtenido un nuevo empleo con la administración durante el interregno del proceso judicial, pues, está prohibida la doble asignación al tesoro público. Aunado a lo anterior, también se descontarían algunos meses en virtud de la prescripción trienal a que están sometidas las prestaciones laborales⁵⁶³.

El restablecimiento del derecho también podrá consistir en la devolución de lo pagado indebidamente a título de daño emergente (art. 85, CCA). Aunque el nuevo código no hace referencia a esta situación, debe entenderse que la misma se encuentra comprendida dentro de la reparación del daño.

Nota: Es muy importante que se redacte de manera precisa y clara tanto la pretensión del restablecimiento del derecho como la de reparación del daño, si es del caso, porque, como ya se sabe, la nulidad del acto administrativo solo rige hacia el futuro y es el restablecimiento del derecho el que trata de volver las cosas a su estado inicial y la indemnización de perjuicios la que logra una reparación integral del daño, por lo tanto, estas pretensiones dictaminan la medida de la sentencia, es decir, sus efectos dependerán de los términos en que hubieren quedado redactadas las pretensiones dentro de la demanda, habida cuenta que al juez administrativo le está vedado incurrir en los fenómenos de la ultra petita o extra petita ya sea reconociendo indemnizaciones mayores a las pedidas o indemnizando perjuicios no reclamados (art. 170 del CCA y 187 del CPA).

Finalmente, es necesario advertir que solo la condena efectivamente ordenada por el juez en la sentencia genera intereses moratorios, por tanto, es un exabrupto jurídico solicitar este tipo de pretensión antes de la señalización del monto indemnizatorio. Por otro lado, en lo atinente a los intereses compensatorios, es importante anotar que las fórmulas matemáticas que liquidan la indemnización reconocen intereses legales.

⁵⁶³ “Finalmente, es necesario reiterar como se dijo en el acápite de la caducidad, que las prestaciones prescriben en el término de tres años, a partir del momento en que la obligación se hace exigible, y es posible interrumpirla por un lapso igual, con la petición que haga el interesado a la autoridad competente, sin que ello signifique, que si no hay activación judicial respecto del acto que niega el derecho, la caducidad lo elimine”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de agosto 26 de 2009. Expediente 1136-07. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2009, páginas 1810 a 1818. Conforme a lo expuesto por el Consejo de Estado, esta prescripción implica perder un trienio de las mesadas correspondientes hacia adelante, tomando como punto de referencia el momento en que se presenta la petición. Por tanto, si el demandante no presenta nueva petición o la demanda correspondiente dentro de los tres años siguientes a la presentación de la petición, estos también los pierde, tal como sucede con los anteriores a la misma desde que adquirió el status y así sucesivamente, salvo que se presente nuevo derecho de petición que le quite los efectos al anterior o se incoe la demanda correspondiente con el mismo propósito.

B. La excepción de ilegalidad (artículo 12 de la Ley 153 de 1887)

Esta figura jurídica es una de las maneras en que los actos administrativos pierden fuerza ejecutoria y se podría enmarcar en la causal 5ta del artículo 66 del CCA o en la causal 5ta del artículo 91 del CPA Sin embargo, y desde el punto de vista pragmático, es la respuesta al siguiente interrogante jurídico procesal:

¿Si se desea demandar conjuntamente actos administrativos de carácter general del orden nacional⁵⁶⁴ y de carácter particular ante los Tribunales Administrativos o simultáneamente actos de carácter general y particular ante los Jueces Administrativos, como hacerlo sin incurrir en el fenómeno de la indebida acumulación de pretensiones?

Antes de adentrarnos en la explicación de la respuesta al problema anterior, es necesario advertir cual es la legislación que regula el tema, el cual se deriva del principio de jerarquía normativa⁵⁶⁵, veamos:

1. Constitucionalmente, las normas que consagran la Jerarquía normativa en nuestro ordenamiento jurídico son las siguientes:

a. El artículo 4to de la Constitución establece que esta es norma de normas, es decir, la ley y el acto administrativo deben someterse a ellas.

b. El inciso segundo del artículo 123 de la Constitución Política consagra: Los Servidores Públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley o el reglamento (El acto administrativo).

2. Del orden legal, la normativa que regula la materia es la siguiente:

a. El artículo 5to de la Ley 57 de 1887, que consagra: “Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella”.

⁵⁶⁴ Se hace énfasis en el orden nacional de las decisiones de carácter general habida cuenta que, en caso contrario, se permite la utilización de una sola acción sin necesidad de utilizar la excepción de ilegalidad ante los Tribunales Administrativos, tal como se explicará más adelante.

⁵⁶⁵ “El principio de jerarquía normativa corresponde a la visión vertical de las relaciones de las normas dentro del sistema normativo, esto es, el principio articulador de normas producidas en niveles diversos del sistema, de manera tal que algunas de ellas tienen valor y fuerza superior en la medida en que ostentan un rango que implica la obediencia y sometimiento de las inferiores. En estricto sentido corresponde a la aplicación del principio de jerarquía orgánica al de las normas producidas en cada una de las organizaciones del poder en un respectivo estado”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo I. *Op. cit.*, p. 341).

b. El artículo 12 de la Ley 153 de 1887⁵⁶⁶, establece la jerarquía normativa y la operancia de la excepción de ilegalidad en los siguientes términos: “Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a las leyes”⁵⁶⁷.

Ahora bien, la Corte Constitucional define la excepción de ilegalidad en los siguientes términos: “[...] se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior”.

De la anterior definición jurisprudencial podemos inferir sus elementos, así:

1. Solo el Juez Administrativo (ya sea individual o por corporación), es competente para inaplicar un acto administrativo en ejercicio de la excepción de ilegalidad. Esta es una diferencia sustancial con la excepción de inconstitucionalidad, la cual puede ser ejercida por la Administración Pública o por la Jurisdicción (ordinaria o especial), dentro de los requisitos contemplados en la sentencia C-069 del 23 de febrero de 1995. Sobre el particular, la Corte Constitucional manifestó: “[...] motivos que tocan con la necesidad de garantizar la seguridad jurídica y la vigencia y efectividad del orden jurídico, dan fundamento de razonabilidad adicional a la reserva hecha por el legislador respecto de la posibilidad concebida a los particulares y a las autoridades administrativas de sustraerse de la fuerza obligatoria de los actos administrativos. Efectivamente, dejar al criterio de cualquier autoridad, o aún al de los particulares, la observancia de las disposiciones de las autoridades contenidas en los actos administrativos, propiciaría la anarquía en perjuicio de la efectividad de los derechos de los ciudadanos y dificultaría en alto grado la posibilidad de alcanzar el bien común”.

A pesar de lo anterior, consideramos que la ley puede establecer excepciones a la imposibilidad de que un operador jurídico diferente al Juez Administrativo, cómo sería el caso de los funcionarios públicos pertenecientes a la administración pública o jueces de otras jurisdicciones, pueda hacer uso de la excepción de ilegalidad. A título de ejemplo tenemos los siguientes casos:

⁵⁶⁶ Para algunos doctrinantes, esta disposición se encuentra derogada, así “[...] el mencionado artículo 12 de la Ley 153 de 1887 debe entenderse derogado tácitamente en atención a que dicha norma tuvo vigencia en una época en que no existía control efectivo de la legalidad de los actos administrativos”. González Rey Sergio, ensayo: “La Excepción de Ilegalidad: Una Idea Vestigio”, Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Página 242. Esta posición no puede ser compartida porque el principio de jerarquía normativa contemplado en la Constitución del ‘91, hace que esta norma sea exequible frente al ordenamiento constitucional vigente en Colombia.

⁵⁶⁷ Norma declarada exequible por la Sentencia C-037 de enero 26 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Apartes de esta jurisprudencia serán citados durante el transcurso de la presentación del tema que nos ocupa, por lo tanto no se reiterará esta referencia

a. El numeral 5° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993⁵⁶⁸, que consagra la ineficacia de pleno derecho en materia de contratación estatal, específicamente en lo relacionado con la elaboración de los pliegos de condiciones o los contratos estatales con vulneración del principio de escogencia objetiva. Esto se traduce en una inaplicación del pliego de condiciones o contrato respectivo por vulnerar norma superior, lo que es, ni más ni menos, que una excepción de ilegalidad. El profesor Jaime Orlando Santofimio explica el alcance de la norma en mención, en los siguientes términos:

“De esta disposición se subraya el carácter de requisito legal esencial del principio de la escogencia objetiva. Obsérvese que la mayoría de los literales proscriben directamente cualquier forma de subjetivismo en el trámite del contrato y el de su celebración, y establecen que, de llegar a darse, la obligación de las autoridades es la de inaplicar las correspondientes disposiciones de los pliegos, términos de referencia o solicitud de ofertas. La preservación de la objetividad en el negocio del Estado es el requisito legal esencial que el legislador protege con el calificativo de ineficaz de pleno derecho. No se quiere ni siquiera llegar al debate jurisdiccional con el fin de plantear una nulidad absoluta cuando se configure una de estas hipótesis. Por la gravedad de la violación al ordenamiento jurídico el legislador le establece a las autoridades la obligación de inaplicar de inmediato cualquier disposición de esta naturaleza”.⁵⁶⁹

b. Lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 136 de 1994, el cual consagra: “[...] invalidez de las reuniones: Toda reunión de miembros del Concejo que con el propósito de ejercer funciones propias de la corporación, se efectúe fuera de las condiciones legales o reglamentarias carecerá de validez y a los actos que realice no podrá dárseles efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones serán sancionados conforme a las leyes [...]”.

c. El artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, prevé la posibilidad de que el funcionario judicial adopte las medidas necesarias para que cesen los efectos creados por la comisión de la conducta punible y las cosas vuelvan a su estado anterior. Entre las medidas que puede adoptar el juez penal en virtud de esta norma se encuentra la posibilidad de que declare sin efectos un acto administrativo, lo que se traduce en la práctica en una excepción de ilegalidad.⁵⁷⁰

⁵⁶⁸ Luego de establecer la forma de elaborar el contenido de los pliegos de condiciones o términos de referencia, puntualizando las hipótesis pertinentes, la norma es enfática en precisar lo siguiente: “Serán ineficaces de pleno derecho las estipulaciones de los pliegos o términos de referencia y de los contratos que contravengan lo dispuesto en este numeral, o dispongan renunciaciones a reclamaciones por la ocurrencia de los hechos aquí enunciados”.

⁵⁶⁹ Tratado de derecho administrativo, Tomo IV, Universidad Externado de Colombia, Página 142.

⁵⁷⁰ Ver: Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de diciembre de 2003, Radicación 19.775, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

d. El artículo 37 de la Ley 9ª de 1989, al regular las afectaciones de un predio por causa de obra pública, entendidas por el propio legislador como toda restricción impuesta por una entidad pública que limite o impida la obtención de licencias de urbanización, de parcelación, de construcción, o de funcionamiento por causa de una obra pública o por protección ambiental, tendrá una duración de tres (3) años renovables, hasta un máximo de seis (6) y deberá notificarse personalmente al propietario e inscribirse en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria. La omisión del cumplimiento de dichas cargas se erige en hecho constitutivo de la causal de ineficacia del acto administrativo contentivo de la afectación por causa de obra pública, que impide que produzca efectos, sin que para llegar a tal conclusión requiera de declaración en sede judicial. En otras palabras, si se supera el plazo máximo legal, se desatiende la notificación personal al afectado o simplemente no se lleva a cabo el registro, no hay afectación alguna.⁵⁷¹

2. El acto administrativo que se ve afectado con la excepción de ilegalidad, no desaparece por ese solo hecho del ordenamiento jurídico, sencillamente sus efectos jurídicos se inaplican para el caso en particular. Es necesario hacer esta aclaración para entender que el único mecanismo jurisdiccional que extirpa de la vida jurídica a un acto administrativo ilegal es la acción de simple nulidad, la electoral, la contractual, la de nulidad y restablecimiento y en general las acciones que busquen anular un acto administrativo o en vía administrativa a través de la derogatoria si es de carácter general o de la revocatoria directa si es de carácter particular (es necesario recordar que puede ser revocado también a través de los recursos ordinarios). Por lo tanto el acto administrativo continúa vigente y produciendo efectos jurídicos en los demás eventos, es decir, aquellos diferentes al evento que dio lugar al proceso judicial donde se esgrimió la excepción referida.

3. La excepción de ilegalidad debe esgrimirse al interior de un proceso judicial, iniciado en virtud de las acciones que ponen en funcionamiento a la jurisdicción contencioso administrativa (acción electoral, acción de simple nulidad, acción de nulidad y restablecimiento, acción contractual, acción de reparación directa, acción ejecutiva, etc.). Esta puede ser plasmada por el demandante en el libelo demandatorio, preferentemente en el acápite de las normas violadas y el concepto de su violación, aunque, en nuestro concepto, también se puede utilizar en el acápite de las pretensiones, sin que se incurra en una indebida acumulación de pretensiones, ya que solo se está utilizando una acción para un acto determinado y para los demás actos se está solicitando su inaplicación para el caso concreto (si se trata de una acción que impugna decisiones administrativas). El demandado la puede utilizar como una excepción propiamente tal e incluso, el juez administrativo

⁵⁷¹ Consejo de Estado, 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.

la puede declarar de oficio. La Corte Constitucional ha dicho al respecto: “Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aún puede ser pronunciada de oficio”.

4. La excepción de ilegalidad solo procede contra actos administrativos de carácter general con el objeto de proteger derechos adquiridos con justo título, la seguridad jurídica y el principio de intangibilidad de las decisiones administrativas ⁵⁷². En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

No obstante lo anterior, para la Sala es importante aclarar, que la invocación de la excepción de ilegalidad de una norma en estricto sentido, no puede hacerse frente a disposiciones de carácter particular y concreto, las cuales deben demandarse por sus destinatarios, en ejercicio de las acciones ordinarias previstas para el efecto. Lo anterior, porque una excepción de ilegalidad semejante, desconocería las disposiciones contenidas en los artículos 85 y 136 del Código Contencioso Administrativo, en tanto echaría por tierra el sentido de la acción de restablecimiento como mecanismo idóneo, cuando quiera que se pretende retirar del ordenamiento jurídico un acto administrativo particular que es lesivo para su destinatario y desconocería la existencia de términos de caducidad para accionar, que constituyen baluarte de la seguridad jurídica y sanción al ciudadano que no asume sus causas oportunamente. ⁵⁷³

5. Al momento de ejercer la excepción de ilegalidad, deberá utilizarse el artículo 84 del CCA o el artículo 137 del CPA, que contemplan las causales invalidantes de los actos administrativos, ya que es en estos eventos que se configura la ilegalidad de cualquier decisión administrativa.

6. El ejercicio de la excepción de ilegalidad es de carácter objetivo, busca preservar el principio de jerarquía normativa y no implica interés de ningún tipo, es decir, es irrelevante si el acto administrativo de carácter general que se busca inaplicar, afecta a quién utiliza el mecanismo que se estudia, toda vez que precisamente

⁵⁷² Es importante recordar que los actos administrativos de carácter particular se pueden dejar sin efectos a través de la acción de tutela cuando está de por medio la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales, tal como lo anotamos cuando abordamos el tema del principio de auto tutela administrativa. También este tipo de actos se pueden dejar sin efectos a través de la suspensión provisional.

⁵⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2005. Expediente 11726. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis*, de marzo de 2006, páginas 469 a 474.

mediante tal inaplicación no se pide restablecimiento del derecho a menos que se dé de manera automática⁵⁷⁴.

7. Así mismo, cabe advertir que la excepción de ilegalidad debe ser acreditada, aportando copia autentica del acto administrativo que se busca inaplicar, expresando una manifiesta u ostensible infracción a la norma superior⁵⁷⁵ y advirtiendo su relación o interés con el objeto litis. Así lo precisa el Consejo de Estado en los siguientes términos: “[...] la alegada excepción que se invoque por las partes, deberá ser acreditada por estas, aportando para el efecto el acto administrativo que se dice ilegal, expresando porqué lo es de manera manifiesta y, finalmente, cuál es la relación que este tiene con el interés que se debate en el proceso en el que se invoca la mencionada excepción de ilegalidad”.⁵⁷⁶

Es pertinente anotar que la anterior posición jurisprudencial transcrita es criticable en el sentido de exigir manifiesta infracción con norma superior, toda vez que se equipara a la excepción de ilegalidad con la suspensión provisional, figuras jurídicas que poseen naturaleza jurídica diferente y no pueden ser asimiladas, entre otras razones, porque la excepción de ilegalidad solo se hace efectiva en la sentencia y no durante el transcurso del proceso. Es decir, la excepción de ilegalidad no es una medida cautelar, es una solicitud que se resuelve en el fallo y, por ende, permite análisis profundo de carácter hermenéutico, el cual no cabe en la suspensión provisional porque implicaría prejuzgamiento, aunque el nuevo Código aligeró esta exigencia.

De igual manera, la alta Corporación de lo Contencioso Administrativo al exigir la manifiesta infracción también busca equiparar en este aspecto la excepción de ilegalidad con la excepción de inconstitucionalidad, lo cual es inapropiado, toda vez que la segunda puede ser ejercida por cualquier operador jurídico lo

⁵⁷⁴ Por tanto, no compartimos la tesis del Consejo de Estado en el sentido de que quién ejerce la excepción de ilegalidad no puede ser la persona afectada con el acto administrativo que se busca inaplicar, tal como lo manifiesta en los siguientes términos: “[...] una interpretación dialéctica de la procedencia de la excepción de ilegalidad propiamente dicha, que no contradiga el artículo 85 y el 136 del Código Contencioso Administrativo, es aquella que permite a las partes de un proceso solicitar la aplicación de dicha excepción respecto de actos reglamentarios, siempre y cuando la parte que invoca la excepción no sea afectada directa del acto jurídico que solicita inaplicar, pues en este evento, si pretende romper su presunción de legalidad, deberá demandarlo y, si a bien lo tiene y se presentan las causales, solicitar su suspensión provisional”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2005. Expediente 11726. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis*, de marzo de 2006, páginas 469 a 474.

⁵⁷⁵ La violación manifiesta u ostensible no permite margen de interpretación y se colige de la simple comparación entre el acto administrativo que se busca inaplicar y la norma superior que se dice vulnerada. En este sentido la excepción de ilegalidad se equipara a la suspensión provisional.

⁵⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de octubre de 2005. Expediente 11726. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis*, de marzo de 2006, páginas 469 a 474.

que requiere mayores exigencias para preservar la seguridad jurídica. *A contrario sensu*, la excepción de ilegalidad solo la puede ejercer el juez contencioso administrativo.

8. La posibilidad 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 del acto administrativo. Así lo explica el profesor Libardo Rodríguez en los siguientes términos: “[...] 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”.⁵⁷⁷

Ahora bien, sin perder de vista lo anterior y entrando a determinar la utilidad práctica de esta figura, lo que nos obliga a retomar el cuestionamiento formulado al principio de esta disertación, podríamos formular el siguiente ejemplo: en un proceso de reestructuración administrativa, se profieren una serie de actos administrativos que se encuentran concatenados entre sí de manera sucesiva y consecuente, veamos: el acto administrativo que declara la nueva estructura orgánico funcional de la entidad respectiva del orden nacional⁵⁷⁸ (o de una de cualquier orden si la acción se impetra ante los Jueces Administrativos), como consecuencia de tal acto administrativo se profiere otro acto del orden nacional donde se establece la nueva planta de personal (o uno de cualquier orden si la acción se impetra ante los jueces administrativos), luego se profiere otro del orden nacional donde se suprimen los cargos que no quedan incluidos dentro de tal planta (o uno de cualquier orden si la acción se impetra ante los jueces administrativos), posteriormente se expide un acto administrativo donde se enlistan las personas que resultan afectadas en sus cargos, es decir, que son retiradas del servicio y finalmente se profiere un acto administrativo de ejecución⁵⁷⁹ donde

⁵⁷⁷ Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimotercera edición, Editorial Temis, 2008, página 316.

⁵⁷⁸ Se hace énfasis en el orden nacional de las decisiones de carácter general, habida cuenta que, en caso contrario, se permite la utilización de una sola acción sin necesidad de utilizar la excepción de ilegalidad ante los Tribunales Administrativos, tal como se explicará más adelante.

⁵⁷⁹ Este acto administrativo no es susceptible de ser impugnado por ser un acto administrativo de ejecución, sin embargo, es a partir del día siguiente a su comunicación que se empieza a contabilizar el término de caducidad: auto de septiembre 21 de 2000, expediente 2089-00, Consejero Ponente: Alejandro Ordóñez Maldonado. Aunque esta posición se ha morigerado por la jurisprudencia, ya que en algunos eventos tal decisión es demandable, siempre y cuando implique la producción de un efecto particular diferente al del retiro en sí mismo, como sería el caso de que en dicho acto administrativo, en principio de ejecución, se negara el derecho a la incorporación o el pago a la indemnización, sin ninguna justificación, o, incluso, que solo con su producción se evidencie que el interesado es retirado de su cargo. Veamos un ejemplo que trae la jurisprudencia sobre el particular: “El retiro del servicio se produjo a partir del oficio sin número, de fecha 24 de marzo de 2000, mediante el cual el Contralor General de la República le informa que el cargo que ocupaba

se hace efectivo el retiro del servicio de cada uno de los afectados el cual es comunicado a cada retirado. Es de aclarar que el nuevo Código permite que los Jueces Administrativos conozcan de acciones de simple nulidad, a lo que se suma que la acumulación de pretensiones es viable bajo la égida de la nueva normativa, por ende, la utilidad práctica de la excepción de ilegalidad se viene a menos, tal como se precisa más adelante.

De este ejemplo se coligen varios actos administrativos, unos de carácter general y otros de carácter particular. De carácter general tenemos el acto administrativo que dispone la nueva estructura orgánica funcional de la entidad, el acto administrativo que determina la nueva planta de personal y el acto administrativo que suprime los cargos que no quedan dentro de la nueva planta de personal⁵⁸⁰. Como particulares tenemos: el acto administrativo que anuncia el retiro de unos funcionarios y cada uno de los actos administrativos de ejecución que hacen efectivos los retiros⁵⁸¹.

Para demandar de manera técnica una reestructuración administrativa (o una situación administrativa similar), donde confluyen tanto actos administrativos de carácter general del orden nacional (si la demanda se presenta ante Tribunales) o de cualquier orden (si la demanda se presenta ante los Jueces) como de carácter

fue suprimido de la planta de personal de la entidad. Tal comunicación constituye la manifestación de voluntad de la administración, que afectó su situación jurídica en materia laboral, con el retiro del servicio público. Por ello es el acto administrativo pasible de la acción de nulidad impetrada. Los hechos relevantes para desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos que suprimieron cargos en la Contraloría General de la República y negaron la incorporación automática de algunos funcionarios, entre quienes se cuenta la actora, son: 1) que la función que legalmente corresponde al cargo suprimido, comparada con las funciones asignadas en la nueva planta de personal a otros cargos es igual o equivalente; y 2) que el actor tenía un derecho preferente frente a otras personas que resultaron incorporadas”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Bogotá D.C., primero (1) de febrero de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000–23–25–000–2000–05493–01 (5436–05). Actor: Leonor Esmith Pinilla de Gómez. Demandado: Contraloría General de la República. Por otro lado, si la comunicación no implica separación física del cargo, la caducidad solo se empieza a contabilizar a partir del día siguiente de cuando se materialice esta última.

⁵⁸⁰ Este tipo de actos administrativos son de carácter general porque se refieren a cargos y no a nombres y cédulas, tal como lo explica la Corte Constitucional en los siguientes términos: “Los acuerdos municipales son precisamente actos de naturaleza general e impersonal, cuya legalidad debe ser cuestionada ante la jurisdicción contencioso administrativa por las vías ordinarias y no mediante tutela. La Corte entiende que algunos de esos actos pueden tener como destinatario una autoridad específica, pero ello ocurre en virtud de un cargo o condición genérica y por regla general no están dirigidos a una persona individualmente considerada, sino que recaen en ésta en razón de su investidura. Por ejemplo, un acto administrativo con efectos jurídicos para un alcalde está concebido en función del cargo, mas no de su titular, de la misma manera que la regulación salarial de los servidores públicos, a pesar de tener destinatarios específicos, conserva su carácter personal y abstracto y no puede ser controvertida en sede de tutela”. Corte Constitucional, Sentencia SU–1052 de 2000.

⁵⁸¹ Incontrovertibles jurisdiccionalmente por regla general, tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos: “[...] tal como lo concluyó el tribunal, el oficio No DATH–2348 de 28 de diciembre de 1998 es solo un acto de comunicación y por ende de trámite no demandable ante esta jurisdicción. Por esta razón no cabe frente a él pronunciamiento de fondo, como lo hizo el tribunal al negar las pretensiones, sino inhibitorio como lo declaró la sentencia”. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección “A”, Consejero Ponente: Alberto Arango Mantilla. Bogotá D.C. 29 de abril de 2004. Rad. 63001–23–31–000–99–0465–02–2708–2001. Actor: Luz Helena Salazar González.

particular, se debe utilizar una sola acción y además la excepción de ilegalidad en contra de las decisiones generales. Frente a los actos administrativos de carácter particular se pueden acumular pretensiones, de esta manera se evita su indebida acumulación, que aunque no genera rechazo de la demanda de plano, si la inadmite y se corre el riesgo de que la rechacen.

Extrapolando lo explicado en el párrafo anterior con respecto al ejemplo propuesto, podemos inferir lo siguiente:

- 1.** Si la demanda se presenta ante Tribunales Administrativos, frente a los actos administrativos generales del orden nacional debe esgrimirse la excepción de ilegalidad, estableciendo con respecto a cada uno que causal o causales invalidantes se configuraron.
- 2.** En cuanto a los actos administrativos de carácter particular y concreto, se podrá demandar el acto administrativo que anuncia el retiro.
- 3.** Por regla general, los actos de retiro no puede ser demandados porque son actos de ejecución, lo que ocasionaría que frente a los mismos el juez se inhibiera por falta de jurisdicción. El accionante debe demandar actos controvertibles jurisdiccionalmente, en caso contrario el juez administrativo no puede pronunciarse sobre la inaplicabilidad, toda vez que la pretensión principal, es decir, la nulidad, debe resultar avante. A pesar de lo dicho en este numeral, el Consejo de Estado aclara que en ocasiones el acto de retiro puede ser el único que afecta directamente al empleado, esto es, se constituye en la decisión que contiene en forma individual el retiro del servicio, de manera subjetiva y personal, en cuyo caso si cabría el control judicial sobre dicho acto. Veamos qué criterios se deben tener en cuenta para identificar si el acto de retiro es controvertible o no judicialmente por la desvinculación del servicio, a la luz de lo expuesto por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, así:

[...] deben analizarse las situaciones fácticas y jurídicas en cada caso para definir el acto procedente, veamos grosso modo: 1. En el evento de que exista un acto general que defina la planta; un acto de incorporación que incluya el empleo, e identifique plenamente al funcionario y finalmente una comunicación; debe demandarse el segundo, esto es, el acto que extingue la relación laboral subjetiva y no por ejemplo la comunicación, porque es un simple acto de la administración, o de ejecución. 2. Si la entidad adopta la planta de empleos y no produce un acto de incorporación, pero expide un oficio dirigido a cada empleado que desea retirar; la comunicación se convierte en un acto administrativo que extingue la situación

laboral subjetiva y por lo tanto se hace demandable; esto sin olvidar que el acto general de supresión de cargo debe ser enjuiciado en forma parcial o mediante la excepción de inaplicación del acto, por inconstitucionalidad o ilegalidad. 3. En los eventos en donde el acto general concreta la decisión de suprimir el cargo, la comunicación se convierte en un acto de simple ejecución, por ende, la sola impugnación de ese acto genera inepta demanda, ya que no pone término a una actuación administrativa, respondiendo a la lógica, que la eventual declaratoria de nulidad del oficio de comunicación dejaría con plenos efectos jurídicos el acto que suprimió el cargo, o el que no lo incorporó a la nueva planta de personal, imposibilitando el restablecimiento del derecho.⁵⁸²

4. Si la demanda se presenta ante un Juez Administrativo, es menester usar la excepción de ilegalidad contra los actos administrativos de carácter general, cuando se presente demandar este tipo de actos simultáneamente con los actos administrativos de carácter particular y concreto, habida cuenta que los Jueces Administrativos no conocen de acciones de simple nulidad y, por ende, en caso de demandarse todos los actos por vía de acción la indebida acumulación de pretensiones sería evidente. Aunque es pertinente aclarar en este numeral que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece la posibilidad de que los jueces administrativos conozcan de acciones de simple nulidad en determinadas circunstancias.

Conclusión: La excepción de ilegalidad es un mecanismo efectivo para evitar la indebida acumulación de pretensiones, cuando se pretende demandar actos administrativos de carácter general del orden nacional (o de cualquier orden si la demanda se incoa ante los jueces administrativos) y actos administrativos de carácter particular al mismo tiempo, empero, se utiliza para inaplicar los actos administrativos de carácter general que le sirven de fundamento a los particulares. Por otro lado, la excepción de ilegalidad se configura como una herramienta jurídica adicional, con que cuentan los administrados para enervar la presunción de legalidad de los actos administrativos, aunque, solo en la inaplicación de sus efectos para el caso sub judice.

Sin perder de vista lo anterior, sobre el uso de la excepción de ilegalidad en el evento contemplado, el Consejo de Estado en reciente jurisprudencia, estableció dos reglas a tener en cuenta, veamos:

⁵⁸² Consejo de Estado, Sentencia del 18 de febrero de 2010, Exp. 25000-23-25-000-2001-10589-01 (1712-08), C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

a. El Consejo de Estado acepta la posibilidad de demandar a través del ejercicio de una sola acción, la de nulidad y restablecimiento del derecho, actos administrativos de carácter general y actos administrativos de carácter particular, sin necesidad de utilizar la excepción de ilegalidad, siempre y cuando el ejercicio de la acción se lleve a cabo al interior de las reglas de la caducidad y la competencia, veamos: “[...] excepcionalmente se ha aceptado que en una controversia particular (en acción de nulidad y restablecimiento del derecho) fuera de la impugnación necesaria del acto particular que lesiona directamente al demandante es posible acusar de manera parcial actos de carácter general (que normalmente se atacan en acción de simple nulidad) que tengan íntima relación con la reclamación subjetiva. Ahora esa impugnación, entonces debe hacerse bajo las reglas de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es decir, teniendo en cuenta la caducidad de la acción”.⁵⁸³

b. En el evento en que los actos de carácter general sean del orden nacional, cuya anulabilidad es de competencia del Consejo de Estado y la demanda se haya presentado ante un Tribunal Administrativo, se aplicará lo explicado por nosotros en líneas anteriores. De igual manera si se trata de impetrar una acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante un Juez Administrativo, donde al interior de la misma resulten involucrados actos de carácter general, también se debe utilizar la excepción de ilegalidad frente a estos últimos.

Esto lo expuso el Consejo de Estado de la siguiente manera: “[...] los actos generales del orden nacional no son de competencia anulativa del tribunal administrativo por lo que la jurisdicción ha señalado, que si es necesario su ataque jurídico para las consecuencias en el caso concreto, lo procedente es su impugnación parcial con efectos interpartes por la vía de la excepción de inconstitucionalidad⁵⁸⁴ o de ilegalidad según proceda, con la debida sustentación, con miras a evitar su aplicación en el caso que se juzga”.⁵⁸⁵

No sobra advertir que si el acto administrativo de carácter general produce el daño sin que medie acto administrativo de carácter particular, es viable ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra dicho acto en virtud de la teoría de los móviles y finalidades y serán los factores tradicionales lo que determinen la competencia, por ejemplo: si es una controversia de carácter

⁵⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Auto de julio 8 de 2004, Expediente 4959-03, Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2004, páginas 1781 a 1783.

⁵⁸⁴ El Consejo de Estado hace referencia a la excepción de inconstitucionalidad para evitar la indebida acumulación de pretensiones, figura jurídica que por razones de estructura de la presente obra fue estudiada en la primera parte de la misma, por tanto, remitimos al lector al aparte pertinente para su estudio.

⁵⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Auto de julio 8 de 2004, Expediente 4959-03, Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro. Publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2004, páginas 1781 a 1783.

laboral, la demanda debe impetrarse en el lugar donde se prestó el servicio. Esta hipótesis es contemplada en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso en los siguientes términos: “Igualmente, podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel”. (Último inciso del artículo 138 del CPA).

Ahora, es importante resaltar que si no se demanda el acto general en el cual se funda el particular o no se pide la inaplicabilidad del mismo, no es posible acceder al restablecimiento del derecho por la sencilla razón de que la ilegalidad no desaparece.

Por último, cabe advertir que con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se unificó la acción contencioso administrativa y como consecuencia se facilitó la acumulación de pretensiones, siempre y cuando dicha acumulación reúna los requisitos que tal código contempla, especialmente el requisito de oportunidad en el ejercicio de la pretensión (Artículo 165 del CPA). Por ende, consideramos que bajo esta perspectiva ya no es necesario utilizar la excepción de ilegalidad para evitar la indebida acumulación de pretensiones, pues un solo Juez podrá tramitar demandas contra actos administrativos de carácter general y actos administrativos de carácter particular y concreto simultáneamente y en un solo proceso, bajo una misma pretensión, la de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo único que se advierte en este caso es que el Juez de la simple nulidad contra los actos generales, será el competente para conocer de la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos particulares (Numeral 1º del artículo 165 del CPA).

C. La petición de pruebas que el demandante pretende hacer valer (137, num.5to. y 168 CCA y artículos 211 a 222 del CPA).

Aunque la presente obra no constituye un manual de derecho probatorio, resulta pertinente realizar una serie de precisiones que resultan útiles al momento de allegar y solicitar medios probatorios al interior del proceso contencioso administrativo, no solo en lo relacionado con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que es el tópico que estamos tocando en este capítulo si no, en general, en las demás acciones ordinarias contencioso administrativas, veamos:

1. Las pruebas de oficio son subsidiarias: Es importante anotar que aunque el proceso contencioso administrativo es inquisitivo en materia probatoria, la facultad oficiosa en este tema, en cabeza del Juez, no es ilimitada. Recordemos que solo se puede ejercer para evitar sentencias inhibitorias, nulidades procesales, o para allegar pruebas cuando no es un problema de carga probatoria, esto es, en aquellos eventos en que la parte petente de la prueba realizó todos sus esfuerzos por allegar la prueba al proceso y sin embargo no fue posible que la misma se sumara al acervo probatorio⁵⁸⁶.

En el anterior sentido se debe interpretar el inciso primero del artículo 213 del CPA, el cual consagra: *“En cualquiera de las instancias el juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes”*.

2. Pruebas de oficio como consecuencia de los alegatos o en el fallo: Sin perder de vista lo expuesto en el numeral anterior, consideramos que el Juez también está obligado a practicar pruebas de oficio al momento de fallar cuando la parte demandante en sus alegatos solicita la práctica de pruebas para desvirtuar las excepciones previas o perentorias propuestas por la parte demandada en su contestación de la demanda. Esto lo afirmamos por el simple hecho de que en el proceso contencioso administrativo no se da traslado para las excepciones tal como sucede en el proceso civil, por ende, la oportunidad para ejercer la contradicción de dichos medios exceptivos es la etapa de alegatos, tal como lo ha precisado la jurisprudencia del Consejo de Estado en reiteradas ocasiones. Aún más, creemos que el Juez puede practicar pruebas de oficio para los menesteres anotados en el auto de pruebas, a iniciativa de la parte demandante o si lo considera necesario a motu proprio.

Ahora bien, el panorama descrito en el párrafo anterior se modificó de manera ostensible con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues ya opera el traslado de las excepciones propuestas por la parte demandada (Parágrafo 2º del artículo 175 del CPA),

⁵⁸⁶El profesor William Hernández Gómez, en ensayo de su autoría denominado: *“De las pruebas judiciales desde la perspectiva del proceso contencioso administrativo”*, precisa el límite de la facultad oficiosa en materia probatoria en lo atinente a la carga probatoria como deber principal y las pruebas de oficio solo como una iniciativa subsidiaria a este deber; veamos: *“Ahora bien, es cierto que las pruebas decretadas de oficio permiten al juez fallar cuando el hecho no aparece demostrado a iniciativa de las partes, pero también es cierto que el juez tiene un límite razonable, en la medida que debe exigir a las partes autorresponsabilidad probatoria, que los obliga a tomar la iniciativa. De allí que si no es posible llegar a la verdad por inercia de las partes, finalmente el juez debe utilizar el sucedáneo de prueba y aplicar la regla de la carga probatoria”*. Inmerso en la obra Juez Director del Proceso Contencioso Administrativo –Segunda Parte–, próxima a publicarse por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla adscrita al Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa–. Páginas 150 y 151.

sin embargo, la nueva normativa conserva la posibilidad de decretar pruebas de oficio al momento de fallar para dilucidar puntos oscuros o dudosos, que en nuestra opinión se circunscriben a la posibilidad de evitar sentencias inhibitorias o nulidades procesales. Para estos efectos el Juez deberá señalar un término de hasta diez (10) días (Inciso segundo del artículo 213 del CPA).

En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decreta pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decreta (Inciso tercero del artículo 213 del CPA).

3. Oportunidades probatorias: Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Inciso primero del artículo 212 del CPA).

En consonancia con lo expuesto en el anterior numeral los momentos oportunos para allegar o pedir pruebas en el contencioso administrativo son los siguientes: en primera instancia en la demanda (art. 137, numeral 5to del CCA y artículo 162, numeral 5° del

CPA) y su contestación (art. 175 del CPA); antes de que se admita la demanda de manera ilimitada a través de las correcciones correspondientes; luego de admitida y durante el término de fijación en lista por una sola vez mediante la aclaración o corrección del libelo y su respuesta (art. 208 del CCA) o durante el término de traslado de la demanda en los mismos casos si estamos en presencia del nuevo Código (artículos 172 y 173 del CPA); a través de memoriales antes de que se ordene la práctica de pruebas o con el escrito de alegatos, pero específicamente en lo atinente a la contradicción de las excepciones previas o perentorias alegadas con la contestación de la demanda, esto último en vigencia del antiguo Código. En lo atinente a la nueva normativa también se deben considerar como momentos oportunos para allegar o pedir pruebas la demanda de reconvencción y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento, circunscritas a la cuestión planteada (Segundo inciso del artículo 212 del CPA).

Las partes podrán presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, o podrán solicitar la designación de perito, en las oportunidades probatorias anteriormente señaladas (Tercer inciso del artículo 212 del CPA).

4. Presupuestos para decretar y valorar pruebas: Ahora bien, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 168 del CCA, el demandante debe tener cuidado de que las pruebas que se alleguen y soliciten sean conducentes (comparación entre el medio probatorio y la ley), pertinentes (adecuación de los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son materia de prueba en el mismo) y útiles (el propósito de la prueba respecto del proceso).⁵⁸⁷

5. Documentos aportados o no aportados por las entidades públicas: Si el documento público es aportado en copia simple por la entidad que lo expidió, se considera auténtico, así mismo, si se allega acompañado de un oficio sin necesidad de que cada una de las páginas vaya sellada o firmada. Esto sucede a menudo con las historias clínicas que allegan las Empresas Sociales del Estado. En este mismo orden de ideas, se pueden valorar copias simples aportadas con la demanda al momento de proferir sentencia, que se refieran a documentos expedidos por la misma autoridad pública accionada y en el caso de que reposen los originales en su poder, porque no fueron tachadas de falso en su oportunidad por la demandada.

6. Recortes de prensa: Los recortes de prensa no son prueba testimonial solo documental.

7. Prueba testimonial: En materia de prueba testimonial es sabido que la ley procesal exige, para que proceda su decreto, que se enuncie sucintamente el objeto de la prueba y se identifique al declarante, aunado a la precisión de la dirección de residencia del testigo. A pesar de lo anterior, cuando quiera que del escrito de demanda se desprenda el lugar en que el deponente labora, y el mismo sea fácilmente identificable, procede el decreto de la prueba en aras de acceso efectivo de la administración de justicia y de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal.

8. Prueba trasladada: Cuando estamos en presencia de la prueba trasladada, es imprescindible correr traslado a los dictámenes periciales e informes técnicos (art. 238 del CPC). De igual manera debe darse traslado a la prueba documental (art. 289 del CPC). Por último, se deben ratificar los testimonios (art. 229 del CPC). Todo lo anterior siempre y cuando los actores no fueran parte en el otro proceso o no hubieren solicitado el expediente de consuno en los respectivos acápite probatorios, e incluso cuando lo hubiere solicitado la parte contra la cual se hace valer la prueba. En otras palabras, cuando se solicita por ambas partes un expediente, no es necesario ratificar testimonios ni dar traslado a documentos o dictámenes periciales, dado que, por lealtad procesal, le dan vía libre al Juez para valorar íntegramente el cuaderno allegado de otro proceso. Así mismo, si la prueba

⁵⁸⁷ PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá, Profesional, 4 ed. 1994. p. 27.

es valorada en contra de quién la pidió, no puede luego refutar tal valoración esgrimiendo la falta de ratificación, pues la aportación al proceso se hizo por su propia iniciativa. En el sentido expuesto en este numeral fue reglamentado en el artículo 174 del Código General del Proceso.

9. Declaraciones extrajuicio: Las declaraciones extrajuicio no se valoran si no media ratificación de las mismas en el proceso judicial respectivo, conforme al artículo 229 del Código de Procedimiento Civil, salvo que tales pruebas se aduzcan en contra de quién las allegó al proceso judicial, tal como lo dispone el nuevo Código General del Proceso (Artículo 174).

10. Indicio o presunción de hombre: El indicio o presunción de hombre es una forma de inferir hechos desconocidos a partir de hechos conocidos. Ejemplos típicos: presunción de perjuicios morales cuando media parentesco; o presumir la falla del servicio médico al interior de procedimientos quirúrgicos que causan daños, porque se dejan cuerpos extraños en la cavidad abdominal como gases o herramientas quirúrgicas; o dar por probado el daño a la vida de relación cuando de la gravedad de la lesión y de los antecedentes del curso normal de la existencia del lesionado, se puede inferir⁵⁸⁸. Sobre esta prueba el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

El indicio es o constituye un hecho que se encuentra debidamente acreditado en el proceso y del cual se infiere otro desconocido. En este sentido “por así decirlo, un hecho especialmente cualificado porque tiene la propiedad de salirse de sí mismo y mostrar otro”⁵⁸⁹
El artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, señala que para que un hecho pueda considerarse como indicio, deberá estar plenamente acreditado en el proceso y el 250 de dicha codificación establece que el juez los apreciará en conjunto teniendo en cuenta la gravedad, concordancia y relación con las demás pruebas que obren en el proceso.⁵⁹⁰

Por otro lado, en el marco de falla del servicio en materia de orden público y conflicto armado, la destrucción de los archivos militares que contienen información oficial de lo ocurrido en un operativo militar o en una confrontación

⁵⁸⁸ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2001). Radicación: 52001-23-31-000-1995-6703-01 (13086). Actor: Jorge Alfredo Caicedo Cortés. Demandado: Nación (Ministerio de Defensa –Armada Nacional–).

⁵⁸⁹ Parra Quijano, Jairo, Manual de derecho probatorio, décima edición, Librería Profesional, Bogotá, p. 495.

⁵⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de abril de 2008. Expediente 15737. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2009, páginas 578 a 594.

armada, se interpreta como un indicio grave en contra de la institución castrense, lo que permite que prosperen las pretensiones de una acción de reparación directa, señaló el Consejo de Estado.⁵⁹¹

11. Historia clínica: En materia médica la historia clínica se constituye en una de las pruebas reinas para acreditar falla del servicio o para exonerar a la entidad asistencial. Por tanto, es necesario que se elaboren historias clínicas claras, fidedignas y completas. Así mismo, es importante considerar que las historias clínicas son documentos públicos y como tales dan fe de la fecha y de las anotaciones que en ella se hagan, de quien las elaboró y también dan fe de lo que no ocurrió (art. 264 del CPC). Como corolario, la no aportación de la historia clínica o las deficiencias que contenga, como por ejemplo: que sea ilegible, son indicios en contra de la entidad demandada. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

No debe perderse de vista que el solo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su solo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad como consecuencia de la prestación del servicio médico. La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentra su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.⁵⁹²

Es importante anotar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, obliga a las entidades prestadoras de servicios

⁵⁹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 5000123310001996588801 (22666), mayo 31 de 2013, Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth.

⁵⁹² Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de agosto de 2006, Expediente 15772, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio.

de salud que resulten demandadas por responsabilidad médica que, con la contestación de la demanda, adjunten copia íntegra y auténtica de la historia clínica pertinente, a la cual se agregará la transcripción completa y clara de la misma, debidamente certificada y firmada por el médico que haga la transcripción (Segundo inciso del párrafo 1° del artículo 175 del CPA).

12. Documentos aportados en simple copia con fines probatorios: Por buena fe, lealtad procesal y en virtud de la aquiescencia de la parte contraria al no tachar de falso el documento aportado, para cuyo efecto se seguiría el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, el Juez, al momento de dictar sentencia, puede valorar los documentos acompañados por las partes en la demanda o en su contestación, regla probatoria que se encuentra positivizada en el artículo 215 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En el caso sub examine, por ejemplo, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue acompañada con la demanda y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se entregó como anexo de la misma, circunstancia que no acaeció, tanto así que los motivos de inconformidad y que motivaron la apelación de la providencia de primera instancia por parte de las demandadas no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con la forma de establecer la eventual participación en la producción del mismo.⁵⁹³

Es necesario advertir que la regla expuesta en este numeral solo se aplica en materia probatoria, por ende, cuando estamos en presencia del derecho de postulación las exigencias del artículo 254 del Código del Procedimiento Civil deben ser cumplidas y, por tanto, las copias que soporten la calidad de quien otorga el poder deben venir indefectiblemente en copia auténtica.

Así mismo, la regla prevista en el primer inciso del artículo 215 del CPA no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que

⁵⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011). Expediente: 05001232500019960142 01, radicación interna No.: 20.171, actor: Manuel Antonio Echeverri Acevedo y otros, Demandado: Nación –Ministerio de Defensa– Ejército Nacional y otro. Proceso: Acción de reparación directa. Posición reiterada en providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 19 de noviembre de 2012. Radicación 05001-23-31-000-1995-0464-01. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2013, páginas 89 a 94.

los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley (Último inciso del artículo 215 del CPA).

Ahora bien, cabe aclarar que el inciso primero del artículo 215 del CPA fue derogado por el literal a del artículo 626 del Código General del Proceso, sin embargo, en aplicación del inciso segundo del artículo 244 del C.G.P., lo comentado en este numeral se mantiene incólume.

13. Régimen probatorio: En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil o Código General del Proceso, según el caso (Artículo 211 del CPA).

14. Exclusión de la prueba por la violación al debido proceso: Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal (Inciso primero del artículo 214 del CPA).

Igual tratamiento recibirán las pruebas que sean consecuencia necesaria de las pruebas excluidas, o las que solo puedan explicarse en razón de la existencia de aquellas (Inciso segundo del artículo 214 del CPA).

La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla (Último inciso del artículo 214 del CPA).

15. Utilización de medios electrónicos para efectos probatorios: Será admisible la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios, de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan la materia y en concordancia con las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y las del Código de Procedimiento Civil (Artículo 216 del CPA).

16. Declaración de representantes de las entidades públicas: 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 (Inciso primero del artículo 217 del CPA).

Esta disposición puede entorpecer la fijación del litigio en la primera audiencia de trámite, pues los representantes de las entidades públicas no podrán aceptar hechos que los perjudiquen y, por ende, el Juez se limitará a confrontar las

pruebas documentales que reposen en el expediente con los hechos planteados en la demanda.

Agrega la disposición anotada que 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 legales vigentes (Inciso segundo del artículo 217 del CPA).

17. Prueba pericial: La prueba pericial se regirá por las normas del Código de Procedimiento Civil, salvo en lo que de manera expresa disponga el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo sobre la materia (Inciso primero del artículo 218 del CPA).

El juez excepcionalmente podrá prescindir de la lista de auxiliares de la justicia y designar expertos idóneos para la realización del dictamen pericial, cuando la complejidad de los asuntos materia del dictamen así lo amerite o ante la ausencia en las mismas de un perito o por la falta de aceptación de este (Inciso segundo del artículo 218 del CPA).

18. Presentación de dictámenes por las partes: Las partes en la oportunidad establecida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, podrán aportar dictámenes emitidos por instituciones o profesionales especializados e idóneos (Inciso primero del artículo 219 del CPA).

Para tal efecto, al emitir su dictamen, los expertos deberán manifestar bajo juramento, que se entiende prestado por la firma del mismo, que no se encuentran incurso en las causales de impedimento para actuar como peritos en el respectivo proceso, que aceptan el régimen jurídico de responsabilidad como auxiliares de la justicia, que tienen los conocimientos necesarios para rendir el dictamen, indicando las razones técnicas, de idoneidad y experiencia que sustenten dicha afirmación, y que han actuado leal y fielmente en el desempeño de su labor, con objetividad e imparcialidad, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes. Señalarán los documentos con base en los cuales rinden su dictamen y de no obrar en el expediente, de ser posible, los allegarán como anexo de este y el juramento comprenderá la afirmación de que todos los fundamentos del mismo son ciertos y fueron verificados personalmente por el perito (Inciso segundo del artículo 219 del CPA). Si faltare cualquiera de los ítems que comprenden la manifestación bajo juramento del perito, señalados en

este párrafo, esto implicará denegar el decreto y práctica del medio probatorio por falta de requisitos sustanciales.

Son causales de impedimento para actuar como perito que darán lugar a tacharlo mediante el procedimiento establecido para los testigos, las siguientes (Inciso tercero del artículo 219 del CPA):

- a. Ser cónyuge, compañera o compañero permanente o tener vínculo de parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con el funcionario que conozca del proceso, los empleados del despacho, las partes o apoderados que actúen en él, y con las personas que intervinieron en la elección de aquél.
- b. Tener interés, directo o indirecto, en la gestión o decisión objeto del proceso, distinto del derivado de la relación contractual establecida con la parte para quién rinde el dictamen.
- c. Encontrarse dentro de las causales de exclusión indicadas en el Acuerdo número 1518 de 2002 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura o la norma que lo sustituya, de las cuales no será aplicable la establecida en el numeral segundo relativa al domicilio del perito.
- d. Cualquier otra circunstancia que evidencie su falta de idoneidad profesional.

La configuración de cualquiera de las anteriores causales de impedimento, dará lugar a la tacha del perito (Inciso 8º del artículo 219 del CPA).

Cuando el dictamen pericial sea aportado por las partes, la tacha deberá ser formulada antes de la realización de la audiencia siguiente a la aportación del dictamen y se decidirá en esta (Inciso 9º del artículo 219 del CPA).

Cuando se trate de la tacha de peritos designados por el juez, se seguirá el trámite establecido por el Código de Procedimiento Civil (Inciso 10º del artículo 219 del CPA).

Las personas que elaboran un dictamen para ser presentado en un proceso judicial, estarán sujetas al régimen de responsabilidad consagrado para los peritos como auxiliares de la justicia (Parágrafo del artículo 219 del CPA).

19. Contradicción del dictamen aportado por las partes: Para la contradicción del dictamen se procederá así (Inciso primero del artículo 220 del CPA):

- En la audiencia inicial se formularán las objeciones al dictamen y se solicitarán las aclaraciones y adiciones, que deberán tener relación directa

con la cuestión materia del dictamen. La objeción podrá sustentarse con otro dictamen pericial de parte o solicitando la práctica de un nuevo dictamen, caso en el cual la designación del perito se hará en el auto que abra a pruebas el proceso. También podrá sustentarse solicitando la declaración de testigos técnicos que, habiendo tenido participación en los hechos materia del proceso, tengan conocimientos profesionales o especializados en la materia. A propósito de lo expuesto en esta última parte, es costumbre inveterada de las entidades asistenciales al interior de procesos donde se debate la falla médica, citar al proceso testigos supuestamente “técnicos”, por su formación profesional, empero, que no participaron ni directa ni indirectamente en el acto médico. En este caso el Juez debe negarlos por inconducentes dado que no son testigos “técnicos”, sino galenos con conocimiento técnicos que vierten opiniones sobre el estado del arte (Numera 1º del artículo 220 del CPA).

- Durante la audiencia de pruebas se discutirán los dictámenes periciales, para lo cual se llamará a los peritos, con el fin de que expresen la razón y las conclusiones de su dictamen, así como la información que dio lugar al mismo y el origen de su conocimiento. Los peritos tendrán la facultad de consultar documentos, notas escritas y publicaciones y se pronunciarán sobre las peticiones de aclaración y adición, así como la objeción formulada en contra de su dictamen. Si es necesario, se dará lectura de los dictámenes periciales (Inciso primero del numeral 2º del artículo 220 del CPA).

Al finalizar su relato, se permitirá que las partes formulen preguntas a los peritos, relacionadas exclusivamente con su dictamen, quienes las responderán en ese mismo acto. El juez rechazará las preguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Luego el juez podrá interrogarlos (Inciso segundo del numeral 2º del artículo 220 del CPA).

- Cuando la prueba pericial hubiese sido decretada por el Juez, se cumplirá el debate de que trata el numeral anterior en la audiencia de pruebas. En esa misma audiencia, las podrán solicitar audiciones o aclaraciones verbales al dictamen y formular objeción por error grave, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 222 del CPA (Numeral 3º del artículo 220 del CPA).

20. Honorarios del perito: En el caso de que el juez decrete un dictamen pericial, los honorarios de los peritos se fijarán en el auto de traslado de las aclaraciones o complementaciones al dictamen, cuando estas han sido solicitadas; o, una vez vencido el término para solicitar las aclaraciones y complementaciones, cuando no se soliciten. Tratándose de los dictámenes presentados directamente por las partes, el juez solo fijará honorarios a los peritos en el caso de que las complementaciones a que haya habido lugar dentro del proceso lo amerite (Inciso primero del artículo 221 del CPA).

Los honorarios de los peritos se señalarán de acuerdo con la tarifa oficial y cuando el dictamen se decreta de oficio se determinará lo que de ellos deba pagar cada parte. En el caso de que se trate de asunto de especial complejidad, la autoridad judicial podrá señalarles los honorarios a los peritos sin sujeción a la tarifa oficial (Inciso segundo del artículo 221 del CPA).

Antes del vencimiento del traslado del escrito de objeciones, el objetante deberá presentar al despacho correspondiente, el comprobante del pago de los honorarios a su cargo hecho directamente al perito o los títulos de los depósitos judiciales, los cuales se le entregarán al perito sin necesidad de auto que lo ordene. En caso de inobservancia en el pago de los honorarios de los peritos dentro del término anterior, se entenderá desistida la objeción (Inciso tercero del artículo 221 del CPA).

El perito restituirá los honorarios en el porcentaje que determine la providencia que declare la prosperidad de la objeción, dentro de los diez (10) días siguientes a la comunicación que se haga de la decisión, por medio de servicio postal autorizado. Si el perito no restituye los honorarios en el término señalado, la parte que los pagó podrá cobrarlos ejecutivamente. En este caso, el perito deberá ser excluido de la lista de auxiliares de la justicia, para lo cual se comunicará a quien corresponda, sin perjuicio de la acción disciplinaria a que hubiere lugar (Último inciso del artículo 221 del CPA).

21. Ampliación de términos para la contradicción del dictamen: De oficio o a petición de parte, el juez podrá, previa ponderación de la complejidad del dictamen, ampliar el término del traslado del mismo o de las aclaraciones o complementaciones, sin que en ningún caso el término para la contradicción sea superior a diez (10) días (Artículo 222 del CPA).

Ahora bien, en fallo de tutela del 24 de febrero de 2010, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia advirtió que los jueces deben valorar legalmente el dictamen pericial que no haya sido objetado por los sujetos procesales, tal como lo exige el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil (CPC). Por tanto, si el funcionario argumenta la falta de objeción al dictamen como razón suficiente para tomar su decisión, incurre en una vía de hecho por vulneración del debido proceso, ya que se aparta de su obligación de valorar todas las pruebas con base en las reglas de la sana crítica y de motivar todas las órdenes impartidas en su providencia. Entre los puntos que se deben analizar están el contenido del resultado suministrado, la competencia del perito, la idoneidad del procedimiento empleado, la metodología utilizada en el peritaje y el análisis de la pertinencia del dictamen, por ejemplo, respecto de los precedentes jurisprudenciales.⁵⁹⁴

⁵⁹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia T-11001220300020100003301 del 24 de febrero de 2010,

22. Juramento estimatorio: La figura del juramento estimatorio aplicable a quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o pago de frutos o mejoras fue regulada por el Código General del Proceso y en el párrafo del artículo 206, consagró que habrá lugar a una condena del 5% del valor pretendido en la demanda o petición, cuando se nieguen sus pretensiones por no demostrar los perjuicios alegados. Ahora bien, la Corte Constitucional precisó que esta sanción resulta desproporcionada en el evento en que la parte obra diligentemente y la falta de prueba de la cuantía del perjuicio se deriva de hechos o motivos ajenos a su voluntad. Por eso, condicionó la exequibilidad del párrafo acusado, en excluir esa hipótesis de la imposición de la condena (Sentencia C- 157 de 2013, Magistrado Ponente: Mauricio González).

D. La estimación razonada de la cuantía en el contencioso administrativo (art. 134e y 137, num.6to. CCA y art. 157 CPA)⁵⁹⁵

En atención a que el artículo 198 de la Ley 1450 de 2011 le dio vigencia a las reglas de competencia por razón de la cuantía consagradas en el artículo 157 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo atinente a los procesos que se tramitan en vigencia del antiguo Código Contencioso Administrativo, es menester advertir que las explicaciones que siguen se fundarán en su totalidad en la nueva codificación y las referencias que se hagan a la antigua normativa solo serán a título pedagógico.

1. Aspectos generales:

La estimación razonada de la cuantía consiste en una identificación del guarismo y una explicación sucinta de su origen, sin un rigorismo extremo para no violar el acceso a la administración de justicia.

El Consejo de Estado ha precisado que “el razonamiento de la cuantía es requisito de la demanda cuando de su texto no pueda inferirse esta o en aquellos casos en que es señalada sin que pueda establecerse de dónde resultan las sumas indicadas”.⁵⁹⁶

El aparte jurisprudencial transcrito es criticable por lo siguiente: en nuestro concepto siempre debe obrar en el libelo, un capítulo denominado “estimación razonada de la cuantía”, habida cuenta que, en caso contrario, la cuantía, que es un factor de competencia, se podría confundir con las pretensiones y, de esta

Magistrado Ponente: Edgardo Villamil.

⁵⁹⁵ A pesar de que se analiza al interior del capítulo de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, abordamos en lo pertinente las otras acciones.

⁵⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección A, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Actor: Otoniel Salazar Franco, 2 de septiembre de 2004, Rad. 63001-23-31-000-2003-00621-01 (1027-04).

manera, generar un efecto contrario al que quiso el legislador. En efecto, en las pretensiones se puede solicitar una reparación del daño integral, lo cual daría en la mayoría de los casos, procesos de primera instancia, con la consecuente congestión para el Consejo de Estado o los Tribunales Administrativos. Por tanto, no compartimos la tesis expuesta en el sentido de que se puede prescindir del capítulo “estimación razonada de la cuantía”. Aunado a que tal omisión genera que la demanda se inadmita y se corre del riesgo de que se rechace en caso de que no se corrija en el término de ley.

Sin embargo, en lo que si compartimos la tesis del Consejo de Estado, es en el sentido de que es imprescindible que se establezca en el capítulo respectivo, el origen de la suma que establece la cuantía. Por tanto, no basta con solo poner el guarismo, es imprescindible que se precise con un mínimo de detalle, la génesis del valor. En las próximas líneas, trataremos de establecer los parámetros que se deben tener en cuenta para estimar y razonar la cuantía tal como lo exige la ley.

Empero, antes de ingresar al análisis del tema, es necesario aclarar que la estimación razonada de la cuantía no puede ser confundida con el juramento estimatorio del monto de los perjuicios de que trata el artículo 10º de la Ley 1395 de 2010, pues, en el primer caso se trata de un factor para determinar la competencia, el cual está sometido a unos parámetros muy precisos y que precisamente se estudian en las líneas siguientes, al paso que el segundo evento es una tasación anticipada de todos los perjuicios sin discriminarlos en pretensiones y con el único fin de que funjan como un medio probatorio anticipado que invierte la carga de la prueba y acarrea sanciones en caso de que dicho monto sea fijado con temeridad o mala fe; temeridad o mala fe que se evidenciarían ante una diferencia ostensible de dicho monto frente a la regulación que hiciera el Juez. Por lo anterior, consideramos erróneo que se inadmita la demanda para que se realice el juramento estimatorio referido, toda vez que no es un requisito de demanda en forma sino un medio probatorio del cual se puede valer el demandante con el objeto de aligerar su carga probatoria.⁵⁹⁷

Ahora bien, conforme lo estudiamos anteriormente, la demanda a través de la cual se ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe contener al menos dos de tres pretensiones, así:

Ahora bien, conforme lo estudiamos anteriormente, la demanda a través de la cual se ejerce la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, debe contener al menos dos de tres pretensiones, así:

⁵⁹⁷ En este error incurrió el Tribunal Administrativo del Quindío en providencia del diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011), Magistrado Ponente: Luis Javier Rosero Villota, Acción: Reparación Directa, Demandante: Libia Montoya Rojas, Demandado: Departamento del Quindío y Municipio de Armenia, Radicado: 63-001-2331-000-2011-00117-00.

- a. La nulidad del acto administrativo que vulnera el derecho subjetivo.
- b. El restablecimiento del derecho que consiste en precaver un daño cierto futuro o en recuperar el “*statu quo*” perdido.
- c. La reparación del daño, en caso de que este se concrete, a través de una indemnización de perjuicios.

Sin perder de vista el literal C descrito, el artículo 134E del CCA, en su inciso primero consagra:

“Para efectos de competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación hecha por el actor de la demanda. Sin embargo, en asuntos de carácter tributario, la cuantía se establecerá por el valor de la suma discutida por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones.

Para los efectos aquí contemplados, se aplicarán las reglas de los numerales 1 y 2 del artículo 20 del código de procedimiento civil”.

Ahora bien, la nueva normativa modifica en dos aspectos lo que se acaba de transcribir. En efecto, en el inciso primero del artículo 157 del CPA se advierte que no se puede tener en cuenta la estimación de los perjuicios morales para efectos de determinar cuantía, salvo que estos últimos sean la única pretensión. Y, por otro lado, ya no hay remisión expresa a los numerales 1 y 2 del artículo 20 del CPC

De lo anterior se colige lo siguiente:

- a. Si el acto administrativo que se demanda impone una multa, el monto de la misma es el que establece la cuantía del proceso y determina la competencia del Juez respectivo, en caso de que el actor solo se refiera a la sanción pecuniaria.
- b. Si el daño se concretiza o materializa, el monto de los perjuicios que surgen como consecuencia de tal hecho, es el que determina la cuantía del proceso. Sobre la estimación razonada de la cuantía, el consejo de Estado ha dicho “Vale decir, que cuando se pretende, por ejemplo, una indemnización de perjuicios, la formulación de dicha pretensión no es correcta ni suficiente cuando se limita a expresar ‘Que se condene al pago de los perjuicios materiales que resulten probados dentro del proceso’. No; se debe hacer no solo el estimativo del valor de lo así pretendido, porque sobre ese valor girará parte de la controversia desde

el punto de vista probatorio, sino que deberá indicarse este, por razones de congruencia, ya que el juzgador no podrá conceder más de lo pedido, sin incurrir en *ultra petita*".⁵⁹⁸

Ahora bien, la posición expuesta por el aparte jurisprudencial transcrito se nos antoja contraria a la teoría del estándar mínimo del daño que expone Juan Carlos Henao y que se explicará más adelante cuando abordemos el tema del daño en la acción de reparación directa. Consideramos que el grado de precisión que se exige en el aparte jurisprudencial a que se hace referencia se predica para el acápito cuantía, no para las pretensiones, dado que de conformidad a la teoría anotada es posible solicitar que se indemnice por los demás perjuicios que resulten probados en el proceso. Es por esta razón que consideramos de vital importancia que se diferencien las pretensiones con el acápito cuantía.

Con un ejemplo se puede ilustrar de una manera más precisa lo prescrito por la jurisprudencia transcrita, veamos: Un servidor público es removido de su cargo ilegalmente, por lo tanto, este demanda la nulidad del acto administrativo que lo desvincula y a título de restablecimiento del derecho, se solicita que sea reintegrado al cargo y que se declare que no existió solución de continuidad. Seguidamente también solicita que se le repare el daño a través de una indemnización de perjuicios. Si el demandante solamente hace esta afirmación, se quedará corto en la determinación de la cuantía que se colige de la reparación del daño⁵⁹⁹, por lo tanto deberá ser más preciso; es a esto a lo que hace referencia el numeral 6to del artículo 137 del CCA y el numeral 6to del artículo 162 del CPA; así:

Perjuicios materiales:

Lucro cesante⁶⁰⁰

Los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento en que fue desvinculado del cargo y hasta el momento en que sea reintegrado efectivamente al cargo respectivo⁶⁰¹, cuyo monto al momento de presentar esta

⁵⁹⁸ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia de junio 24 de 1.992.

⁵⁹⁹ Que para efectos de controversias del orden laboral la cuantía se infiere del lucro cesante, tal como se advierte más adelante, aunque el nuevo código parece que complica este panorama.

⁶⁰⁰ Si se entiende como el dinero o ganancia que debía percibirse en condiciones normales, el interés que se deja de percibir como fruto de un capital tendría esta connotación.

⁶⁰¹ En caso de solicitud de reintegro y pago de los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir a título de lucro cesante, es importante tener en cuenta que la jurisprudencia en ocasiones ha desnaturalizado dicha pretensión generando lo siguiente: si en el interregno visualizado entre la desvinculación y el reintegro efectivo, el actor ocupó otro u otros cargos públicos, en la sentencia se descuenta el salario y las demás prestaciones sociales recibidas por este u estos, ya que ningún servidor público puede recibir más de un salario proveniente del erario público. (Consejo de Estado, Sentencia del 16 de mayo de 2002, Expediente 19001-23-31-000-397-000-01 (1659/01), Consejera ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Sección Segunda). Es por lo anterior que se debe tener claro que el pago de los salarios y prestaciones sociales en el evento de reintegros

demanda asciende a: \$, ya que mi mandante percibía tanto de salario, tanto por vacaciones, tanto por cesantías, tanto por intereses a las cesantías, etc.

Esta estimación la deberá hacer el demandante mes por mes, a partir del momento de la desvinculación y hasta el momento de la presentación de la demanda. Luego suma todos los meses (constitutivos de salarios y prestaciones sociales) que lleva desvinculado y el gran total genera la cuantía correspondiente en materia laboral, sin tener en cuenta el daño emergente o los perjuicios inmateriales, tal como se anotará más adelante, aunque el nuevo código es ambivalente en este aspecto y así lo advertiremos en su momento.

Daño emergente

Se deberá argumentar que dinero se tuvo que utilizar a partir de que perdió su trabajo, para continuar solventando su necesidad, por ejemplo: se tuvo que seguir cotizando a la E.P.S., para no perder su derecho a acceder en un futuro a una mesada pensional. El pago mensual asciende a tanto. Este rubro en materia laboral no tiene ninguna incidencia en el acápito cuantía, empero, es una pretensión legítima en este tipo de controversias, sin embargo, el nuevo código no es claro en este tópico, es decir, en la inclusión o no del daño emergente para calcular la cuantía en materia laboral, situación sobre la cual nos pronunciaremos más adelante.

Perjuicios inmateriales

Antes de observar su clasificación es importante anotar en este punto que este tipo de perjuicios no se tienen en cuenta en el acápito cuantía del libelo, en materia de controversias laborales, dado que en tales conflictos solo se tiene en cuenta el lucro cesante, tal como se precisará más adelante. Ahora, será menester aclarar en su momento que el nuevo código no es diáfano en este asunto.

Morales

Por el dolor espiritual, la aflicción y el apesadumbramiento que le genera al actor la pérdida del empleo, 100 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes⁶⁰².
Alteración en las condiciones de existencia o daño a la vida de relación

no oficia en la pretensión restablecimiento del derecho sino en la reparación del daño como indemnización, por ende no hay doble asignación al tesoro público, dado que lo que trabajó mientras se profería la sentencia se percibió como consecuencia de una relación laboral, al paso que la condena dictada en la providencia se obtiene a título de indemnización, por ende, los orígenes de las sumas son diferentes y compatibles.

⁶⁰² A través de pronunciamiento del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, sentencia del 6 de septiembre de 2001, los perjuicios inmateriales se fijan en salarios mínimos y no en gramos oro.

Porque pasó de poseer un cargo en las altas esferas de una entidad pública a conducir un taxi, 400 salarios mínimos mensuales vigentes.

Es pertinente anotar que los montos máximos que de manera reiterada, salvo excepciones, reconoce el Consejo de Estado en materia de perjuicios inmateriales son: para perjuicios morales 100 smlmv⁶⁰³ y para la alteración en las condiciones de existencia 400 smlmv⁶⁰⁴. Por tanto, cuando en la cuantía se establecen montos mayores a los señalados, el juez de oficio los disminuye y le da al proceso el tratamiento de instancia según le corresponda de acuerdo a los topes establecidos por la ley, en caso contrario operaría una burla a las normas de competencia por el factor cuantía, toda vez que estarían sometidas al capricho del demandante quién inflaría el monto de los perjuicios inmateriales con el único propósito de obtener una doble instancia ficticia. Sin embargo, lo anterior no es óbice para pensar que en la sentencia no se podrían reconocer montos mayores a los topes anotados⁶⁰⁵, siempre y cuando esos topes mayores hayan sido pedidos en el capítulo de pretensiones y probados en el curso del proceso, habida cuenta que una cosa es la cuantía y otra cosa son las pretensiones como se advirtió líneas atrás. A pesar de lo expuesto, el Consejo de Estado en reciente providencia confunde pretensiones con cuantía, lo que implica que el Juez pierde control sobre la misma y esta podría terminar siendo fijada por el actor de manera arbitraria. La tesis que se critica fue planteada por la alta Corporación de la siguiente manera:

Ahora bien, la exigencia planteada por el a quo relativa a la limitación de los perjuicios del orden moral dentro de los parámetros trazados jurisprudencialmente, advierte la Sala, que la misma desconoce la libertad con que cuenta para formular de manera autónoma el monto y la magnitud de aquéllos, los cuales, en cada caso concreto,

⁶⁰³ Considerando que el salario mínimo mensual en Colombia se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor, se considera que el valor del perjuicio moral, en los casos en que este cobre su mayor intensidad, puede fijarse en la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales, que en la fecha de esta sentencia corresponde a veintiocho millones seiscientos mil pesos (\$28'600.000), cantidad que servirá de directriz a los jueces y tribunales de la misma jurisdicción". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación: 13.232-15.646. Actores: Belén González y Otros-William Alberto González y otra. Demandados: Nación-Ministerio de Transporte, Instituto Nacional de Vías, Inviás. Bogotá, D.C., seis de septiembre de dos mil uno. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2001, páginas 2235 a 2274.

⁶⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 19 de 2000. Expediente 11.842. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2000, páginas 1949 a 1954. Ver también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicación No 41001 23 31 000 1993 07585 01 (30114). Actor: José Ámbito Alarcón y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Ejército Nacional.

⁶⁰⁵ En caso de tortura, trato violento, sevicia, brutalidad, impunidad, atrocidad, barbarie, maltrato al menor de edad, o al indefenso, entre otros comportamientos rechazados por la humanidad, se podrían superar los topes reconocidos por la jurisprudencia utilizando parámetros internacionales, como las sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

corresponderá estimar de manera fundamentada y razonada a la parte demandante, sin que sea dable por parte del juez desplazar en dicha actuación al demandante.

En ese orden de ideas, tal y como lo precisó la Sala en reciente decisión, existe plena libertad de la parte actora en la formulación de las pretensiones y el monto de las mismas; corresponderá en la respectiva oportunidad –sentencia- determinar si el perjuicio deprecado se encuentra debidamente acreditado en las proporciones especificadas en la demanda o, si por el contrario, deben desestimarse o tasarse en los términos efectivamente demostrados a lo largo del proceso.⁶⁰⁶

Como una pálida reacción del legislador frente a la creación de cuantías falsas para alterar la competencia, el inciso primero del artículo 157 del CPA, impide que se tenga en cuenta la estimación de los perjuicios morales para determinar cuantía, cuando los mismos vayan acompañados de otras pretensiones. Aunque es loable el esfuerzo del legislador, el mismo se quedó corto toda vez que si la única pretensión son los perjuicios morales, la cuantía queda en manos de la arbitrariedad del demandante. Por otro lado, nada se dijo sobre el daño a la vida de relación, pretensión de carácter inmaterial que también puede ser utilizada como un mecanismo idóneo para alterar cuantías por su indeterminabilidad pecuniaria, es decir, el valor puede ser asignado por el demandante sin límite alguno. Por tanto, insistimos, aunque el legislador no lo haya contemplado expresamente, el Juez puede limitar los montos que se establezcan por el demandante cuando los mismos no comulguen con los precedentes jurisprudenciales, con el fin de respetar la competencia funcional.

Ahora, cuando el Consejo de Estado a través de sus decisiones fije nuevos límites en materia de reconocimiento de perjuicios que superen los toques máximos, la cuantía podrá incrementarse hasta dichos toques. Sin embargo, se reitera, esto no significa que las pretensiones no puedan superar con creces dichos parámetros de carácter pretoriano.

Para finalizar este punto, es menester advertir que en todo caso el tipo de daño también debe contemplarse en el acápite cuantía en relación con los perjuicios inmateriales y en conexión con el precedente jurisprudencial, esto es, dependiendo del detrimento patrimonial será el guarismo que se establezca en dicho aparte del libelo. Por ejemplo: Si el actor calcula la cuantía con base en los perjuicios morales

⁶⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., veintitrés (23) de julio de dos mil siete (2007), Expediente No.: 630012331000200601059 01. Numero interno: 33.762. Actor: José Jesús García Tamayo. Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Proceso: Acción de Reparación Directa.

en 100 SMLMV por el dolor que se le ocasionó con la fractura de su pie izquierdo, el Juez podrá limitar dicho monto hasta el máximo reconocido en dichos casos, dado que el libelista está solicitando una suma alejada a los precedentes jurisprudenciales, pues dicho monto solo se ha reconocido en los casos más graves como muerte o paraplejia⁶⁰⁷. Esta facultad judicial solo opera cuando se evidencia una alteración en la competencia funcional.

Los anteriores criterios que prohijábamos en materia Contencioso Administrativa fueron acogidos en la Jurisdicción Ordinaria, pues el Código General del Proceso, en el último inciso del artículo 25, estableció lo siguiente: “Cuando se reclame la indemnización de daños extramatrimoniales se tendrán en cuenta, solo para efectos de determinar la competencia por razón de la cuantía, los parámetros jurisprudenciales máximos al momento de la presentación de la demanda”.

2. En responsabilidad contractual y extracontractual del Estado:

Es menester advertir que en acciones de reparación directa o contractual, cada uno de los perjuicios relacionados en el acápite anterior se constituye en una pretensión individualmente considerada, por tanto, solo el perjuicio que genere el monto mayor a indemnizar, será el constitutivo de la cuantía⁶⁰⁸. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En el acápite concerniente a la estimación razonada de la cuantía del proceso, la parte actora señaló un monto de 500 salarios mínimos, correspondientes a la sumatoria de perjuicios morales (100 SMLMV) y perjuicios por daño a la vida de relación (400 SMLMV).

Frente al anterior cálculo y sumatoria de perjuicios, advierte el Despacho que no pueden tenerse en cuenta para efectos de establecer la cuantía del proceso, dado que se trata de pretensiones individuales que devienen de un perjuicio diferente, y por consiguiente su acumulación en tal sentido, es indebida.

De este modo, la pretensión mayor está dada por la solicitud de perjuicios por concepto de daño a la vida de relación a favor del demandante, calculados en un monto de 400 salarios mínimos legales mensuales [...]⁶⁰⁹

⁶⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicación No 41001 23 31 000 1993 07585 01 (30114). Actor: José Ámbito Alarcón y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Ejército Nacional.

⁶⁰⁸ [...] El señalamiento de la cuantía tiene por objeto determinar la competencia del Juez y el procedimiento a seguir, aspectos que han de quedar definidos desde el comienzo de la controversia y que no pueden variar por apreciaciones posteriores del Juez o de las partes. [...] El Juez debe tener en cuenta las pretensiones contenidas en la demanda, así como la estimación razonada de la cuantía. La cuantía se define por el valor de la pretensión mayor. Los perjuicios por daño moral, daño a la vida de relación, daño emergente y lucro cesante son pretensiones autónomas. [...]”. Consejo de Estado del 11 de mayo de 2006, Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez, Radicado interno 32.380. Actor: José Humberto Rubio Conde.

⁶⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá D.C., enero veintiséis

Sin embargo, si son varias las personas constitutivas de la parte demandante, solo el perjuicio mayor de una de ellas individualmente considerada será el determinante de la cuantía, salvo, si el conjunto de personas solicitan la reparación del daño de manera global, en cuyo caso será el perjuicio mayor de tal reparación ⁶¹⁰. Por otro lado, cuando se pida para la sucesión, esta opera como si fuera un miembro de la parte demandantes con sus pretensiones debidamente individualizadas.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo ratifica la posición legislativa de que la pretensión mayor es la que determina la competencia por cuantía, cuando se acumulan varias pretensiones, así lo establece el inciso segundo del artículo 157 del CPA en los siguientes términos: Para los efectos aquí contemplados, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones, la cuantía se determinará por el valor de la pretensión mayor.

La forma como se estime la cuantía, determinará la competencia en el proceso. Sin embargo no incidirá con lo pretendido, ya que las pretensiones abordan la manera como se repara el daño, teniendo en cuenta, los perjuicios que sean debidamente probados, es decir, el juez accede a lo que se pida y se pruebe en el juicio. Como corolario, tal como se ha venido reiterando en el transcurso de este tema, es imposible equiparar cuantía con pretensiones, son dos capítulos diferentes de la demanda con naturaleza jurídica propia e implicaciones procesales diferentes.

Es necesario advertir que la cuantía se estima hasta el momento de la presentación de la demanda, sin tener en cuenta los réditos o frutos accesorios que se generen durante el trámite del proceso y hasta cuando sea efectivamente restablecido el derecho, tal como sucede con la corrección monetaria ⁶¹¹. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Por consiguiente, cuando el numeral 1° del artículo 20 del Código de Procedimiento Civil señala que no pueden tenerse en cuenta los perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda, debe entenderse que se está refiriendo a aquellos valores que aún no se han causado, y que el actor pretende le sean reconocidos como consecuencia necesaria y directa del no pago oportuno de las sumas reclamadas como principales, tal es el caso, por ejemplo, de la corrección monetaria; lo que se justifica en virtud del principio de la reparación integral del daño. ⁶¹²

(26) de 2006, Radicación: 630012331000200501430-01. Expediente No. 32103. Actor: Iván Peña Yaima. Demandado: Presidencia de la República y otros.

⁶¹⁰ El Código de Procedimiento Civil señala que cuando son varios los perjuicios que se tipifican, el perjuicio que constituye el monto mayor será el que determine la cuantía del proceso (Numeral 2° del artículo 20 del C. de P. C.).

⁶¹¹ El numeral 1° del artículo 20 del C. de P.C., establece que la cuantía se determina hasta el momento de la presentación de la demanda.

⁶¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 3 de 2001.

Esta regla fue ratificada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el inciso cuarto del artículo 157, en los siguientes términos: “La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella”.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha señalado que los perjuicios que conforman las pretensiones principales están integrados por el daño emergente y el lucro cesante, tanto el consolidado como el futuro y por los perjuicios inmateriales, tal como lo disponen los códigos civil y de procedimiento civil (CPC), que se aplican analógicamente a los procesos contencioso administrativos.⁶¹³ Sin embargo, en la práctica las demandas dejan abierta la liquidación de los perjuicios materiales y solo sugieren la aplicación de las fórmulas de matemática financiera aceptadas por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, por ende, la cuantía termina fijándose con base en los perjuicios inmateriales.

3. En Laboral:

El antiguo código era muy claro al consagrar: “para efectos laborales, la cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses multas o perjuicios reclamados”. (Inciso tercero del artículo 134E del Código Contencioso Administrativo). Por tanto, en el evento en que se incluyeran frutos, intereses, multas, o perjuicios (intereses por mora) que se derivaran de la eventual condena, se debía inadmitir la demanda y ordenar que se corrigiera la estimación razonada de la cuantía. Sin embargo, la indexación o actualización monetaria no estaba proscrita por la norma, por tanto, era perfectamente viable incluirla en la estimación razonada de la cuantía.

Ahora bien, es necesario manifestar que en materia laboral no se podía tener en cuenta en la cuantía todos los perjuicios principales con el objeto de identificar cual correspondía a la pretensión mayor, toda vez que solo para los casos consagrados en el inciso primero del artículo 134E del CCA se aplicaba el numeral segundo del artículo 20 del CPC

Como corolario, en este punto se aplicaba el último inciso del artículo 134E del CCA que producía efectos en materia laboral y que solo hacía referencia al lucro cesante. Lo anterior se infiere de una armonización de su tenor literal, pues inicialmente se refiere a todo tipo de acreencias laborales y luego a lo dejado de percibir en

Expediente 12.338. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2001, páginas 1247 a 1251.

⁶¹³ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto, Expediente 36849 de agosto 6 de 2009, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

materia pensional, de lo que se colige que la excepción confirma la regla general, esto es, la primera parte se circunscribía a lo dejado de percibir por cualquier tipo de prestación social o salarial sin ningún límite y la segunda a lo dejado de percibir desde que se causó la prestación periódica de carácter indefinido hasta que se presente la demanda sin pasar de tres años.

En este punto es pertinente anotar que cuando eran varios los demandantes, se sumaba el lucro cesante de uno solo para establecer la cuantía.

Sin perder de vista lo expuesto en los párrafos anteriores, es menester advertir que el nuevo código no estableció esta norma en materia laboral, por ende, podría pensarse que con el advenimiento de la nueva normativa, en este ámbito, se pueden incluir frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados al momento de la demanda, lo que complica el panorama para determinar la cuantía en estos eventos, pues la misma no se circunscribirá al lucro cesante solicitado y el libelista debería individualizar la pretensión mayor. Ahora bien, cabe aclarar que lo esgrimido en este párrafo no aplica para prestaciones periódicas de carácter indefinido, tal como se precisa a continuación.

4. Prestaciones periódicas de carácter indefinido:

Es menester tener en cuenta que si se trata de prestaciones periódicas de carácter indefinido que solo se pierden con la muerte o con la terminación de una relación laboral de carácter indefinido, el valor se determina desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años⁶¹⁴. Para cumplir con lo anterior, lo lógico es que se considere la fecha desde que adquirió el derecho y se cuenten máximo tres años hacia adelante, de tal manera que los puntos de terminación del conteo sean la presentación de la demanda o la finalización del tercer año, de conformidad a lo que se llegue primero. Obviamente, en este evento no se incluyen frutos, intereses, multas o perjuicios diferentes al lucro cesante, ya que la excepción se refiere específicamente al pago de prestaciones periódicas de término indefinido.

El Consejo de Estado nos ilustra lo expuesto en el párrafo anterior, con el siguiente ejemplo, aclarando previamente que el 75% es el porcentaje a que equivale la mesada y que se tienen en cuenta 42 mesadas y no 36, que es lo que correspondería al número de meses por los tres años, pues hay que tener en cuenta 6 mesadas más que corresponden a las adicionales que se pagan en junio y diciembre de cada año, así:

⁶¹⁴ Sobre este punto es necesario tener claridad que esto no tiene que ver nada con la prescripción trienal de que habla el Código Procesal del Trabajo, la cual se tiene en cuenta al momento de dictar sentencia en materia de prestaciones periódicas y que se establece cuando el interesado interpone la petición correspondiente en sede administrativa, teniendo en cuenta el momento en que se obtuvo el derecho, es decir, la petición interrumpe la prescripción pero se pierden los años causados antes del trienio interrumpido.

“Como queda claro en la demanda lo pretendido por el actor es que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión gracia a partir del 1º de junio de 1995, de tal manera que teniendo en cuenta que de conformidad con los artículos 131 y 132, numeral 6, literal b) del Código Contencioso Administrativo, la cuantía de estos procesos relativos al pago de prestaciones periódicas de término indefinido como pensiones de jubilación o de invalidez, se determina “[...] por lo que se pretenda según la demanda, desde cuando se causaron hasta la presentación de la misma sin pasar de tres años”. (Se destaca) así:

Fecha a partir de la cual el actor considera tener derecho: 1º de junio de 1995 (folio 4). Salario devengado por el actor al momento de realizar la solicitud: \$610.274. (fl. 94)

CUANTIA del proceso: $\$610.274 \times 75\% \times 42 \text{ mesadas} = 19'223.610$ ”.⁶¹⁵

Consideramos que es al actor en cada caso concreto, a quien le corresponde estimar en la forma indicada líneas atrás la cuantía, en tratándose de prestaciones periódicas de carácter indefinido. No es al Juez a quién le corresponde realizarla a motu proprio teniendo en cuenta lo pretendido, habida cuenta que se trata de una justicia rogada y la estimación razonada de la cuantía en forma adecuada es una carga procesal que, como tal, si no se realiza, tiene consecuencias nocivas para el demandante, así: una inadmisión de la demanda y, si no hay corrección de la misma, un rechazo inminente. El juez administrativo no puede inclinar la balanza en favor del demandante elaborándole el cálculo de la cuantía, porque automáticamente está perjudicando al demandado y, por tanto, vulnerando su derecho fundamental al debido proceso.

Todo lo expuesto en materia de prestaciones periódicas fue ratificado en el último inciso del artículo 157 del CPA, en los siguientes términos: “Cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones, la cuantía se determinará por el valor de lo que se pretenda por tal concepto desde cuando se causaron y hasta la presentación de la demanda, sin pasar de tres (3) años”.

Es importante acotar que el inciso segundo del artículo 198 de la Ley 1450 de 2011, señala que la cuantía se determinará por el valor del cálculo actuarial que realice el demandante en lo atinente al pago de prestaciones periódicas de carácter indefinido, empero, no aclara que alcance tiene la expresión “cálculo actuarial”, por tanto, esta fórmula resulta confusa y puede afectar el acceso efectivo a la administración de justicia por el advenimiento de eventuales inadmisiones y rechazos de demanda por no corrección en debida forma.

⁶¹⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, subsección A, Consejera Ponente: Ana Margarita Olaya Forero, Actor: Otoniel Salazar Franco, 2 de septiembre de 2004, Rad. 63001-23-31-000-2003-00621-01 (1027-04).

5. La cuantía se observa al momento de la presentación del recurso:

A pesar de que la cuantía se estima al momento de la presentación de la demanda, en un capítulo correspondiente a la misma, es pertinente anotar que en materia de recurso de apelación, solo se tiene en cuenta al momento de la presentación del mismo, esto es, a pesar de que la cuantía se haya elaborado, por ejemplo en el 2002, y el recurso de apelación se interponga en el 2005, serán los salarios de este último año los que se tendrán en cuenta y no los del 2002. Esta posición es lógica por tres razones, así:

- La cuantía es un factor para determinar la competencia de conformidad a la importancia del asunto por su valor, importancia que se disminuye a medida que ese valor pierde su poder adquisitivo.
- Las normas sobre competencia hacen parte de las leyes que regulan la ritualidad de los procedimientos, por tanto son de aplicación inmediata y en este sentido se encuentra diseñada la Ley 446 de 1998 en materia de cuantía como factor para determinar la competencia, en armonía con lo contemplado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, tal como lo explica el Consejero de Estado Jesús María Lemos Bustamante en los siguientes términos:

No se puede aplicar ni la cuantía ni la normatividad vigente al momento de la presentación de la demanda porque la ley 446 de 1998 dispuso, en su artículo 164, inciso 4º, que: "... los procesos en curso que a la vigencia de esta ley eran de doble instancia y quedaren en única, no serán susceptibles de apelación a menos que el recurso se hubiere interpuesto". Además de que una aplicación parcial de la norma implica un rompimiento del principio de inescindibilidad de la materia pues se estaría aplicando una norma vigente al momento del recurso pero con base en situaciones anteriores, lo que implica darle efecto retroactivo a la norma.

Las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Todo proceso está integrado por una serie de actos sucesivos enlazados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo, no constituye una situación consolidada sino en curso. Por lo tanto las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos

procesales que ya se hayan cumplido de conformidad con la ley antigua sean respetados y queden en firme.⁶¹⁶

- Por otro lado, las reglas de competencia por el factor cuantía son de aplicación inmediata en cada etapa procesal y constituyen una excepción al principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, por tanto, en virtud de la ley se pueden modificar durante el transcurso del proceso sin que se pueda alegar vulneración del debido proceso, tal como ocurre con las normas de competencia consagradas en la Ley 446 de 1998 (art. 40 y ss.), cuando precisan la cuantía en salarios mínimos legales mensuales sin especificar un momento procesal específico, lo que equivale a suponer que el monto variará dependiendo de la instancia procesal en que se encuentre el proceso. El Consejo de Estado en reciente jurisprudencia explica sobre el particular lo siguiente:

Y aunque la *perpetuatio jurisdictionis*, principio legal, tiene como regla la inmodificabilidad de ciertos derechos de las partes, como los relativos a la competencia del juez que ha de decidir la litis, a que el proceso se desarrolle conforme a la ordenación ritual y a que no se alteren las actuaciones fundamentales del mismo y se determina al momento de la interposición de la demanda (art. 21 del CPC), el mismo legislador puede excepcionar la regla que es, de naturaleza procesal y de aplicación inmediata. Por ello la doctrina ha dicho, en palabras del profesor Devis Echandía, quien citó a Chioventa, que “La *perpetuatio jurisdictionis* no existe frente a las nuevas leyes procesales, y solo se aplica para las circunstancias de hecho que determinan la competencia en razón con estos factores: valor, territorio, domicilio y calidad de las partes. Si la nueva ley cambia la competencia o la rama jurisdiccional que debe conocer del proceso, tiene aplicación a los procesos en curso.”⁶¹⁷

El Consejo de Estado en un asunto muy puntual ha tomado la posición anotada, así:

⁶¹⁶ Salvamento de voto a Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejero Ponente: Dr. Jaime Moreno Mejía. Expediente 08001-23-31-000-2001-02191-01, Actor: José Augusto Calvache Guerrero. Referencia: 7678-2005 (p-3)- Bogotá, veintiocho de marzo de dos mil seis. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2006, páginas 1385 a 1390.

⁶¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Bogotá D.C., dos (2) de marzo de dos mil seis (2006). Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00502-01. Actor: Myriam López Valencia y otros. Referencia: Expediente 32.309.

En el proceso de la referencia el recurso de apelación fue presentado el 20 de octubre de 1.998, por lo que de manera consecuente este proceso de reparación directa tendría doble instancia siempre y cuando su cuantía excediere la suma de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales (132 CCA modificado por el artículo 40 ley 446), esto es \$101.913.000.

En el capítulo de estimación razonada de la cuantía se señaló que la pretensión mayor era de 2.000 gramos de oro fino; para el 20 de octubre de 1998, fecha en que se presentó el recurso, el precio del gramo oro era de \$15.201,56; por lo que la cuantía en el proceso de la referencia asciende a treinta millones cuatrocientos tres mil ciento veinte pesos (\$30.403.120), suma que resulta inferior a la requerida para el trámite de la doble instancia.⁶¹⁸

Sin embargo la posición anterior no es unánime y en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado tiene en cuenta la cuantía al momento de la presentación de la demanda y no al momento de la presentación del recurso, lo que a nuestro modo de ver riñe con la lógica de disminución valorativa y entrada inmediata de vigencia de las normas de competencia, argumentos que expusimos en líneas anteriores, así: “observa el despacho que el negocio no tiene vocación de segunda instancia por cuanto la pretensión mayor fue expresada en veinticuatro millones de pesos (\$24'000.000=) para el día de presentación de la demanda (16 de abril de 2001), suma inferior a la exigida para esa fecha, año en el cual la cuantía para la segunda instancia era de veintiséis millones trescientos noventa mil pesos (\$26'390.000.00)”⁶¹⁹ Desafortunadamente esta última tesis tuvo acogido en el Código General del Proceso, tal como se lee en el penúltimo inciso del artículo 25, así: “El salario mínimo legal mensual a que se refiere este artículo, será el vigente al momento de la presentación de la demanda”.

6. Consecuencia jurídica de la no estimación de la cuantía:

La demanda se inadmitirá con el objeto de mandar a corregirla para que se incluya el acápito cuantía en debida forma y, en caso de que no se realizare en el término que estipula la ley o la cuantía se estimara de manera errónea, será rechazada por no corrección o indebida corrección.

⁶¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá D.C., febrero 5 de 1999, Consejero Ponente: Daniel Suarez Hernández, Referencia: expediente No. 15912, Actor: Wilson Cárdenas Rojas, Demandado: Caja Departamental de Previsión Social del Quindío.

⁶¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., 12 de agosto de 2005, Referencia, Expediente número 29.477, Radicación No. 63001233100020010038301, Actor: Sergio Sepúlveda Montoya, Demandado: Municipio de Armenia y Otros. Naturaleza: Apelación sentencia de Reparación Directa.

Ahora, podría pensarse que en caso de que la demanda no incluya un acápite denominado cuantía, la acción será de simple nulidad, el restablecimiento del derecho se perderá y, por ende, la reparación del daño no operará, tal como lo consagra el inciso 2do del artículo 134E del código contencioso Administrativo: “En las acciones de nulidad y restablecimiento no podrá prescindirse de la estimación razonada de la cuantía, so pretexto de renunciar al restablecimiento”. Esta fórmula fue reiterada en el inciso tercero del artículo 157 del CPA

La anterior posición expuesta en el párrafo anterior riñe frente a los postulados de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 de la Constitución), por tanto, con el advenimiento de la Constitución del '91 es inaceptable la aplicación del mencionado inciso del artículo 134 E del CCA y por ende, debe ser inaplicado mediante la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4to de la Carta Magna.

Ahora bien, si se incluye la cuantía pero esta se encuentra mal estimada o la estimación es insuficiente e incluso, si no se hace tal estimación a pesar de que en el tenor literal del libelo se contempla un acápite denominado cuantía donde solo se consagra el guarismo sin explicar su origen, se inadmite la demanda y al actor se le dan 5 días para que corrija la misma.

Finalmente cabe advertir en este numeral que si se pasa por alto mandar a corregir el libelo porque carece del acápite cuantía o porque la cuantía está mal estimada, el Juez tendrá que obtener de oficio durante la instancia pertinente, la cuantía del proceso y, en caso de que carezca de competencia en virtud del análisis realizado, deberá decretar la nulidad de todo lo actuado por falta de competencia funcional de oficio y remitir al competente el proceso. En estos eventos nunca se presentan conflictos de competencia, porque en todos los casos finalmente será el superior quién decida la suerte proceso, ya sea aceptando la remisión del inferior o devolviendo o enviando el proceso por primera vez, según el caso.

7. En materia tributaria:

La cuantía de los procesos tributarios no se calcula según el mayor valor que debe pagar el contribuyente por impuestos, tasas contribuciones o sanciones. El artículo 134E del CCA y el artículo 157 del CPA señalan que hay que tener en cuenta la suma discutida del impuesto, tasa, contribución o sanción contenida en el acto administrativo objeto de la litis, si es el único monto estimado por el actor. Ahora, si son varios los montos objeto de controversia, se suman todos

hasta la presentación de la demanda y el resultado será la cuantía del proceso, como sería el caso de un contribuyente que demanda la liquidación oficial de revisión por liquidarle un mayor valor de impuesto, más intereses, más la sanción por inexactitud impuesta.⁶²⁰ Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, quién agrega que no es necesario que el acto administrativo respectivo liquide los intereses, basta la orden de reconocimiento y, por otro lado, en caso de que el acto administrativo los liquide, el Juzgador los deberá sumar a la cuantía del proceso. Veamos aparte pertinente de tal pronunciamiento:

En ese orden, se infiere que no es solo con el valor de la suma discutida por concepto de mayor impuesto, tasa, contribución o sanción, que se establece la competencia por razón de la cuantía en los procesos de naturaleza tributaria, sino que está determinada además, cuando así lo señale el actor, por el valor de los frutos, intereses, sean estos moratorios o corrientes, multas o perjuicios que se hayan causado con anterioridad a la presentación de la demanda.

En efecto, al estimarse por el actor en el acápite de la cuantía, junto a la suma discutida por concepto de mayor impuesto y de la sanción por inexactitud, el valor de los intereses moratorios causados, hasta la presentación de la demanda, la cuantía del proceso se encuentra determinada por la suma total de dichos conceptos. Por tanto, al fijarse la cuantía del proceso en \$149.848.542, el presente asunto supera los 300 salarios mínimos exigidos por la ley, con lo cual, queda radicada la segunda instancia en esta corporación.

Por lo demás, respecto a la posición adoptada por la sección, según la cual los intereses solo constituyen valor para determinar la cuantía en un proceso tributario, cuando así el acto demandado en la parte resolutive los haya establecido expresamente, cabe hacer las siguientes precisiones:

- i. Que tal posición opera para aquellos eventos en que el actor no haya tenido en cuenta los intereses al momento de fijar la cuantía del proceso cuando estos fueron liquidados expresamente en el acto acusado, es decir, cuando el actor solo fijó la cuantía del proceso tomando como referencia el valor de la suma discutida por concepto de mayor impuesto, tasa, contribución o sanción, existiendo en ese mismo acto demandado la liquidación expresa de los intereses, pues, en

⁶²⁰ Ver: Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del quince (15) de febrero de 2002, expediente 12130, Consejera Ponente: Dra. Ligia López Díaz y Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del diecinueve (19) de julio de 2002, expediente 13007, Consejero Ponente: Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié.

tal caso la liquidación de intereses deberá sumarse con los conceptos anteriores para fijar la cuantía del proceso. Lo anterior, sin perjuicio de un mayor valor que resultare de la aplicación de otros conceptos, conforme al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

- ii. Que no es necesario que la liquidación oficial de revisión y la resolución que la confirma, efectúen de manera expresa en su parte resolutive la liquidación de los intereses, pues, basta que se ordene su reconocimiento y pago para que estos integren la cuantía del proceso.⁶²¹

Es pertinente advertir que el monto discutido por concepto de mayor impuesto, tasa, contribución o sanción e intereses es una pretensión principal única (daño emergente), así este dividido por períodos; tampoco se pueden clasificar las pretensiones por la clase de impuestos. En materia tributaria se aplica el numeral primero del artículo 20 del CPC o el inciso primero del artículo 157 del CPA, el cual se comenta en el numeral siguiente⁶²².

Ahora bien, el monto discutido en materia tributaria se deduce del efecto económico que genera la liquidación oficial en el patrimonio del contribuyente, tal como lo ha expuesto el Consejo de Estado⁶²³, así:

- **Efecto económico presente y determinado:** La cuantía está sujeta a la diferencia entre la declaración privada y la liquidación oficial, es decir, cuando la administración liquida un mayor impuesto por pagar o un menor saldo a favor del contribuyente. Es presente, porque, una vez ejecutoriada, la liquidación oficial surte efectos económicos para el contribuyente y para el Estado. Y es determinado, porque en la liquidación oficial el valor es evidente y concreto.
- **Efecto económico presente y neutro:** Cuando el valor discutido por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones en la liquidación resulta de la operación aritmética que propone la autoridad tributaria y discrepa de la operación propuesta por el contribuyente, pero es igual al valor declarado por impuestos, tasas, contribuciones y sanciones en la

⁶²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto de 5 de febrero de 2009. Radicación 17078. Consejero Ponente: Dr. Héctor J. Romero Díaz. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2009, páginas 758 a 760.

⁶²² Consideramos errónea posición en el sentido anotado pronunciada por el Tribunal Administrativo del Quindío del primero de febrero de 2008, Magistrado Ponente: William Hernández Gómez, Radicación: 63-001-2331-000-2007-00134-00, Demandante: William Quintero Ospina, Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN–.

⁶²³ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Auto 25000232700020080006601 (17847) de septiembre 23 de 2010, Consejero Ponente: Hugo Bastidas. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2011, páginas 222 a 224.

liquidación privada. El efecto económico es presente y neutro, porque el valor determinado oficialmente es igual al declarado por el contribuyente, de manera que, al quedar ejecutoriada, la liquidación oficial surte efectos para el contribuyente, pero no para el Estado.

- **Efecto económico futuro y determinable:** Se da en la medida en que los conceptos que la autoridad tributaria desconoce en la liquidación oficial tienen repercusiones a futuro que se reflejarán cuando se presenten los denuncios tributarios subsiguientes al que fue objeto de glosas.

8. En todos los eventos:

El numeral 1ro del artículo 20 del código de procedimiento civil dispone: “Determinación de la cuantía: La cuantía se determinará así:

Por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella”. Se colige entonces que tampoco se podrán incluir montos accesorios que se causen después de la demanda, empero, esto en todos los eventos, no solo en los asuntos laborales, contractuales o de reparación directa. Esta fórmula fue reiterada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el inciso cuarto del artículo 157 del CPA, en los siguientes términos: “La cuantía se determinará por el valor de las pretensiones al tiempo de la demanda, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios, que se causen con posterioridad a la presentación de aquella”.

E. Aspectos puntuales sobre la presentación de la demanda

1. El artículo 88 del C de P.C., el cual se puede aplicar por la remisión contemplada en el artículo 267 CCA y el artículo 306 CPA, prevé la posibilidad de sustituir y retirar la demanda antes de que se notifique su admisión. Estas figuras son de utilidad cuando no hay premura en el término de caducidad en relación con la inclusión de nuevos demandantes, empero, si la demanda se presentó en las postrimerías de tal término, es mejor no acudir a la sustitución cuando hay que agregar nuevos miembros de la parte demandante o se altera alguno de los requisitos de procedibilidad contempla la normativa superior, porque la demanda que se sustituye es muy posible que se presente una vez haya caducado la acción respecto a los recién llegados. Esta figura es regulada en el artículo 174 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde se agrega el hecho de que no se hubieren practicado medidas cautelares,

así: El demandante podrá retirar la demanda siempre que no se hubiere notificado a ninguno de los demandados ni al Ministerio Público y no se hubieren practicado medidas cautelares.

Esta consecuencia, en relación con el retiro de la demanda y su presentación con nuevos demandados, en lo que tiene que ver con la caducidad de la acción, fue contemplada en el CPA en lo atinente a la reforma de la demanda, pues allí se puntualiza que frente a nuevas pretensiones deberán cumplirse los requisitos de procedibilidad (Numeral 3º del artículo 173).

Sin perder de vista lo anterior es menester advertir que el retiro de la demanda implica que el término de caducidad continúa su recorrido en caso de que se haga efectivo. A contrario sensu, la reforma de la demanda no implica que la caducidad se continúe contabilizando, dado que la presentación del libelo que se reforma no se ve afectada.

2. Cuando el término de caducidad de la acción se encuentre prácticamente finiquitado, es posible presentar una demanda que reúna los requisitos mínimos sustanciales para ser admitida ⁶²⁴, aunque su contenido sea precario ya que se puede adicionar antes de que se admita la demanda cuantas veces sea necesario ya que no existe limitación legal ⁶²⁵, teniendo cuidado de que se anuncien los documentos que se pretenden hacer valer, y se alleguen antes de su admisión⁶²⁶. En este evento y respecto a la decisión atacada, se podrá acudir a la petición especial de que habla el inciso 4to del artículo 139 del CCA o el inciso segundo del artículo 166 del CPA, es decir, solicitar que el tribunal o el juez, le pida a la entidad demandada copia del acto administrativo impugnado antes de que sea admitida la demanda o indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio web de la respectiva entidad para todos los fines legales.

3. De conformidad al artículo 89 del C. de P.C. y al artículo 173 del CPA, el término para reformar por una sola vez la demanda se da después de notificado el auto admisorio de la demanda y surtido su traslado, que para el caso del proceso contencioso Administrativo y a la luz de lo contemplado en el antiguo Código Contencioso Administrativo, es el término de 10 días que dura la fijación en lista. En lo que respecta al nuevo código el aludido término es de 30 días, contados a partir del día siguiente de la notificación del auto admisorio de la demanda a cada

⁶²⁴ Que se demande personas jurídicas, que no se equivoque la acción, que el término de caducidad no haya operado, que no se demande un acto administrativo que resuelve un recurso de revocatoria directa y que se acusen decisiones administrativas susceptibles de ser controladas en sede jurisdiccional. Aún más, que no exista cosa juzgada o pleito con el mismo objeto.

⁶²⁵ incluir nuevas pretensiones, nuevas pruebas o nuevos hechos, por ejemplo.

⁶²⁶ normalmente el término de admisión puede oscilar entre dos o tres meses en los tribunales Administrativos más eficientes, frente a los Jueces aún no hay datos exactos por su novedad.

una de las partes, por ende, es un término individual (Artículo 172 del CPA). Es importante tener en cuenta que el término de fijación en lista solo se da luego de que se haga la notificación personal a la parte demandada del auto admisorio. Si esta está conformada por varias personas, solo se fijará dicho término una vez se notifique a la última de ellas. Es pertinente anotar que el término de fijación en lista no opera automáticamente al día siguiente de la última notificación sino de conformidad a la planeación que maneje el respectivo Juzgado o Corporación. De igual manera, el interesado (el demandante), deberá depositar los gastos ordinarios del proceso dentro del término que se estipule en el auto admisorio, en caso contrario, se podría dar el desistimiento tácito. Es por todo lo anterior que un expediente puede permanecer en Secretaría varios meses mientras se pagan los gastos ordinarios y se hace la notificación personal, antes de que comience a correr el término de fijación en lista o se inicie el traslado individual pertinente de la demanda y sus anexos, si estamos en presencia de la nueva normativa.

4. Cuando se presente el evento de que el signatario de la demanda se halle en lugar distinto a donde ocurrieron los hechos y el término de caducidad este por expirar, lo cual no le da la posibilidad de autenticar el libelo y remitirlo al despacho judicial de destino (art. 142 CCA), se podrá presentar la demanda ante el tribunal o juez administrativo que opere en la localidad, quién lo remitirá al competente, empero, el término de caducidad se encontrará interrumpido desde la presentación del libelo (art. 143, inc. 4to, CCA y art. 168 del CPA); así se evita que se vean truncados los derechos del demandado. Ahora bien, es necesario señalar en este punto que con el advenimiento de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, en la práctica se presenta una suspensión del término de caducidad por un término límite de tres meses, lo que implica que en la práctica se haya restado un poco la utilidad de la figura que se analiza en este numeral.

5. Conforme a lo dispuesto por el artículo 70 del Código Civil, modificado por el artículo 62 del Código de régimen político y municipal, sí el término de la caducidad se extingue un día inhábil, el mismo se extenderá hasta el primer día siguiente. Sin embargo es preciso tener cuidado con la vacancia judicial, ya que en algunos tribunales, la oficina judicial, que es donde se presentan personalmente las demandas, nunca entra a vacaciones (como es el caso del Departamento del Quindío), ya que sus funcionario tienen vacaciones individuales, por lo tanto, a pesar que el juez administrativo o el tribunal administrativo entren a gozar de vacancia judicial colectiva, el demandante deberá presentar la demanda dentro del término de caducidad, porque la oficina judicial se reitera, opera continuamente. Por lo tanto el artículo 70 del código Civil solo se aplica para fines de semana o festivos, en algunos distritos judiciales del país.

IV. Precisiones sobre el control jurisdiccional de los actos administrativos (art. 82, CCA y art. 104, CPA).

A. La Jurisdicción contencioso-administrativa controla todos los actos administrativos, ya sean estos de carácter general o particular, o el resultado de la potestad discrecional o reglada.

B. La Jurisdicción contencioso-administrativa podrá juzgar la legalidad de los actos políticos o de gobierno (Inciso 2do del artículo 82 del CCA y numeral 5° del artículo 104 del CPA), cuya naturaleza se ha considerado como meramente administrativa, es decir, como una modalidad de actos administrativos⁶²⁷, por lo tanto, los actos que emite el presidente de la República en el manejo y conducción de las relaciones internacionales, las relaciones del Jefe del estado con los demás poderes, el llamamiento a elecciones, la declaratoria de guerra exterior, entre otros, son controlables por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Clásicos ejemplos de actos administrativos políticos o de gobierno son los Decretos Gubernamentales que declaran Estados de Excepción. Sin perder de vista lo expuesto en este literal, es importante precisar que los actos gubernamentales no son técnicamente administrativos, pues los primeros se encargan de los intereses de toda la nación al paso que los segundos de la operatividad administrativa como la construcción y mantenimiento de carreteras, sin embargo son considerados como tales para evitar su ausencia de control jurisdiccional.

C. Las decisiones de responsabilidad fiscal (Ley 610 de 2000) y las disciplinarias son controlables por la Jurisdicción contencioso administrativa, salvo, en este último caso, las que se profieran por el Consejo Superior o los Consejos Seccionales de la Judicatura. (Último inciso del artículo 82 del CCA), ya que son providencias de naturaleza jurisdiccional. Esta última precisión no la realiza el nuevo código pero se mantiene incólume.

D. Cuando la Policía actúa en procura de mantener o restablecer el orden público, en sus diferentes manifestaciones: tranquilidad, salubridad, moralidad y ornato, está ejerciendo procesos, profiriendo actos y ejecutando operaciones meramente administrativas, por lo tanto tales actuaciones son controlables ante la Jurisdicción Contenciosa. Las providencias dictadas en juicios de policía, son de naturaleza jurisdiccional, por lo tanto, no son controlables (Numeral 3° del artículo 105 del CPA). Esto es cuando la policía actúa como un tercero y dirime los conflictos entre dos particulares, tal como sucede en la ocupación de hecho o las contravenciones especiales de policía. Al respecto el Consejo de Estado precisa lo siguiente: “En materia de policía, la regla general es la naturaleza

⁶²⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de noviembre 15 de 1984

administrativa de las decisiones. Solamente cuando las autoridades diriman una controversia entre dos partes en conflicto, previo un trámite especialmente regulado por la ley, se estará en presencia de una decisión proferida en juicio de policía, la cual se sustrae de esta jurisdicción”.⁶²⁸

Aunado a lo anterior, la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo precisó:

“Lo expuesto explica que las decisiones que se profieran en ejercicio de los poderes de policía, o bajo el supuesto de ejercerlos, necesariamente están sujetas a control jurisdiccional, como todos los Actos Administrativos, con la sola excepción de los de mero trámite que no pongan término al procedimiento administrativo.

Solo excepcionalmente se ha admitido, desde la Ley 99 de 1919 hasta la actualidad (art. 82 del CCA), que las decisiones proferidas en juicios civiles y penales de policía no pueden ser objeto de control jurisdiccional, siempre que estos procesos sean regulados directa y exclusivamente por la ley y tengan un carácter paralelo o semejante a las Sentencias, denominado por el Consejo de Estado, en Sentencia de 20 de agosto de 1976, para jurisdiccional.

Los procesos civiles de policía tienen partes contrapuestas, se adelantan mediante un procedimiento que se asemeja a los de carácter jurisdiccional y la Sentencia hace tránsito a cosa juzgada formal, así la decisión definitiva de la controversia, eminentemente civil, deba referirse a los jueces competentes de la jurisdicción ordinaria. Un claro ejemplo de estos procesos es el contemplado por la ley 57 de 1905 y el Decreto 992 de 1930, sobre ocupación de hecho.

Los juicios penales de policía, que también deben ser regulados por la ley, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, expuesta en la mencionada Sentencia, consisten en los procesos penales adelantados por las autoridades policivas y, sobre todo, en las contravenciones especiales de policía, prescritas por el Decreto Ley 522 de 1971, que tienen carácter parajurisdiccional [...]”.⁶²⁹

⁶²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 5 de diciembre de 2002, exp. 5507, C.P.: Camilo Arciniegas Andrade.

⁶²⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Bogotá D.C., Concepto de 26 de febrero de 1992., Radicación No 425. Consulta del Ministerio de Gobierno, relacionada con el procedimiento aplicable a los procesos de restitución de bienes de uso público (Ley 9 de 1989, art. 67). Anales, Tomo XCI p. 282

La doctrina ha enumerado de manera meramente enunciativa los eventos constitutivos de juicios de policía, veamos:

En nuestro ordenamiento existen varios “juicios civiles de policía regulados por la ley”, que escapan al control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Como tales se han calificado las querellas entre particulares tendientes a la recuperación del status, mediante el ejercicio de las acciones policivas reguladas en el Código Nacional de Policía y de las normas que lo complementan⁶³⁰; los procesos policivos para amparar la posesión, la tenencia o una servidumbre⁶³¹; conflictos jurídicos entre particulares, relativos al ejercicio de las servidumbres mineras y a la perturbación y despojo en la exploración y explotación mineras, por lo cual las decisiones que adopten dichas autoridades administrativas tienen por excepción naturaleza judicial y no administrativa.⁶³²

Es importante, finalmente, hacer hincapié en este punto en el hecho de que las autoridades de policía ejercen una función netamente administrativa (preservar el orden público), por ende los juicios de policía son una excepción y deben estar expresamente contemplados en la ley.

E. Los actos académicos que se profieran en los centros de educación públicos, como por ejemplo: la fijación de calendarios académicos; fijación de planes de enseñanza o educación; sistema de calificaciones; exámenes y matrículas; títulos y grados; sanciones disciplinarias; etc., no son controlables ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Esta es una faceta de la autonomía universitaria y se concretiza en las funciones propias de los entes universitarios que a nuestro modo de ver también se proyecta en los demás centros educativos públicos, esto es: la investigación, la extensión y la docencia⁶³³. Ahora, es posible que al interior de los procesos académicos

⁶³⁰ Sección Primera, Consejera Ponente: Olga Inés Navarrete Barrero, Bogotá, julio veinticinco (25) de dos mil dos, radicación número: 47001-23-31-000-2001-0619-01 (7904).

⁶³¹ Corte Constitucional. Sentencia T-149 del 23 de abril de 1998. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁶³² Corte Constitucional. Sentencia C-063 del 1 de febrero de 2005. Ver también: RAMÍREZ RAMÍREZ, Jorge Octavio, Ensayo: Objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Escrito publicado al interior de la obra “Juez Director del Proceso Administrativo”, Primera Parte. Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa–, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Obra en proceso de publicación. Página 67.

⁶³³ “En sentencia C-220 de 1997 la Corte dejó entrever que por regla general las actividades universitarias implicaban el ejercicio de actividad administrativa, pero que, sin embargo, del ejercicio autónomo universitario se desprendían algunas funciones calificadas como “esenciales” a las cuales podía no atribuirse naturaleza administrativa, en razón de que no correspondían con la típica imposición jerárquica de los entes públicos, ni mucho menos con una actividad ordinaria del Estado, si se trata de universidades públicas. Estas funciones esenciales, que no comparten la naturaleza de las administrativas, son la docencia, la investigación y las actividades de extensión. Significa lo anterior, desde la perspectiva de nuestra disciplina, que para la

de los centros de educación públicos se vulneren derechos fundamentales como el debido proceso, en cuyo evento es perfectamente viable la acción de tutela como mecanismo principal pues, tal como se viene comentando, no hay control jurisdiccional.

F. Los actos administrativos que profieran la rama legislativa y la rama judicial son controlables ante la jurisdicción contencioso administrativa, como por ejemplo, un nombramiento de un auxiliar de magistrado. Así mismo, la orden de promulgación de una ley y la operación administrativa consecuente, concerniente en la impresión y publicación en el Diario Oficial de dicha ley, son asuntos que atañen a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo⁶³⁴.

G. Los actos que profieran las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta son excepcionalmente administrativos, ya que por regla general se rigen por el derecho privado para hacer de sus actividades más expeditas y competitivas dentro de una economía de mercado y se encuentran ausentes del ejercicio de prerrogativas públicas (arts.16, numeral 1 y art. 23, numerales 17 y 18 del C. de P.C.).

A pesar de lo anterior la jurisdicción competente en estos eventos es la jurisdicción contencioso administrativa en virtud de la modificación que sufrió el artículo 82 del CCA como consecuencia del advenimiento de la Ley 1107 de 2006, empero, en materia de sociedades de economía mixta, para que la jurisdicción contenciosa sea la competente deberán poseer igual o más del 50% de capital público. Esta regla fue reiterada en el nuevo Código Contencioso Administrativo, específicamente en el párrafo del artículo 104.

Ahora, a pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, si la sociedad de economía mixta posee menos del 50% de capital público, el criterio que imperara para determinar la jurisdicción competente será el material, es decir, en la medida en que se cumplan funciones administrativas, la jurisdicción competente será la jurisdicción especializada. Por tanto, en este punto es importante advertir que solo serán actos administrativos si implican el ejercicio de prerrogativas públicas (decisión previa y ejecución de oficio).

Es importante resaltar que si se trata de actos de naturaleza privada será la acción de controversias contractuales o la acción correspondiente del Código de Procedimiento Civil la aplicable en estos casos y bajo la égida del antiguo código será tramitada por el proceso ordinario contencioso, en virtud de lo contemplado en la última parte del último inciso del artículo 206 del CCA, tal como sería el

Corte las únicas actividades excluidas del control jurisdiccional contencioso administrativo serían éstas, calificadas como esenciales dentro de la autonomía universitaria, y no todas las funciones de los entes públicos universitarios". SANTOFIMIO GAMBOA Tomo III. *Op. cit.*, p. 97.

⁶³⁴ Ver: Corte Constitucional, Sentencias C-025 de 2012 y C-076 de 2012.

caso de deslindes y amojonamientos, pertenencias, servidumbres, etc. Mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no se pueden acusar actos de naturaleza privada. Es de aclarar que la nueva normativa volvió al criterio material de competencia en relación con las acciones civiles, por ende, estas se tramitan ante los jueces ordinarios, así una de las partes involucradas en la controversia sea una entidad pública (Inciso primero del artículo 104 del CPA). Por último, no hay que olvidar que los miembros de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta, en su mayoría son trabajadores oficiales cuya relación laboral se gobierna por el código sustantivo del trabajo y la jurisdicción competente es la ordinaria laboral.

H. Las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios de carácter estatal o que sean de economía mixta con un capital social de naturaleza pública igual o superior al 50%, profieren en su mayoría actos de naturaleza privada, ya que los actos administrativos de autorización para que ellas operen los profiere la respectiva entidad territorial⁶³⁵. Por lo tanto tales actos son controlables por la Jurisdicción Privada. Sin embargo, los actos administrativos que profieran son controlables ante la jurisdicción contencioso administrativa, toda vez que emanan de una entidad pública o de una entidad con mayoría de capital social público. Por otro lado los contratos que celebren se controlan ante la jurisdicción contenciosa administrativa siempre y cuando incluyan o hayan debido incluir cláusulas exorbitantes (Numeral 3° del artículo 104 del CPA). Las conclusiones expuestas en este párrafo emanan de lo dispuesto en la Ley 1107 de 2006, que modificó el artículo 82 del CCA⁶³⁶ y el artículo 104 del CPA

Sin perder de vista lo anterior, sobre este punto es importante recalcar lo siguiente: si los actos son de naturaleza privada, a pesar de que el criterio material es el imperante y, por ende, la jurisdicción competente es la ordinaria, será la acción de responsabilidad contractual o extracontractual o la acción correspondiente del Código de Procedimiento Civil la aplicable y, en todo caso, regida por el procedimiento civil ordinario y ante los jueces ordinarios. Lo anterior es lógico dado que a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no se puede acusar un acto privado.

Sobre la naturaleza jurídica de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, es importante explicar lo siguiente: **la regla general**, consiste en que se aplican las normas de derecho privado a los actos, hechos, operaciones y contratos de las empresas de servicios públicos domiciliarios, de cuya legalidad conocerá la justicia ordinaria, siempre y cuando no sean entidades públicas o

⁶³⁵ Ver: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Expediente 15.685, Bogotá 18 de marzo de 1999

⁶³⁶ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto 30903 de febrero 8 de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil B.

sociedades de economía mixta con un capital social de naturaleza pública igual o superior al 50% y la controversia gire en torno a actos administrativos o contratos que incluyeron o debieron incluir cláusulas excepcionales, tal como se explicó líneas atrás (Artículo 104 del CPA y Artículos 17 y 32 de la Ley 142 de 1994). Como corolario, es importante establecer los eventos al interior de los cuales este tipo de entidades expiden actos administrativos y, por ende, se constituyen en una **excepción** a la regla general expuesta, así:

1. Los actos originados en el contrato de servicios públicos domiciliarios relacionados con la prestación del servicio a los usuarios, los de negativa a celebrar contrato, los que ordenen su suspensión o terminación o deciden el corte del servicio o la facturación, por ser actos administrativos impugnables mediante recursos en vía gubernativa. (Artículos 128 y 154 de la Ley 142 de 1994).⁶³⁷
2. Los contratos suscritos por las empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter privado que incluyan cláusulas exorbitantes (Artículo 31, Ley 142 de 1994 y parágrafo, artículo 8° de la Ley 143 de 1994).
3. Los actos y contratos que tengan por objeto el uso del espacio público, la ocupación temporal de inmuebles, la promoción de constitución de servidumbres y la enajenación forzosa de los bienes que se requieran para la prestación del servicio. (Artículo 33 de la Ley 142 de 1994).

A pesar de la claridad de las excepciones expuestas, el Consejo Superior de la Judicatura ha realizado una serie de interpretaciones para dirimir conflictos entre jurisdicciones, donde ha ampliado el alcance de tales disposiciones, a nuestro modo de ver, de manera discutible, habida cuenta que agrega connotaciones que el legislador no tuvo en cuenta. Al ser excepciones de competencia deberían ser interpretadas de manera restrictiva, literal y sin abrir paso a la analogía, ya que son reglas de orden público y como tales deben brindar seguridad jurídica. Los pronunciamientos que el Consejo Superior de la Judicatura ha realizado y que se critican en este punto son los siguientes: “La ocupación permanente de inmuebles es una enajenación forzosa por omisión en la presentación de oferta y trámite legal de expropiación”.⁶³⁸

⁶³⁷ Sobre el particular, el profesor Betancur Jaramillo explica: “[...] 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 (arts. 128 y ss. De la ley 142) y de aquellos que contengan cláusulas exorbitantes (art. 31); 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 agotamiento de la vía gubernativa (con reposición ante el autor del acto y apelación ante la Superintendencia Nacional de Servicios Domiciliarios), sino también de control ante la jurisdicción administrativa. Adscribiendo a la jurisdicción ordinaria, (más accesible al público en general como que en cada localidad existe un juez ordinario), el resto de los asuntos.” Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Señal Editora, página 117.

⁶³⁸ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, 11 de marzo de 2004, Bogotá D.C. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Campo Soto. Conflicto negativo de jurisdicción: Juzgado Cuarto Civil Vs.

Del aparte jurisprudencial transcrito se infiere que la ocupación permanente de inmuebles ya no es de competencia de la justicia ordinaria sino de la contenciosa, lo que transgrede la normativa superior, esto es: el artículo 33 de la Ley 142 de 1994, el cual se refiere solo a la ocupación temporal de inmuebles. El otro pronunciamiento polémico es el siguiente: “El uso del espacio público implica un deber de mantener adecuadamente las instalaciones construidas en uso de esta facultad, por tanto los daños los conoce la contenciosa”.⁶³⁹

Del pronunciamiento anterior se infiere que prácticamente todos los daños que ocasionan las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de carácter privado se derivan del uso del espacio público, ya sea por tendidos de redes eléctricas, alcantarillado, etc. Lo que ocasiona que la excepción se convierta en la regla general. Es evidente que el uso del espacio público se manifiesta cuando se requiere la instalación de tales parafernalias, pero en nuestro concepto, luego de instaladas no pueden ser entendidas como usufructuarias del mismo, toda vez que hacen parte integrante de él.

4. Los contratos que relaciona el artículo 39. Núm. 1 de la Ley 142 de 1994, referidos a la concesión para el uso de recursos naturales o del medio ambiente o para el acceso al espectro electromagnético y el servicio de telecomunicaciones.⁶⁴⁰

5. Los contratos que celebren las entidades territoriales con las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios del sector de carácter privado, para la prestación de dichos servicios directamente o en reemplazo de otras que entran en causal de disolución o liquidación⁶⁴¹ (artículo 3° de la Ley 689 de 2001).

Finalmente, cabe acotar que si se trata de empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios cuyo capital social público es inferior al 50%, se deberá contemplar el criterio material para determinar la competencia, en otras palabras, si son actos privados conoce la justicia ordinaria, empero, si son actos

Tribunal Administrativo del Quindío. Rad. 2004027801 183–19.

⁶³⁹ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, 30 de julio de 2004, Bogotá D.C., Magistrado Ponente: Rubén Darío Henao Orozco. Juzgado Cuarto Civil del Circuito del Quindío Vs. Tribunal Administrativo del Quindío. Rad. 20020530 01–18.

⁶⁴⁰ Estas excepciones se coligen de providencias como la S.701 del 23 de septiembre de 1997, Sala Plena del Consejo de Estado, Anales del Consejo de Estado, tercer trimestre de 1997, págs. 775 a 824 y la del 27 de enero del año 2000, Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque, Exp. 16708, las cuales permanecían vigentes pero solo en materia de empresas de carácter privado por la entrada en vigencia de la ley 1107 del 2006. Sin embargo, con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se retornó al criterio material, por tanto, las excepciones anotadas adquieren plena vigencia en todos los ámbitos.

⁶⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 30 de septiembre de 2004. Expediente 25. 453. Consejera Ponente: Dra. Nora Cecilia Gómez Molina. Revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2004, páginas 1960 a 1964.

sujetos al derecho administrativo, la autoridad jurisdiccional competente será la contencioso administrativa (Inciso primero del artículo 104 del CPA).

I.- Son incontrolables jurisdiccionalmente los actos de trámite (salvo que den por terminada de manera anticipada la actuación administrativa), preparatorios o de ejecución, porque de suyo no deciden de fondo absolutamente nada y, por ende, no generan controversia jurídica.⁶⁴² Es importante anotar en este literal que la ley puede establecer excepciones en materia de control jurisdiccional de este tipo de decisiones y, por ende, hacerlas acusables ante la jurisdicción contenciosa, tal como sucede con los actos administrativos preparatorios de carácter precontractual a la luz de lo dispuesto en el artículo 87 del CCA e inciso segundo del artículo 141 del CPA (pliego de condiciones, evaluación de ofertas, adjudicación del contrato, declaratoria de deserción del proceso de selección, etc.). Otro caso es la suspensión provisional de un cargo, ordenada por autoridad fiscal, la cual es un acto administrativo preparatorio dado que no resuelve de fondo el asunto y solo se constituye en una medida cautelar al interior de un proceso de responsabilidad fiscal⁶⁴³.

J.- Cuando la administración pública actúa dentro del ámbito de las otras ramas del poder público, de conformidad a lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 116 de la Constitución, sus actos son incontrolables por tener naturaleza jurisdiccional o legislativa, como por ejemplo: en materia de Decretos Legislativos o Decretos Leyes o realiza funciones jurisdiccionales, como por ejemplo actos en ejercicio de funciones jurisdiccionales de la dirección marítima o portuaria⁶⁴⁴ o de algunas superintendencias, tal es el caso de los procesos judiciales de competencia desleal adelantados ante la Superintendencia de Industria y Comercio (Artículo 49 de la

⁶⁴² Sobre este asunto, el tratadista Santofimio Gamboa expone lo siguiente: “[...] 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, 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”. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 161.

⁶⁴³ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección segunda, Subsección A, Sentencia de 4 de septiembre de 2008. Expediente 1528–2007. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2009, páginas 240 a 242.

⁶⁴⁴ “En lo atinente a la segunda función indicada (art. 5.27) si existe una atribución de competencias judiciales, pero ella, en su mayor parte, encaja en las previsiones del artículo 116 C.N., en cuanto a las materias a las que se contrae la función atribuida están claramente determinadas en la norma– investigaciones por violación a las normas de marina mercante, por siniestros marítimos, por violación a la normas de reserva de carga, por contaminación del medio marítimo y fluvial de su jurisdicción, por construcciones indebidas o no autorizadas en los bienes de uso público y terrenos sometidos a la jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria, e imposición de las sanciones correspondientes”. Corte Constitucional. Sentencia C–212 del 28 de abril de 1994. M.P.: José Gregorio Hernández Galindo.

Ley 962 del 2005).⁶⁴⁵ Sin embargo, el Consejo de Estado en reciente providencia se pronunció en el sentido de que las multas de la Superintendencia de Industria y Comercio a empresas de telefonía celular son actos administrativos, aunque en este evento el fundamento legal para la imposición de estas multas no es la Ley 962 de 2005 sino el Decreto 1130 de 1999.⁶⁴⁶

Ahora, es menester puntualizar que en ocasiones la administración actúa como legislador a través de la potestad reglamentaria (bajo el amparo de leyes marco o reglamentos constitucionales autónomos) y, sin embargo, dichos reglamentos siguen siendo actos administrativos controlables ante la jurisdicción contenciosa administrativa, a pesar de que tienen la misma fuerza normativa de la ley, esto es, pueden derogar o modificar actos con fuerza de ley (decretos legislativos o decretos leyes) o a la ley propiamente dicha, es decir, la emanada del Congreso de la República. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, a propósito de la potestad reglamentaria que posee el Banco de la República en materia cambiaria, veamos: “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 establecidas por el propio Congreso. Vale decir, que en esta materia la Junta actúa como legislador, en virtud del mandato constitucional”⁶⁴⁷.

V. La sentencia en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre este punto en particular, se deben tener en cuenta las siguientes premisas:

1. La sentencia que se dicte como resultado de esta acción produce dos clases de efectos: Generales en cuanto a la declaratoria de nulidad y relativos o interpartes en cuanto al restablecimiento de los derechos violados, ya que este solo beneficia y obliga a las partes que intervinieron en el proceso (CCA, art. 175 y CPA, art. 189).
2. La sentencia produce efectos retroactivos en la medida del restablecimiento del derecho, es decir, de la manera como se redacte en la demanda, de esta misma manera se hará efectivo a través de la providencia favorable para el demandante. La declaración de nulidad produce efectos hacia el futuro y solo el restablecimiento

⁶⁴⁵ Sobre el particular ver: SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, p. 80 a 85.

⁶⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 3 de mayo de 2007, expediente 90193-01, Consejero Ponente: Camilo Arciniegas Andrade.

⁶⁴⁷ 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.

del derecho determina los efectos hacia el pasado. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Otra cosa sucede en relación con las consecuencias a que puede llevar la anulación de un acto administrativo, segundo supuesto de hecho del artículo 38⁶⁴⁸, cuya lectura, contraria a la efectuada por el actor, en ningún momento limita la reparación o el restablecimiento de los daños causados o derechos conculcados después de la declaratoria de nulidad. No. Precisamente el legislador, previendo esta segunda posibilidad, separó la redacción de la norma buscando, de una parte, garantizar la estabilidad y seguridad jurídica en los asociados con la intangibilidad de las actuaciones amparadas por un acto administrativo posteriormente declarado nulo; y de otra, que los daños antijurídicos o los derechos cuya materialización o vulneración se desprendan de dicha declaratoria, pueden ser reparados o restablecidos, no desde el momento en que se profiera el fallo y hacia delante únicamente, sino desde su efectiva verificación, incluso si ella se retrotrae a un momento anterior a la expedición del fallo. Luego son diferentes los efectos en el tiempo de la anulación de los actos administrativos, que por orden del legislador solamente pueden ser *ex nunc*, y las consecuencias de la misma en cuanto a la reparación de daños o el restablecimiento de derechos que, dependiendo de las circunstancias, pueden tener efectos *ex tunc*, con lo cual, en manera alguna, el legislador ha desbordado lo prescrito en el artículo 90 constitucional.⁶⁴⁹

3. La sentencia hará procedente la indemnización de solo aquellos perjuicios que se precisen en la demanda, a lo sumo, deben estar plenamente acreditados, sin perjuicio de la teoría del estándar mínimo del daño que se analizará más adelante.

4. La declaratoria de nulidad es un prerequisite para entrar a restablecer, es decir, sin nulidad no puede haber restablecimiento y mucho menos reparación del daño. La doctrina explica sobre el particular lo siguiente: “La exclusión de un acto jurídico, del sistema normativo, exige procedimientos idóneos: no basta el simple cargo de ilegalidad. La anulación del acto administrativo es condición previa necesaria para el restablecimiento del derecho. En conclusión, es necesario que, previamente, desaparezca el acto acusado, fuente del daño antijurídico para el administrado, pues su reparación sería imposible de subsistir. La anulación pretende, sin más, eliminar la causa del daño”.⁶⁵⁰

⁶⁴⁸ Se refiere al artículo 38 de la ley 142 de 1994, sin embargo consideramos que es perfectamente aplicable este pronunciamiento respecto al artículo 85 del CCA por referirse ambas normas a la misma acción (nulidad y restablecimiento del derecho).

⁶⁴⁹ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-066 de febrero 11 de 1997.

⁶⁵⁰ LAMPREA RODRÍGUEZ, Pedro Antonio, Anulación de los Actos de la Administración Pública, Segunda

5. Es importante tener en cuenta que en la elaboración de la demanda es menester que en el acápite de las pretensiones se estipule la tipología de los perjuicios (Lucro cesante, daño emergente, morales, alteración en las condiciones de existencia, etc.) y en el acápite de las pruebas, se solicite la práctica de todos aquellos medios que acrediten la existencia de los perjuicios y su monto, es decir, las sumas de dinero que representan cada perjuicio.

6. De la manera técnica de elaborar la demanda depende la expedición de una sentencia favorable que restablezca el *statu quo* de la situación jurídica vulnerada y repare de forma integral el daño a través de una indemnización de los perjuicios causados (En caso de que no se trate de precaver un daño futuro cierto).

Por ejemplo, si se demuestra la existencia de un contrato realidad la indemnización debe ser integral, pues no estamos en presencia de una liquidación de prestaciones laborales sino de una indemnización equivalente a las mismas. Por ende, no opera la prescripción trienal laboral, entre otras cosas, porque la sentencia sería el origen del derecho y el momento a partir del cual debe contarse el término.⁶⁵¹ Lo anterior no puede predicarse de la reliquidación de pensiones, pues en este evento no se reconoce una indemnización, toda vez que dicha reliquidación y sus consecuencias se encuentra inmersa en el restablecimiento del derecho y no en la reparación del daño. Recordemos que en este último caso no se busca obtener lo dejado de percibir sino, una reliquidación pensional que se generaría como consecuencia de un aumento de la mesada pensional, por eso en estos eventos se dice que la reliquidación tendrá efectos a partir de la fecha que genere la prescripción trienal, al paso que en retiros del servicio si se busca el pago de lo dejado de percibir que es, ni más ni menos, un verdadero lucro cesante.

Por otro lado, el restablecimiento del derecho no necesariamente implica volver las cosas a su estado anterior, pues también puede buscar volver las cosas al estado en que debieron estar en caso de que el acto acusado se hubiere expedido en términos legales. Por ejemplo: En materia de reliquidación pensional, el restablecimiento consiste en revisar la mesada reconocida y reconocer el monto conforme a la ley desde que el interesado adquirió el status, sin perjuicio de la prescripción trienal que se explica en el siguiente numeral.

7. En relación con la prescripción trienal en materia laboral en el evento de la presentación de varios derechos de petición con el mismo objeto, es importante anotar que la sentencia debe tener en cuenta el último derecho de petición para declarar el momento a partir del

Edición, Corregida y Aumentada, 2004, Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá D.C.–Colombia, página 104.

⁶⁵¹ Consejo de Estado, Sección segunda, Sentencia 73001233100020000344901 (307405), febrero 19 de 2009, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez.

cual surte efectos fiscales el fallo, pues los anteriores derechos de petición pierden sus efectos de interrupción de la prescripción trienal al incoarse el último, dado que hicieron parte de otras actuaciones administrativas cuyas decisiones no fueron objeto de discusión ni en vía gubernativa ni en vía judicial.

CAPÍTULO V.

LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

(Art. 86, del CCA, art. 140, del CPA y art. 90 de la CP).

Introducción

Esta acción encuentra su fundamento constitucional en el artículo 90 de la Constitución Política, el cual reza en su inciso primero: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”.

Sin embargo es pertinente advertir que la reparación del daño a través de la indemnización de perjuicios no solo opera a través de la acción de reparación directa, también procede en las otras acciones donde esté de por medio el acaecimiento de un daño antijurídico, como en el evento de la ejecución de un acto administrativo declarado nulo (Acción de nulidad y restablecimiento del derecho) o a través del ejercicio de las cláusulas exorbitantes, en materia de ejecución de Contratos Estatales o de incumplimiento de las obligaciones contractuales (Acción Contractual).

I. Características

A.- No hay declaratoria de nulidad sino la reparación de un daño a través de una indemnización de perjuicios o una reparación *in natura* o ambas simultáneamente.

B.- Procede contra hechos administrativos (incluidas entre ellos las omisiones involuntarias) y las operaciones administrativas.

C.- El daño objeto de la reparación puede ser también el emanado de la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa. El Dr. Carlos Betancur Jaramillo, cita como ejemplos de ocupación temporal de inmuebles por causas distintas a obra pública, los siguientes: los de policía u orden público y la creación de reservas forestales⁶⁵². Sin embargo, en cuanto al actuar de la policía por orden público, es una operación administrativa y como tal, encuadra dentro de la regla general, lo mismo se puede argumentar de las reservas forestales.

D.- Tiene un término de caducidad de dos años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble o de cuando el demandante tuvo o debió

⁶⁵² Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Señal Editora

tener conocimiento del daño si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia (Numeral 8vo del artículo 136 del CCA y literal i del artículo 164 del CPA). Sin embargo es necesario hacer las siguientes anotaciones:

1. Es pertinente advertir que si se trata del delito de desaparición forzosa, los dos años empezarán a contabilizarse a partir del día siguiente a que aparezca la víctima o se emita el correspondiente pronunciamiento penal ejecutoriado, sin perjuicio de que pueda iniciarse a partir del día siguiente a la ocurrencia del hecho (Inciso 2do del numeral 8vo del art. 136 del CCA, adicionado por el art. 7mo de la Ley 589 de 2000 e inciso segundo del literal i del art. 164 del CPA). En todo caso, si el desaparecido no ha sido liberado o se sigue desconociendo su paradero, la conducta permanece en el tiempo, lo que implica que el delito no ha cesado y, por ende, la acción de reparación directa por desaparición forzada no caduca, aunque la desaparición se hubiere presentado antes de la entrada en vigencia del artículo 7mo de la Ley 589 de 2000⁶⁵³. Ahora bien, es pertinente anotar que no es necesario que haya una condena penal que responsabilice al Estado por la desaparición forzada, es decir, no se requiere identificar a los autores ni determinar su culpabilidad o su intención, sino que basta con que se compruebe el apoyo o la tolerancia con el hecho punible proveniente del Estado a través de indicios, por ejemplo, la inactividad del Estado a la hora de ubicar a las víctimas, vivas o muertas⁶⁵⁴.

2. Si se trata de daño en la integridad física, la caducidad se contabiliza a partir del día siguiente a aquel en que el perjudicado se dé cuenta de su problema fisiológico, tal como lo explica el Consejo de Estado en la siguiente forma: “[...] por ello se ha dicho que para aplicarla a un caso concreto, se tomará como punto de partida el conocimiento que el interesado tenga del hecho que desencadena la acción, o más exactamente de los daños cuya reparación se pretende”⁶⁵⁵. Por ejemplo, una es la fecha de la intervención quirúrgica y otra en la cual el paciente perjudicado se da cuenta que le dejaron el bisturí dentro de su organismo.

3. En el caso de la privación injusta de la libertad, el término de caducidad se iniciará a partir del día siguiente en que quede ejecutoriada la providencia que la torna como tal. El Consejo de Estado se pronunció en el anterior sentido en los siguientes términos: “En este evento, tal como lo señala el apelante, el conteo de

⁶⁵³ Consejo de Estado, Sección tercera, Auto 31135 de julio 19 de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Posición reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 41037 de julio 26 de 2011, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁶⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16337 de febrero 11 de 2009, Consejero Ponente: Myriam Guerrero de Escobar.

⁶⁵⁵ Consejo de Estado, Sentencia de agosto 6 de 1998, expediente 14749, Magistrado Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, Código Contencioso Administrativo, *Legis*, Página 254.

ese término solo puede empezar cuando está en firme la providencia de la justicia penal que declara la ocurrencia de uno cualquiera de los eventos señalados en el artículo 332 del Código de Procedimiento Penal, a saber: que el hecho no existió, que el sindicato no lo cometió, que la conducta no constituía hecho punible”.⁶⁵⁶

4. En materia de responsabilidad por obra pública, el bienio se empieza a contabilizar a partir del día siguiente de la finalización de la operación administrativa con la entrega de la obra, sin importar la liquidación del contrato; esto en caso de que dicha obra se hubiere iniciado como consecuencia de la suscripción del mismo. Lo anterior lo explica el Consejo de Estado de la siguiente manera: “[...]en este campo el perjuicio debe concretarse, nacer, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la ejecución de los trabajos, así puedan agravarse o continuar su ocurrencia con posterioridad a dicho bienio”.⁶⁵⁷

Ahora bien, solo hay dos eventos en materia de obra pública que rompen la regla general expuesta en el párrafo anterior. En efecto, cuando una obra pública es realizada por tramos o etapas, la finalización de cada etapa implica el nacimiento del término de caducidad, cuando al interior de la mencionada etapa se cause un daño o varios daños. En segundo lugar, cuando luego de transcurridos los dos años de que se habló en el párrafo anterior, aparecen deterioros por mala calidad de la obra que ocasionan daños, en este último caso, el término de caducidad corre a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, que en la práctica es cuando el afectado se da cuenta.

5. Es pertinente anotar que si en la corrección de la demanda se involucran nuevos demandantes, solo se admitirá la misma respecto a ellos si el término de caducidad no ha operado, esto es, si la presentación de la corrección se realiza dentro del término para incoar la acción respectiva, en caso contrario, tal corrección no será admitida por caducidad de la acción, dado que esta acción es personal (Numeral 3° del artículo 173 del CPA). *A contrario sensu*, no existe límite alguno cuando se trata de incluir nuevos demandados.

6. Si la acción caduca por cambios jurisprudenciales. Esto es, en el evento en que la jurisdicción contenciosa se hubiere declarado incompetente para conocer del proceso y hubiese remitido la demanda a la justicia ordinaria, la cual a su turno la rechaza por falta de jurisdicción, todo lo anterior a pesar de que la demanda se presentó en tiempo a la luz de lo contemplado en el numeral 8° del artículo 136 del CCA o en el literal i del artículo 164 del CPA, y posteriormente se modifica la

⁶⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de febrero 2 de 1996, Expediente 11.425, M.P. Daniel Suárez Hernández., Código Contencioso Administrativo, Hojas Sustituibles, *Legis*, Página 257.

⁶⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de enero 28 de 1994, expediente 8610, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo, Código Contencioso Administrativo, Hojas Sustituibles, *Legis*, Página 252-2.

posición y la jurisdicción contenciosa considera que si es competente para conocer del asunto, si se presenta nuevamente la demanda ante el contencioso deberá admitirse la misma en virtud del principio *pro damato* (a favor del demandante) y el término de caducidad no operará así formalmente hubiere ocurrido.⁶⁵⁸ Esta posición se ha hecho extensiva por la Corte Constitucional a la justicia ordinaria cuando se declara la nulidad de todo el proceso por falta de jurisdicción desde la admisión de la demanda, lo que no puede generar que se haga ineficaz la interrupción de la prescripción y opere la caducidad, pronunciamiento que se vertió en sentencia de exequibilidad condicionada del numeral 3° del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil⁶⁵⁹.

A pesar de lo expuesto en el párrafo anterior, lo descrito se nos antoja de poca ocurrencia en la actualidad porque la justicia ordinaria también debe remitir por falta de jurisdicción, por ende, en estos casos lo peor que puede ocurrir para el libelista es que se trance un conflicto negativo de competencia que finalmente será dirimido por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

7. Así mismo, es pertinente tener en cuenta que, al igual que lo manifestamos en el evento de daño a la integridad personal, el término de caducidad en todo caso solo empezará a correr a partir del día siguiente en que la víctima se dé cuenta del acaecimiento del hecho, en aquellos eventos en que no se constate simultáneamente con la ocurrencia del daño y se pruebe que era imposible constatarlo en ese momento (literal i del artículo 164 del CPA).

8. Antes de pasar a la siguiente característica de esta acción, no sobra criticar la reciente jurisprudencia de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo relacionada con el daño continuado y la imposibilidad de que opere el término de caducidad. El término de caducidad es de vital importancia para generar seguridad jurídica, sin embargo, con la teoría del daño continuado se burla dicho término. El daño continuado simplemente se predica de aquellos hechos dañinos cuyos efectos se prolongan en el tiempo y por ende, supuestamente

⁶⁵⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 27 de julio de 2007, expediente 29563.

⁶⁵⁹ “No obstante, tal como está concebida la norma acusada, esta también permite entender que la misma sanción procesal –ineficacia de la interrupción de la prescripción y operancia de la caducidad– es aplicable al demandante que ha acudido de manera oportuna y diligente a la justicia, cumpliendo con las cargas procesales que le imponen las normas legales, y sin embargo, debido a factores que no le son imputables, como pueden ser las discusiones doctrinarias o jurisprudenciales sobre las normas de competencia, se ve enfrentado a la pérdida de su derecho sustancial así como de la oportunidad para accionar. Este sentido, permitido por la configuración del segmento normativo acusado, resulta inconstitucional por imponer al demandante, que se encuentra en tal circunstancia, unas cargas desproporcionadas.” Sentencia C-227 de 30 de marzo de 2009. Magistrado ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2009, páginas 1138 a 1148.

se genera una prolongación del daño y la caducidad no camina hasta cuando cesen dichos efectos. En este evento el Consejo de Estado confunde la ocurrencia del hecho dañino como tal con los efectos que este produce. De conformidad a la norma que se analiza (numeral 8° del artículo 136 del CCA y literal i del artículo 164 del CPA), la caducidad empieza a correr a partir del día siguiente de la ocurrencia del hecho dañino, empero, con la teoría del daño continuado, existe incertidumbre de cuando empieza a correr el término plurimencionado con los consecuentes efectos nocivos para el Estado de Derecho. La teoría que se critica es explicada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Pues bien, el derrumbe o explosión del relleno sanitario “Doña Juana” se produjo el 27 de septiembre de 1997, es decir para la fecha de la presentación de la demanda de grupo, 16 de diciembre de 1999, según el tribunal la acción ya había caducado por haber transcurrido más de dos (2) años entre el daño y la presentación de aquella. Pero el Tribunal no tuvo en cuenta lo expuesto en la demanda, en el sentido de que los efectos del derrumbe no han cesado, es decir la acción vulnerante, causante del daño aún continúa. Y esta circunstancia hace por sí sola viable la admisión de la demanda, por cuanto admitida y agotada la etapa probatoria, el Juez analizará los diversos elementos persuasivos para llegar a una conclusión sobre la situación planteada.⁶⁶⁰

Bajo la tesis expuesta en el aparte jurisprudencial transcrito cualquier cosa puede ser daño continuado. Por ejemplo, una persona sabe de antemano que el Municipio convirtió el jardín de su casa en un Botadero de Basura y, sin embargo, no ejerce la acción a tiempo, empero como se trata “de un daño continuado”, toda vez que todos los días le tiran basura a su propiedad, podrá ejercer la acción en cualquier momento. Lo mismo se puede predicar de la falla médica, en el caso de una intervención quirúrgica que le ocasionó serias lesiones a un paciente, como estas lesiones se prolongan en el tiempo, se podrá presentar la demanda en cualquier momento. Es necesario ponerle coto a esta posición jurisprudencial, en caso contrario la acción de reparación directa en múltiples casos no caducará.

Por otro lado, es necesario aclarar que el daño continuado en lo atinente a la acción de grupo es una tesis aún más problemática, dado que la caducidad de las acciones de reparación directa y de restablecimiento del derecho se contabiliza a partir del día siguiente a aquel en que ocurrió el acto, el hecho, la omisión o la operación administrativa que produjo el daño. En cambio, en el caso de las acciones de grupo, se contabiliza desde el día siguiente al de la ocurrencia

⁶⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Magistrado Ponente: Nicolás Pájaro Peñaranda, Sentencia de marzo 9 del 2000, Expediente No. AP-017.

del daño (literal h del artículo 164 del CPA), situación que puede quedar en suspenso⁶⁶¹, tal como sería el caso de un deterioro continuo y progresivo de las viviendas de los demandantes con ocasión de una obra pública ⁶⁶².

E.- No existe en esta acción el agotamiento de la vía gubernativa puesto que la indemnización no podrá solicitarse (derecho de petición) a la entidad pública causante de la lesión del derecho, debido a que para que una entidad pública proceda a reconocer una indemnización de perjuicios se requiere de una orden judicial previa que así lo ordene, para que se proceda a hacer los movimientos presupuestales correspondientes y, por ende, exista un título ejecutivo que justifique el pago por parte del erario público (art. 346, inciso 2do de la Constitución Política)⁶⁶³. Por otro lado, provocar un pronunciamiento a través de un derecho de petición es modificar la causa del daño, esto es, de la operación o del hecho, al acto. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “En síntesis, el damnificado puede buscar las citadas vías de acuerdo prejudicial, pero no puede provocar un pronunciamiento administrativo para demandarlo luego en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, porque se repite, ello equivaldría ni más ni menos, a modificar la causas del daño”.⁶⁶⁴

Es pertinente recordar que un acta de conciliación es un título ejecutivo eficiente para los menesteres antes descritos. Aunque la conciliación en el contencioso administrativo es un requisito de procedibilidad para acudir en sede jurisdiccional con el objeto de obtener una indemnización de perjuicios a través de la acción de reparación directa, también es un mecanismo viable para obtener la disponibilidad y registro presupuestal correspondientes que legalicen la erogación pertinente.

Por otro lado, es necesario advertir que si la administración revoca un acto administrativo, no puede, en sede administrativa autoindemnizar los perjuicios que se le hubieren ocasionado mientras el acto estuvo vivo, será necesario que acuda a la vía jurisdiccional en acción de reparación directa atacando la operación administrativa correspondiente. A propósito de la acción de reparación directa cuando el titular es la entidad pública y el sujeto pasivo es el particular, la caducidad corre a partir del día siguiente en que ocurre el comportamiento dañino, aunado a que se sigue la regla general del conocimiento del daño cuando

⁶⁶¹ Ver: Consejo de Estado, Sentencia AG-029 de octubre 18 de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁶⁶² Corte Constitucional, Sentencia T-191 de marzo 20 de 2009, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas.

⁶⁶³ “Cuando se producen perjuicios por hechos u omisiones de una autoridad pública, el demandado podrá exigir su resarcimiento mediante la acción de reparación directa. Vale decir, no podrá reclamarle el reconocimiento a la entidad pública responsable porque ésta, en principio, no podrá auto condenarse al pago de tales perjuicios. Solo el juez administrativo podrá imponer esta condena”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 4 de septiembre de 1997, exp. 10239, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁶⁴ Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección 3ª, sentencia, febrero 14 de 2002; expediente No 13238; C.P., María Elena Giraldo Gómez; actor; Consultores civiles e Hidráulicos Ltda.

no haya simultaneidad entre comportamiento y daño (Inciso tercero del artículo 140 del CPA).

F.- El inciso 2do del artículo 86 del CCA y el artículo 142 del CPA, regulan lo concerniente a la acción de repetición de conformidad a lo contemplado en el inciso 2do del artículo 90 de la Constitución Política, que consagra: “En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este”. Por lo tanto el Estado también podrá ser demandante, no solo cuando uno de sus servidores públicos lo hubiere perjudicado con su actuar doloso o gravemente culposo sino cuando sea un contratista o un particular que actúe en nombre del mismo, quién lo perjudique, porque para estos efectos también son considerados agentes del Estado⁶⁶⁵ o cuando el problema se origine entre entidades públicas.

G.- La acción de repetición, caducará dentro de dos años, contados a partir del día siguiente a aquel en que se haya efectuado el pago total por la entidad pública o a más tardar, a partir del día siguiente al vencimiento del término de 18 meses de que trata el artículo 177 del CCA o del término de 10 meses que señala el inciso segundo del artículo 192 del CPA, según el caso (literal l del numeral 2º del artículo 164 del CPA)⁶⁶⁶. Por lo tanto, si el pago se realiza a través de instalamentos, solo hasta que se efectúe el último pago se podrá iniciar la contabilización del término de caducidad. Empero, el pago total en un solo monto o por instalamentos debe realizarse dentro de los 18 meses o 10 meses anotados o dentro del plazo de caducidad de la acción que empezaría a contabilizarse a partir del día siguiente de dicho lapso y dejando un margen para incoar la demanda en dichos dos años, en caso contrario, es decir, en caso de que el pago se realice después de los 18 o 10 meses y después de los 2 años de caducidad de la acción corridos luego de los 18 o 10 meses, no existe posibilidad de ejercer la acción de repetición por caducidad de la acción.

Sin embargo, es pertinente anotar que la entidad estatal puede llamar en garantía al funcionario, particular, contratista u otra entidad que con su actuar involucró

⁶⁶⁵ Sobre el particular el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente: “Es agente no solo el servidor público, sino quién quiera que actúe por cuenta del Estado, incluido, desde luego, el contratista”. (Sentencia de 30 de marzo de 2004, Expediente S-736, Consejero Ponente: Dr. Camilo Arciniegas Andrade. Publicada en revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis*, Páginas 1096 a 1114 de julio de 2004).

⁶⁶⁶ “El término para intentar la acción, se reitera, de acuerdo con la interpretación condicionada que realizó la Corte Constitucional de las normas que lo establecieron (núm. 9º del art. 136 del CCA y art. 11 de la L. 678/2001), empieza a correr a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago, o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previstos en el artículo 177 inciso 4º del Código Contencioso Administrativo.” Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo– Sección Tercera, Sentencia de 5 de diciembre de 2006. Expediente 22056. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2007, páginas 804 a 806.

a la entidad demandada en el proceso judicial u ofició como garante frente a la misma (inciso segundo del artículo 142 del CPA). Ahora, es importante aclarar que el término de que trata el artículo 8° de la Ley 678 de 2001, hace referencia a una obligación de incoar la acción dentro de los 6 meses siguientes al pago, obligación que no afecta la legitimidad de la entidad para impetrarla ni el término de caducidad, solo trae consecuencias disciplinarias.

Ahora bien, si se trata de sentencia ejecutoriada a favor del Estado y no es cobrada dentro de los términos que contempla la ley procesal, se podrá iniciar acción de repetición en contra del servidor público que dejó fenecer tales términos, en cuyo caso la caducidad de la acción de repetición se contabilizará a partir del día siguiente del vencimiento del lapso establecido por la ley para ejecutar una obligación contenida en una sentencia judicial a través de la jurisdicción coactiva o el proceso ejecutivo en caso de que el ente público beneficiado con la condena carezca de tal prerrogativa pública, situación exótica en la actualidad como se advierte cuando se aborda el tema de cobro coactivo. También consideramos que la acción de repetición es viable si se deja fenecer el término para impetrar una acción de esta naturaleza, en cuyo caso la caducidad corre a partir del día siguiente de la finalización del lapso que tenía la administración pública para presentar la demanda correspondiente.

Por último, en lo atinente a estas apreciaciones sobre la acción de repetición, es pertinente anotar que la misma opera no solo frente a sentencias condenatorias a favor del Estado sino, también, en cuanto a la conciliación u otras formas de terminación del proceso y, en todo caso, se debe acreditar el pago para poder admitir la demanda. Veamos lo expuesto por el Consejo de Estado sobre el particular:

Por consiguiente, al momento de presentación de la demanda, la entidad pública debe acreditar la existencia de la obligación de pagar una suma de dinero derivada de la condena impuesta en su contra, en sentencia debidamente ejecutoriada, o de una conciliación o de cualquier otra forma de terminación de un conflicto, así como el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial, o conciliación, o cualquier otra forma de terminación del conflicto, a través de prueba que generalmente es documental, constituida por el acto en el cual se reconoce y ordena el pago a favor del beneficiario y/o su apoderado y por el recibo de pago o consignación y/o paz y salvo que deben estar suscritos por el beneficiario.⁶⁶⁷

⁶⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 13 de diciembre de 2007. Expediente 33.430. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis* de abril de 2008, páginas 632 a 634.

En lo atinente a la acreditación del pago como anexo indispensable de la demanda, el último inciso del artículo 142 del CPA advierte: “*Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño*”. Por tanto el paz y salvo suscrito por el beneficiario ya no es un requisito indispensable para acreditar el pago, se itera, basta el certificado del pagador, tesorero o servidor público competente. Obviamente, la parte demandada podrá interponer recurso contra el auto admisorio de la demanda, si evidencia que dicha certificación falta a la verdad.

Por otro lado, si en virtud de mecanismos alternativos de solución de conflictos se somete el pago a un plazo, deberá finiquitar dicho lapso para empezar a contabilizar el término de caducidad, en caso contrario, la caducidad de la acción de repetición solo operará una vez se haya efectuado el pago de manera total.

Finalmente, es importante precisar que la acción de repetición no es viable para recuperar incentivos u otras erogaciones provenientes de acciones populares, porque solo persigue indemnizaciones.

H.- El procedimiento a través del cual se tramita la acción de reparación directa, es el ordinario regulado en los artículos 206 y siguientes del Código Contencioso Administrativo o en los artículos 179 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Este mismo procedimiento se adelanta en la acción de repetición, empero, se deben atender las particularidades consagradas en la Ley 678 de 2001.

I.- Cuando se trate de la reparación del daño ocasionado por la ocupación de inmuebles, se aplicarán los artículos 219 y 220 del Código Contencioso Administrativo (deducción de la valorización de la propiedad inmueble por el trabajo público y transmisión de la propiedad del inmueble). Normas reiteradas en la nueva normativa en los artículos 190 y 191 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

J.- Los conflictos de reparación directa son susceptibles de conciliarse tanto judicial como extrajudicialmente.

K.- En esta clase de acción opera el principio *iura novit curia*, es decir, se describen y prueban los hechos en la demanda y durante el transcurso del proceso y el Juez aplica el régimen de responsabilidad correspondiente al caso concreto (daño especial, falla presunta, falla probada, actividades peligrosas, trabajos públicos,

etc.). Por lo tanto, no es requisito establecer en el contenido de la demanda la normativa violada y el concepto de la violación, como en aquellas acciones donde está de por medio la legalidad de un acto administrativo.

Así las cosas, es pertinente advertir que al Juez Administrativo no le es dable entrar a modificar, so pretexto de utilizar el principio mencionado, los hechos de la demanda, pilar de las pretensiones esbozadas en la misma, es decir, la causa *petendi* resulta inmodificable⁶⁶⁸. En caso contrario se atentaría contra el debido proceso toda vez que en la sentencia se traerían a colación hechos no expuestos en el libelo, frente a los cuales no hubo oportunidad de defenderse, por ejemplo: señalar la inexistencia de un puente peatonal como causa del deceso de un transeúnte, cuando en la demanda se hizo caso omiso de tal circunstancia y se habló fue del exceso de velocidad del automotor homicida⁶⁶⁹. Otro caso ilustrativo en este asunto es la falta de consentimiento informado, hecho que normalmente los abogados olvidan esbozar en los hechos de la demanda como sustento de sus pretensiones, dado que se centran en la falla asistencial⁶⁷⁰. Obviamente durante el transcurso del proceso pueden aparecer acreditados hechos diferentes a los expuestos en el libelo, empero, no pueden surgir al momento de dictar sentencia por obra y gracia del Juzgador, ni tales hechos pueden ser sustento de condena, so pena de atentar contra el principio de congruencia del fallo.

En consonancia con lo expuesto en los párrafos anteriores, las partes pueden crear comportamientos dañinos, el Juez no, porque no puede alterar la causa *petendi*. Por ende, si la parte demandada trae a colación otros comportamientos dañinos no alegados por la parte demandante, no se vulnera el debido proceso si el juez tipifica estos últimos para resolver el caso, por ejemplo, en el caso en que un obrero reciba una descarga eléctrica y caiga de un lugar elevado, frente a lo cual el demandante sostenga que murió por electrocución y el demandado esboce que en realidad fue por la caída. Ahora bien, si dentro del comportamiento dañino se

⁶⁶⁸ La causa *petendi* es definida por la doctrina de la siguiente manera: TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial *Legis*, Segunda Edición, 2007, página 155.

⁶⁶⁹ El Consejo de Estado ha explicado este punto de la siguiente manera: “De conformidad con lo hasta aquí expuesto, la sala precisa que si es posible en materia de juicios de responsabilidad extracontractual del Estado, la aplicación del principio *iura novit curia*, pero siempre teniendo en cuenta que a través de él no se puede llegar a la modificación de los fundamentos fácticos de la pretensión, expuestos en el libelo, los cuales constituyen su causa *petendi* y son los precisados por el actor, y no otros”. (Consejo de Estado, Sala Plena, Sentencia de febrero 14 de 1995, Expediente S-123, Consejera Ponente: Consuelo Sarria Olcos, Código Contencioso Administrativo, Hojas Sustituibles, Página 189).

⁶⁷⁰ “Ahora bien, cabe aclarar que para que haya lugar a declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por falta de consentimiento informado es necesario que esta declaratoria y los efectos patrimoniales de la misma se deriven hubieran sido objeto de pretensión en la demanda, proceder de manera diversa implicaría preferir una sentencia extra petita y, vulnerar, en consecuencia, el derecho de defensa de la parte demandada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Radicación 13001-23-31-000-1995-00196-01. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2012, páginas 835 a 848.

pueden encuadrar unos más específicos, no hay vulneración de la causa *petendi*, tal como ocurre en materia de la mala praxis médica, donde una falla del servicio genérica (un parto anormal), puede evidenciar hechos dañinos más concretos (lesiones al feto durante el parto).

En todo caso, el Juez debe aplicar el régimen de responsabilidad que resulte más benéfico para la víctima, tal como lo ha aceptado la doctrina en los siguientes términos: “[...] el juez tiene la obligación de aplicar oficiosamente la institución que más beneficia a la víctima, independientemente de la figura invocada, siempre y cuando los hechos de la demanda y lo probado así lo permitan”.⁶⁷¹

L.- Es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible (y en general, operan las demás formas de terminación anormal del proceso).

M.- La acción de reparación directa no opera fuera del territorio nacional.⁶⁷²

N.- Es necesario acotar que las entidades públicas tendrán esta misma acción cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. (Segundo inciso del artículo 86 del CCA).

Ñ.- Cuando se adelanta un proceso penal por los mismos hechos que dan lugar a la acción de reparación directa y la víctima se constituye en parte civil dentro del proceso penal, habrá cosa juzgada frente a la indemnización que hubiere pagado el agente estatal condenado en el proceso penal, si su monto es equivalente a la condena impuesta en el contencioso, en caso contrario, esto es, en el evento en que la condena resultare inferior a la impuesta en la jurisdicción especializada, se podrá perseguir el saldo que faltare, pues lo que se busca es la reparación integral del daño. Lo anterior se presenta en el evento en que en el proceso penal se deje de reconocer algún tipo de perjuicio, o al reconocerse la indemnización en dicho proceso, se hace por valor inferior al resultante en el proceso contencioso⁶⁷³. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

⁶⁷¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial *Legis*, Segunda Edición, 2007, página 135.

⁶⁷² “Como la actividad pública es el resultado de la potestad estatal, y ésta se ejerce dentro de su ámbito territorial, no es posible atribuirse poder jurisdiccional para conocer un conflicto producido por fuera del territorio nacional, así se encuentre implicada una entidad pública, o los perjuicios cuya indemnización se reclama hayan sido producidos por nacionales colombianos, por cuanto el ejercicio de la función de administración de justicia es un acto reglado y expresamente atribuido, en razón del principio constitucional de legalidad.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 29 de julio de 1997, exp. 13507, C.P.: Juan de Dios Montes Hernández.

⁶⁷³ En civil el pago por una suma inferior en el proceso penal finiquita la obligación dado que se predica la solidaridad entre los coautores del daño al paso que en administrativo nunca se puede predicar solidaridad entre el agente del Estado y la entidad pública. Veamos la posición civilista: “Si la víctima acepta ejecutar la primera sentencia y obtiene la indemnización, cierra toda posibilidad de una nueva acción, así el juez se hubiese equivocado en la tasación de perjuicios. Solo en la medida en que aparezcan nuevos perjuicios no discutidos en el primer proceso cabría una segunda acción contra los otros responsables o, incluso, contra el que fue ya demandado”. TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial *Legis*, Segunda Edición, 2007, páginas 53 y 54.

En consecuencia, establecida en este proceso la responsabilidad patrimonial del Estado por el daño antijurídico sufrido por el señor Luis Marino Clavijo se procederá a hacer tal declaración y a ordenar el pago de la indemnización que corresponda, sin perjuicio de que si los agentes condenados patrimonialmente en el proceso penal ya hubieren realizado el pago del monto de lo que en este proceso se ordena como indemnización, la entidad estatal demandada puede abstenerse de realizar el pago que aquí se le imponga, o que en caso de que haya sido pagado parcialmente, puede reducir tal suma del monto a pagar por la condena.⁶⁷⁴

Ahora, en lo atinente al juicio de responsabilidad emitido en el proceso penal en relación con el agente estatal, la absolución del mismo en dicho estrado no genera automáticamente exoneración en el juicio de responsabilidad contencioso administrativo, siempre y cuando ocurran las siguientes situaciones: que en la providencia penal no se haya establecido con certeza la forma en que ocurrió el crimen, que el respaldo probatorio del fallo sea deficiente y que la decisión absolutoria no defina con claridad si el sindicado cometió o no el hecho.⁶⁷⁵ Aunado a lo anterior, tampoco compromete la providencia penal cuando se condena a la administración a la luz de un régimen de responsabilidad objetiva donde obviamente importa muy poco la conducta del agente. Por otro lado, el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que de las condenas penales nunca se puede predicar cosa juzgada en el Contencioso Administrativo, sin embargo, tampoco se pueden descartar, porque constituyen una prueba documental muy valiosa para establecer los elementos de la responsabilidad, por ejemplo, la forma cómo ocurrieron los hechos o la identificación de los autores materiales del daño.⁶⁷⁶ Sin embargo, el Consejo de Estado considera que las sentencias penales tienen fuerza vinculante en lo atinente a la forma de probar la responsabilidad por dolo del agente estatal, cuando el origen de la condena patrimonial contra el estado es un delito cometido por él. En estos casos, la entidad pública solo debe adjuntar la copia autenticada de la sentencia condenatoria penal, para acreditar la responsabilidad del agente estatal.⁶⁷⁷

⁶⁷⁴ Consejo de Estado –Sala de lo Contencioso Administrativo–, Sección Tercera, Sentencia del 5 de diciembre de 2006. Expediente 15046. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2007, páginas 1139 a 1157. En este mismo sentido: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá, D.C., febrero veintiuno (21) de dos mil once (2011), Radicación: 41001233100019968559–01 (19.450), Demandante: Aracely Gutiérrez y otros, Demandado: Nación –Ministerio de Defensa– Policía Nacional, Asunto: Apelación sentencia de reparación directa.

⁶⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 13039–01 de julio 05 de 2007, Magistrado Ponente: Cesar Julio Valencia.

⁶⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de agosto de 2008, Expediente 16533, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis* de diciembre de 2008, páginas 2080 a 2108.

⁶⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 35529 de noviembre 11 de 2009, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Finalmente es importante anotar en este literal que la condena en el proceso penal no necesariamente implica condena en el proceso contencioso, habida cuenta que el primero se funda en la culpa o el dolo, al paso que el segundo se sustenta en la falla del servicio, dado que se vulnera un deber normativo positivo estatal e, incluso, en ocasiones esta no importa porque se aplican regímenes objetivos.

O.- Las condenas a nivel internacional en muchas ocasiones son más cuantiosas que a nivel interno, por ende, en materia indemnizatoria la cosa juzgada de las sentencias de reparación directa puede desmoronarse ante un pronunciamiento de un ente internacional, al considerar que la condena dictada en el pronunciamiento interno, podría no ser integral a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁶⁷⁸. En este sentido se pronunció la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la masacre de La Rochela, donde condenó al Estado Colombiano por un monto de 4 millones de dólares aproximadamente. Adujo la Corte que en las acciones de reparación directa lo que se juzga es el daño antijurídico y no el cumplimiento a la protección de los derechos contemplados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Por esta razón, las acciones contencioso administrativas son insuficientes e inapropiadas para los fines de reparación integral establecidos en la misma convención. Sin embargo, la corte precisó que lo pagado en virtud de las condenas dictadas en la justicia interna puede descontarse del valor impuesto por la justicia internacional.⁶⁷⁹

P.- Por último, cabe precisar un equívoco en que ha incurrido la jurisprudencia y la doctrina al señalar que la acción de reparación directa es procedente por el acto del legislador o por el error jurisdiccional o emisión de providencias judiciales. En estos eventos las decisiones judiciales o legislativas son incontrovertibles judicialmente porque no son actos administrativos. Por ende, la acción de reparación directa se impetra contra las operaciones administrativas que surgen como consecuencia de dichas decisiones para materializar sus efectos jurídicos. Tales operaciones serán atacadas por alteración en las cargas públicas en caso de que la providencia judicial o la ley estén ajustadas a derecho (daño especial), a contrario sensu, si la ley o la providencia judicial son violadoras del ordenamiento

⁶⁷⁸ Incluso el Consejo de Estado ha dicho que cuando media condena internacional sobre los mismos hechos, las mismas causas y los mismos autores, se debe predicar cosa juzgada, veamos: [...] la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al definir el respectivo caso sometido a su consideración, mediante sentencia definitiva, agota cualquier posibilidad de someter el asunto a nivel interno, en la medida que la decisión internacional al establecer la reparación integral del daño y, por consiguiente, decretar las indemnizaciones a que haya lugar, ordenar iniciar los proceso penales y disciplinarios respectivos, entre otros, está definiendo la controversia con efectos de cosa juzgada internacional y, por ende, cualquier manifestación adicional o contraria por parte de un órgano judicial a nivel interno devendría en ilegal por cuanto estaría desconociendo la cosa juzgada”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del diecinueve (19) de octubre de dos mil siete (2007), Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Rad.: 05001-23-31-000-1998-02290-01. No interno: 29.273. Actor: Roberto Zuleta Arango y otros. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa - Ejército Nacional-.

⁶⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de mayo 11 de 2007.

jurídico superior, tales operaciones se tornan en sí mismas en irregularidades y pueden ser controladas por la acción que se estudia⁶⁸⁰. Un ejemplo se da cuando el Estado debe reparar a las personas absueltas en procesos penales que sufren perjuicios por situaciones distintas a la detención injusta, como las medidas cautelares que restringen las libertades de domicilio y locomoción.⁶⁸¹

II. Elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado

Los elementos que deben probarse al interior de un proceso donde se debate la responsabilidad extracontractual del Estado, con el objeto de que las pretensiones salgan adelante, son cinco de conformidad a la jurisprudencia y nuestra óptica personal, toda vez que la responsabilidad extracontractual del Estado en su mayor parte no está positivizada y es de tinte pretoriano. Tan solo por remisiones jurisprudenciales se aplica el derecho común. Tales elementos se discriminarán en el orden en que deben probarse, así:

- a. El Daño.
- b. El comportamiento administrativo dañino (La operación administrativa, el hecho administrativo o la ocupación del inmueble, que no es más que una operación administrativa proveniente de un acto administrativo o de un contrato).
- c. La imputación a la entidad demandada del comportamiento administrativo dañino.
- d. El nexo causal entre el daño y el comportamiento administrativo dañino.
- e. Los perjuicios que constituyen el fundamento de la indemnización.

En anterior edición de la presente obra consideramos el daño antijurídico como un elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, sin embargo, esta posición ha sido revaluada, toda vez que en realidad el daño antijurídico es un concepto jurídico y no un evento fáctico, a lo que se suma que no se trata de uno más de los elementos propios de la responsabilidad extracontractual del Estado, sino del resultado o producto de la configuración de tales elementos al interior de un régimen de responsabilidad determinado. Desde esta postura se abordará este tópico al finalizar la disertación sobre los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado, disertación que iniciamos a continuación.

⁶⁸⁰ Sobre la responsabilidad que se genera por el Estado regulador se puede leer sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 8 de marzo de 2007, expediente: 16421, Consejera Ponente: Dr. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2008, páginas 94 a 107.

⁶⁸¹ Ver: Consejo de Estado, Sección tercera, sentencia 16075 de marzo 6 de 2008, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa.

A. El Daño

El daño no se puede confundir con los perjuicios que se producen como consecuencia del mismo, el tratadista Francis-Paul Benoit, citado por el Dr. Juan Carlos Henao, diferenció los dos conceptos de la siguiente manera: “[...] el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación [...] el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada”⁶⁸².

Para entender lo expresado en el párrafo anterior, basta tener en cuenta el siguiente ejemplo: si un indigente es asesinado y este no posee ni familiares ni amigos que puedan resultar afectados con dicha situación, el daño es evidente pero los perjuicios no se perciben, es decir, el deceso es un daño inocultable, pero no hay perjuicios, esto es, no hay personas afectadas en su patrimonio.

La diferencia entre daño y perjuicio es importante para determinar la legitimación en la causa, el nexo causal entre el hecho y sus consecuencias, la efectividad para reparar derechos colectivos, el estándar mínimo del daño y la configuración del daño como una mera amenaza, veamos:

1. El nexo causal entre el daño y sus consecuencias (Carácter directo del daño): Es necesario que en el proceso se pruebe que el daño produjo los perjuicios que se solicitan indemnizar, ya que, si los perjuicios a indemnizar se produjeron por un hecho o hechos diferentes al daño que se pretende reparar, estaremos ante un obstáculo que impide que las pretensiones indemnizatorias prosperen.

El Dr. Juan Carlos Henao nos trae el siguiente ejemplo, que nos ilustra sobre el particular: “ante el daño consistente en la avería de un vehículo, lo que importa es determinar los diversos rubros del perjuicio en consideración a la persona que está reclamando. Aún más: lo que interesa es que todos los rubros del perjuicio en efecto provienen del mismo daño. Se tendrá entonces que desechar el perjuicio consistente en la avería del vehículo que no fue causada por el hecho dañino enjuiciado, sino que tuvo otra causa. La explicación es sencilla: en la relación de causalidad entre daño y perjuicio se observa que este no proviene de aquel”⁶⁸³. No debe confundirse este nexo causal con el de la imputación, que es la ligadura entre el comportamiento dañino y la entidad pública o privada que ejercerse funciones públicas.

⁶⁸² El daño, Universidad Externado de Colombia, Página 77.

⁶⁸³ El daño, Universidad Externado de Colombia, Página 78.

Un ejemplo de la jurisprudencia también nos permite ilustrar este tópico. En una ocasión el Consejo de Estado negó el reconocimiento de la erogación correspondiente por concepto de gastos generales de hospitalización y exámenes de diagnóstico, pues tal daño emergente no provenía de la muerte de la víctima. Veamos lo que consideró la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo sobre el particular:

Igualmente, no se hará reconocimiento alguno, por concepto de los gastos generales de hospitalización y los exámenes diagnósticos sustentados en las facturas y recibos de pago visibles de folios 74 a 76 del cuaderno No. 1, como quiera que se trata de erogaciones que fueron necesarias para el tratamiento de la paciente y que de todas formas hubieran sido realizadas aun si aquella hubiese recuperado su salud, es decir, dichos perjuicios no se generaron con ocasión del daño, esto es, la muerte de la señora Yolanda Meneses Martínez.⁶⁸⁴

2. La legitimación en la causa (Carácter personal del daño⁶⁸⁵): Solo aquellas personas que sufren un menoscabo patrimonial como consecuencia del daño, están legitimadas para ejercer la acción de reparación directa, por lo tanto, el análisis que hace el juzgador al momento de emitir la sentencia respectiva es, en primer lugar, que el daño se haya producido, pero además, que quién reclama la indemnización de perjuicios sea quién en realidad sufrió las consecuencias del hecho. Por ejemplo: los hijos son perjudicados ante la muerte de su padre, por lo tanto, es necesario allegar al proceso los registros de nacimiento correspondientes. Ahora, anteriormente la jurisprudencia consideraba que si se trata de un hijo extramatrimonial, es imprescindible la firma de la madre en el registro civil de nacimiento o en su defecto, la acreditación del hecho del parto y la calidad de soltera o viuda, o si era casada la prueba, con sentencia debidamente ejecutoriada, de que fue impugnada la paternidad legítima y esta fue acogida⁶⁸⁶. Sin embargo esta posición fue recogida por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo y en la actualidad considera que la sola presentación del registro

⁶⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 52001-23-31-000-1996-08167-01 (16483). Actor: Jesús Peregrino Meneses y otros. Demandado: Ministerio de Salud, Instituto Departamental de Salud de Nariño y Hospital San Pedro de Pasto.

⁶⁸⁵ Hace referencia a la legitimación, esto es, a quién tiene derecho a reclamar la reparación, y la tendrá quien ostente la calidad de perjudicado, con el hecho dañoso, independientemente de la consanguinidad, afinidad u otros factores. Por ejemplo: Se debe tener por madre a quién figure como tal en el registro de nacimiento, sin que medie reconocimiento materno o declaración judicial, toda vez que la autoridad respectiva asienta el registro con el hecho del parto (arts. 103 y 105 del Decreto 1260 de 1970). Así lo ha hecho saber el Consejo de Estado, Sección Tercera, en sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente 15.242. Sobre este tema ver: GIL BOTERO, Enrique, Responsabilidad Extracontractual del Estado, Editorial Ibáñez, 2010, páginas 127 y 128.

⁶⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 13 de junio de 1991, expediente No 6300, actor: Alberto Rincón, Consejero Ponente, Dr. Daniel Suárez Hernández.

civil de nacimiento hace presumir auténtico su contenido por ser documento público, sin importar si los padres lo suscribieron o no. Veamos:

[...] Resulta claro que cuando se expida una copia del registro civil de nacimiento o un certificado del mismo y en él conste los nombres de los progenitores del inscrito, dicho documento constituirá prueba suficiente para acreditar el parentesco de consanguinidad existente entre éste y aquéllos. En efecto, si tales nombres fueron indicados en el correspondiente folio o certificado, es porque se cumplieron los requisitos ya indicados para que pueda darse fe del nombre de la madre del inscrito, y en cuanto al padre, porque aquél nació dentro de un matrimonio legalmente celebrado o, siendo hijo extramatrimonial, fue reconocido por éste o se declaró judicialmente su paternidad. Y no puede el juez exigir pruebas adicionales para establecer el parentesco, so pena de desconocer la solemnidad prevista por la ley, de manera excepcional, para la demostración de los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, conforme a lo dispuesto en el artículo 105 del Decreto 1260 de 1970.⁶⁸⁷

Ahora bien, es importante advertir que el reconocimiento de hijo extramatrimonial posterior a su muerte carece de todo valor en lo atinente a la legitimación en la causa, si no posee la aceptación de que trata el artículo 4º de la Ley 75 de 1968, en concordancia con el artículo 243 del C.C.⁶⁸⁸ Sin embargo, el registro civil de nacimiento post-mortem tiene pleno valor probatorio respecto a su contenido, así lo ha expresado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] En el presente caso obra el registro civil de nacimiento del occiso LFRR, en el cual consta que es hijo de la demandante MARÍA CR. Este registro se realizó con el “Acta Parroquial Eclesiástica” el 18 de enero de 1993, es decir, con posterioridad a la muerte del hijo que, según los hechos de la demanda, tiene la condición de extramatrimonial (fl.15, c.1). Como la inscripción de maternidad no ha sido contradicha, se presume su autenticidad, y, en consecuencia, está llamada a producir efectos jurídicos (decreto 1260 de 1970, art. 103). Probada la maternidad, se presume el perjuicio moral que le produjo la desaparición de su hijo, presunción que se refuerza con el testimonio de su hijo JR. [...] ⁶⁸⁹

⁶⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 21 de septiembre de 2000, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número 11766. Actor: José Epigmenio López Gómez y otros.

⁶⁸⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Sentencia del 3 de febrero de 2000. Radicación No. 11457. Actor: Jorge Aníbal Rincón Montaña y otros. Demandado: La Nación, Mindefensa – Polinal.

⁶⁸⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 3 de febrero de 2000. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández

Por otro lado, el hecho de que los registros civiles se asienten después de un tiempo de ocurrido el hecho que se registra, no implica que carezcan de valor probatorio, en este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] El ordenamiento jurídico dispone sobre el registro del estado civil, en forma generalizada, que todo registro civil se presume legal, salvo cuando se demuestre su ilegalidad, mediante los mecanismos legales previstos para el efecto. Además aunque los registros civiles mencionados se asentaron después de treinta días de ocurrido el hecho registrado, como lo prescriben los artículos 48 y 50 del decreto 1.260 de 1970, lo único que ello ocasionó fue la indeterminación del estado civil durante el tiempo en que careció de registro. Sobre tal situación la jurisprudencia contencioso administrativa se ha pronunciado en reiteradas oportunidades para concluir que dicho asentamiento de registro civil sí sirve de prueba [...] ⁶⁹⁰

Es necesario advertir que el parentesco se puede acreditar con partidas eclesiásticas si se trata de nacimientos o matrimonios ocurridos antes de 1933, en caso contrario, el estado civil debe constar en el registro del estado civil y se probará con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos. (Artículos 101 y 105 del Decreto 1260 de 1970).⁶⁹¹

Es importante anotar en este punto que las declaraciones extrajuicio no son pruebas sujetas de valoración para acreditar la calidad de compañera o compañero permanente si no son ratificadas en juicio con posibilidad de presencia de la parte contraria contra la cual se aducen. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Sin embargo, en cuanto a la petición de reconocimiento de perjuicios morales para la señora Martha Mireya Garzón Duarte, con el propósito de acreditar su condición de compañera permanente del señor Forigua Panche fueron aportados testimonios recepcionados por un notario, testimonios que no fueron recaudados dentro del plenario y, respecto de los cuales, no tuvo la parte demandada la

Enríquez. Radicación número: 11457. Actor: Jorge Aníbal Rincón Montaña y otros. Demandado: La Nación, Mindefensa–Polinal.

⁶⁹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 17 de junio de 2004. Radicación número: 44001–23–31–000–1996–0825–01 (15183). Actor: Elmer Francisco Vanegas Palmezano y otros. Demandado: Nación–Mindefensa, polinal–.

⁶⁹¹ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección quinta, Consejera Ponente: María Nohemi Hernández Pinzón, Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil cinco (2005), radicación número: 76001–23–31–000–2004–00281–01 (3815), actor: Jorge Henan Montes Victoria y otros, demandado: Personero del Municipio de Tulúa.

posibilidad de controvertir. En consecuencia, comparte la Sala lo sostenido, en relación con este extremo, por el a quo, de manera que los referidos medios probatorios no pueden valorarse, por no reunir los requisitos de ley, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 299 del Código de Procedimiento Civil, [...].⁶⁹²

Siguiendo con este orden de ideas, se resalta, el hecho de que no se pruebe fehacientemente el parentesco, no significa que se deba denegar automáticamente las pretensiones de la demanda, dado que otras pruebas allegadas al plenario pueden acreditar que quien demanda está legitimado en la causa como tercero damnificado. Tal sería el caso de la madre que no acredita su relación con su primogénito como lo exige la ley, empero, mediante testimonios se acredita el dolor, la aflicción o la congoja sufrida por la muerte del menor. Otro caso se da cuando el actor solicita el reconocimiento de los perjuicios causados por trabajos públicos realizados en un predio de propiedad de sus padres, fallecidos años atrás, donde dicho demandante no acredita su calidad de heredero pero sí de poseedor de dicho predio.⁶⁹³

La falta de legitimación en la causa genera sentencia en contra, es decir, para el punto que nos ocupa, la ausencia de perjudicados en el proceso respectivo genera que se despachen de manera desfavorable las pretensiones de la demanda. El Consejo de Estado ha advertido que la falta de legitimación en la causa no impide fallar de fondo, veamos:

[...] Como lo ha advertido esta Corporación en reiteradas oportunidades, la ausencia de legitimación en la causa no impide al fallador pronunciarse de fondo sobre la demanda formulada, dado que no se trata de un elemento de la acción, sino de la pretensión. Es, en ese sentido, una condición propia del derecho sustancial y no una condición procesal, que, cuando no se dirige correctamente contra el demandado, constituye razón suficiente para decidir el proceso adversamente a los intereses del demandante, por no encontrarse demostrada la imputación del daño a la parte demandada [...].⁶⁹⁴

⁶⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 13.168. Demandante: Audy Hernando Forigua Panche y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Justicia –. Bogotá D.C. cuatro de diciembre de dos mil seis. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2007, páginas 1158 a 1185.

⁶⁹³ Ver: Corte Constitucional, Sentencia T-097 de febrero 19 de 2009, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

⁶⁹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alíer Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 1º de marzo de 2006. Radicación número: 15001-23-31-000-1992-02402-01 (13764). Actor: Alfonso Ahumada Salcedo y otros. Demandado: Nación-Mintransporte, Fondo Vial-; y otros.

3. En materia de acciones populares: No necesariamente el daño ocasiona perjuicios individualmente considerados, es decir, que aminoren patrimonios individuales, por el contrario, en ocasiones quién resulta afectada es toda la colectividad, por lo tanto, es aquí donde resulta importante determinar con precisión el daño y las consecuencias para establecer los alcances de la reparación, así: la construcción de una obra pública, la siembra de unos árboles o la descontaminación de un río. El Dr. Henao en la obra ya reseñada, dice sobre el particular: “Quizás la inoperancia de la función reparadora de daños colectivos, sin necesidad que se conviertan en perjuicios por los cuales se reclama individualmente, es lo que ha generado que la jurisprudencia haga la distinción planteada, puesto que los casos que por lo general se resuelven apuntan a la defensa de patrimonios individualmente considerados”⁶⁹⁵.

En este estadio no hablamos de daño emergente, de lucro cesante, de perjuicios morales o de perjuicios a la vida de relación, estamos en presencia de otro tipo de perjuicios derivados del daño (río contaminado, tala de árboles, indebida contratación estatal) como enfermedades, plagas, potenciales desastres naturales, entidades públicas inviables económicamente, etc. Como corolario, la distinción entre daño y perjuicios en estos casos aparece con suma nitidez.

4. Estándar mínimo del daño: El Juez debe concentrar todo su esfuerzo en la existencia del daño y a partir de ese punto inicial observar los perjuicios que este pudo producir y que den lugar a la indemnización correspondiente, como sería el caso de ordenar que se pague el costo de una silla de ruedas o de una enfermera permanente que asista al perjudicado, sin necesidad de que se hubiera pedido expresamente en la demanda, aunque si es menester que se pida de manera genérica. Por tanto, es la existencia del daño la que da lugar a la indemnización de perjuicios y no estos últimos, toda vez que estos surgen como consecuencia de aquel. Como corolario, consideramos viable que el juzgador ordene su indemnización sin necesidad de que los perjuicios sean individualizados expresamente en la demanda, siempre y cuando el demandante solicite en su libelo que se realice una indemnización de una manera integral tal como lo consagra el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en torno a los perjuicios que se prueben durante el proceso y sean consecuencia del daño. Esta es la exposición de la teoría del estándar mínimo del daño presentada por el Dr. Juan Carlos Henao: “Se hace esta observación porque en ocasiones el *petitum* de la demanda se redacta genéricamente, por ejemplo, solicitando que se indemnicen los perjuicios derivados del hecho dañino, lo cual permite al juez decretar la indemnización de aquellos que se encuentren probados, a pesar de que específicamente no hayan sido solicitados en la demanda, sin violar así el derecho de defensa y sin fallar *ultra petita*”⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ Página 108.

⁶⁹⁶ Página 43.

5. El daño también se puede configurar con la amenaza: Algunos doctrinantes expresan que la vulneración a un derecho fundamental puede considerarse un daño antijurídico susceptible de reparación, por ende, lo que inicialmente se protege a través de una acción de tutela, puede transformarse en una acción de reparación directa, si es necesario reparar dicho aminoramiento patrimonial. Veamos lo que expresa la doctrina sobre lo expuesto en este punto:

La doctrina tradicional del derecho privado ha sostenido que el daño es la lesión de un derecho. Por su parte, en el derecho público se han utilizado varios conceptos para aludir al menoscabo de los derechos fundamentales. El primero de ellos es la vulneración –concepto que es utilizado por el artículo 86 de la Constitución Política- o la violación. La vulneración es también la lesión de un derecho, en este caso, de un derecho fundamental. El acto que la origina es inconstitucional.

En segundo lugar aparece la afectación o la intervención de un derecho fundamental. La afectación de un derecho es un efecto negativo de tipo jurídico (por ejemplo, la supresión de una posición jurídica) o fáctico (por ejemplo, dificultar el ejercicio de un derecho) que un acto o un hecho producen. Mientras la vulneración tiene un carácter definitivo, la afectación tiene una naturaleza prima facie. Cuando existe una afectación, todavía no se ha determinado si el acto que la produce es constitucional o inconstitucional.

En tercer lugar, aparece el concepto de amenaza de los derechos fundamentales –que también se menciona en el artículo 86 de la Constitución Política-. La amenaza es la puesta en peligro de un derecho fundamental; es un daño en potencia, que todavía no se ha producido pero que es posible y previsible. La inminencia no es un elemento conceptual de la amenaza, pero si es una buena razón para la protección del derecho fundamental amenazado. Finalmente aparece el concepto de restricción. La restricción es una afectación de un derecho fundamental que en definitiva es legítima, por cuanto se ajusta a las exigencias impuestas por el derecho constitucional, sobre todo, aquellas que derivan del principio de proporcionalidad. [...]

Con base en lo anterior, puede señalarse que la vulneración de un derecho fundamental es un caso especial de daño. Con toda exactitud, es un daño a un derecho fundamental. Esto es así, porque la vulneración es una lesión que se inflige al derecho fundamental, es antijurídica y genera la obligación de resarcir el daño, es decir, pone en funcionamiento los mecanismos jurídicos que institucionalizan la justicia correctiva, es decir, los mecanismos que imponen la

obligación de restituir las cosas al estado primigenio, aquel que existía antes del acaecimiento de la vulneración.⁶⁹⁷

Aunque en lo transcrito se confunde reparación del daño con restablecimiento del derecho, lo loable de tal extracto doctrinal es la posibilidad de ejercer una acción de reparación directa ante la simple amenaza a un derecho fundamental, lo cual es novedoso dado que tradicionalmente daño se ha considerado solo el consumado. Este sería el caso, por ejemplo, de la amenaza a un predio por grupos al margen de la ley, lo que provoca que el terreno se desvalore e imposibilite su comercialización. La amenaza por sí sola es un daño resarcible y, yendo más lejos, aún por fuera de la esfera de los derechos fundamentales se puede configurar como tal.

6. Conclusión: El primer requisito que se debe dar para poder ejercer la acción de reparación directa es que se haya producido un daño, es decir un hecho que ocasiona perjuicios el cual debe probarse debidamente en el transcurso del proceso, so pena de versen truncadas las pretensiones de la demanda. El Dr. Hinestrosa, citado por Henao en la obra reseñada, argumenta: “el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se pudo determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil.”⁶⁹⁸

Por otro lado, es necesario que no se confunda la noción de daño que se está manejando en este momento, con la de daño antijurídico de que se hablará más adelante, ya que este último se genera luego de aplicar los regímenes de responsabilidad y se concluye que el Estado tiene el deber de indemnizar, aquí hablamos de un hecho que produce perjuicios y no de un concepto jurídico que tiene la entidad suficiente de obligar al Estado a reparar un daño ya sea a través de una indemnización de perjuicios o de otra forma.

B. Los perjuicios

1. Tipología del perjuicio.

Como corolario de lo anterior, los perjuicios que produce el daño pueden ser de varias clases y, en la medida que se detecten en su integridad dentro del transcurso

⁶⁹⁷ BERNAL PULIDO, Carlos, escrito: El daño y la vulneración de los derechos fundamentales: dos conceptos iguales. Publicado en *Ámbito Jurídico de Legis*, edición del 16 de febrero al 1° de marzo de 2009, página 22.

⁶⁹⁸ Página 36.

del proceso, se podrá lograr una reparación integral del daño como principio de la responsabilidad extracontractual del Estado (art. 16 de la Ley 446 de 1998).

Es necesario entender que los perjuicios necesariamente se constituyen en afrentas al patrimonio de una persona (sin olvidar que también se pueden presentar perjuicios colectivos), por lo tanto, son situaciones subjetivas que lo aminoran y, por lo tanto, dentro del proceso, tales situaciones deben probarse para poder hacer procedente su indemnización. Es pertinente entender la definición de patrimonio, para poder advertir lo que se está explicando, veamos: el patrimonio es el conjunto de bienes (materiales e inmateriales) y obligaciones de una persona, por lo tanto los perjuicios también son materiales o inmateriales, ya que afectan directamente los bienes patrimoniales de la persona, así:

Perjuicios materiales: son aquellos que pueden ser medibles en dinero, porque afectan bienes que igualmente representan un valor monetario determinado. Estos son el lucro cesante y el daño emergente.

Perjuicios inmateriales: son aquellos que afectan bienes patrimoniales que no son medibles en dinero, como el honor, la honra, el derecho a vivir, etc. En la jurisprudencia colombiana se han reconocido al interior de esta clasificación: el perjuicio moral y el daño a la vida de relación (la alteración en las condiciones de existencia del derecho francés o el daño a la salud cuando los perjuicios devienen de la modificación a la unidad corporal de una persona).

a. Los perjuicios materiales:

- **Daño emergente:** Tamayo Jaramillo dice que hay daño emergente cuando: “un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima”⁶⁹⁹. Por ejemplo, en el caso de que una persona resulte involucrada en un accidente de tránsito que la deja parapléjica, será daño emergente, todos los gastos necesarios para el restablecimiento de la salud, así se los hagan efectivos en especie (intervenciones quirúrgicas, droga, silla de ruedas, etc.). En un caso como el que se ejemplifica en este momento, el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

Por lo tanto, la Sala, en cumplimiento del deber antedicho y en aras de la reparación integral del daño, condenará a la Nación –Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por concepto de daño emergente futuro a prestarle al señor J.A.A., la atención hospitalaria y médico quirúrgica que éste requiera, así como los medicamentos que necesite, para recuperar la

⁶⁹⁹ De la responsabilidad civil, Tomo II, página 117.

salud, cuando quiera que las secuelas de la lesión sufrida el 15 de marzo de 1993 así lo demanden, además, deberán serle sufragados los gastos de transporte que para ello requiera. Así mismo, se le deberá proveer de una silla de ruedas.⁷⁰⁰

Es pertinente anotar que también se pueden cobrar a título de daño emergente los gastos extras en que se haya incurrido para culminar los estudios, cuando los mismos han sido interrumpidos de manera abrupta por el comportamiento dañino y al reiniciarlos resultan más cuantiosos, tal como lo ha dispuesto el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En cambio, el que sí puede considerarse un perjuicio cierto y directo, derivado de la privación de la libertad de que fue objeto el demandante, sería el daño emergente consistente en todos aquellos gastos en que tuvo que incurrir para culminar su carrera profesional en la Universidad Incca y que resultaran adicionales a los que habría tenido que efectuar de no haberse producido la interrupción en su actividad académica, motivada por la detención preventiva a la que se vio sometido. Tal es el caso, por ejemplo, de la diferencia entre el valor de los semestres que tuvo que pagar al reiniciar sus estudios y el que habría tenido que sufragar en el supuesto de haberlos cursado ininterrumpidamente después del año 1989. No obstante, este rubro no ha sido solicitado en la demanda, ni tampoco hay pruebas que posibiliten su cuantificación en el proceso.⁷⁰¹

El daño emergente puede ser pasado o futuro, el primero consiste en el dinero que se tuvo que pagar con ocasión del daño y el segundo en el dinero que necesariamente tendrá que sufragarse como consecuencia de la lesión. Ejemplo del primero los gastos médicos sufragados y del segundo, los gastos médicos que se requieran cancelar posteriormente con el objeto de cumplir con el tratamiento integral. Obviamente el punto determinante para establecer los unos o los otros es la sentencia debidamente ejecutoriada, toda vez que lo pagado antes de ella es pasado y lo cancelado posteriormente es futuro.

- Lucro cesante: El Dr. Tamayo, en la obra reseñada lo define como “un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no

⁷⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicación No. 41001 23 31 000 1993 07585 01 (30114). Actor: José Ámbito Alarcón y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Ejército Nacional.

⁷⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 13.168. Demandante: Audy Hernando Forigua Panche y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Justicia –. Bogotá D.C. cuatro de diciembre de dos mil seis. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2007, páginas 1158 a 1185.

ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima”. Por ejemplo: Cuando fallece una persona, sus deudos (hijos, esposa, etc.) tienen derecho a recibir indemnización por el dinero que deja de aportarles el muerto⁷⁰². En materia de menores de edad, la jurisprudencia ha señalado que el lucro cesante se reconoce hasta cuando dichos menores cumplen 25 años de edad, dado que de conformidad a las máximas de la experiencia, se considera que dicha edad es el límite razonable a partir del cual ya han adquirido su educación y se han emancipado de su familia, veamos:

Es regla de principio, en punto de la liquidación de los perjuicios padecidos por los hijos en razón del fallecimiento accidental del progenitor del que dependían económicamente, que esa ayuda, desde el punto de vista temporal, no es ilimitada o irrestricta, en el entendido que ella resulta necesaria, inicialmente, solo hasta tanto el hijo se encuentre en condiciones de atender funcionalmente su propia subsistencia, que en el medio nacional, con apoyo de las reglas de la experiencia, ésta Corporación ha estimado, ocurre al arribo de la edad de veinticinco años, siempre y cuando, claro está, se verifiquen los supuestos fácticos por ellas descritos.

Sobre el particular, ha dicho la Corte “la discusión que podría centrarse en torno a la edad límite que se tomó como período de tiempo en que los hijos de las víctimas requerían de sus sustentos, corresponde a la proyección más correcta si se tiene en cuenta que atendiendo a las reglas de la experiencia, es dable deducir que, en principio, a los 25 años, una persona de la zona urbana del país, dedicada al estudio, puede adquirir su completa educación que lo habilita para velar, a partir de entonces, por su propio sostenimiento, desde luego que tampoco obra prueba ninguna que desvirtúe, para aumentar o disminuir, esa edad tope”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 18 de octubre de 2001, expediente 4504).⁷⁰³

La posición jurisprudencial transcrita también ha sido aceptada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

⁷⁰² Página 117.

⁷⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia SC-223 del 19 de diciembre de 2006. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

De igual forma, se modifica el criterio jurisprudencial que se tenía en relación con la presunción de manutención de los hijos hasta la mayoría de edad si no se acreditaba la escolaridad, desechando esta distinción, y dando por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de los padres se mantiene hasta la edad de 25 años, con fundamento en los artículos 13 y 45 de la Constitución Política y en consideración además, a las reglas de la experiencia, siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio.⁷⁰⁴

La anterior regla no opera cuando los menores de edad son discapacitados, en cuyo evento el lucro cesante se reconoce por la vida probable del muerto. Por otro lado, cuando se trata del cónyuge o compañero superviviente, el lucro cesante se reconoce por la vida probable del primero que debería morir teniendo en cuenta la necropsia o en su defecto las tablas de expectativa de vida que contempla la Superintendencia Financiera⁷⁰⁵.

Cuando estamos en presencia de incapacidad laboral por lesiones serias que impiden trabajar o eventos que generan dicha imposibilidad, hay que tener en cuenta las siguientes reglas:

- En ocasiones se reconoce lucro cesante por incapacidad laboral a pesar de que el dictamen pericial respectivo no precisa el porcentaje de disminución de la misma, siempre y cuando los elementos de juicio recaudados en el acervo probatorio permitan inferir dicho porcentaje, veamos:

Ahora bien a pesar de que en el dictamen rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, no se determinó de manera exacta cuál es el porcentaje de incapacidad médico laboral que presenta el señor Ámbito Alarcón; dada la certeza que arroja el material probatorio, acerca de que el lesionado está imposibilitado definitiva y permanentemente para dedicarse a la actividad de la cual derivaba su sustento hasta la ocurrencia del daño imputado al Estado, la Sala considera que esa imposibilidad equivale al 100% de la capacidad laboral del lesionado.⁷⁰⁶

⁷⁰⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de octubre de 2007. Expedientes acumulados 16058 y 21112. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2007, páginas 2199 a 2200.

⁷⁰⁵ Resolución número 1112 del 2007. Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 14276 de febrero 11 de 2009, Consejera Ponente: Myriam Guerrero.

⁷⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de

- Cuando se reconoce lucro cesante se hace bajo el título de la pérdida de la capacidad productiva, por tanto, importa muy poco si el lesionado o afectado era un contratista de prestación de servicios, un trabajador independiente o un empleado vinculado bajo la égida de un contrato de trabajo o una relación legal y reglamentaria, una ama de casa⁷⁰⁷ o un estudiante que no recibía remuneración alguna, por tanto, no compartimos la tesis expuesta en algunas ocasiones por el Consejo de Estado en el sentido de no reconocer el incremento por prestaciones sociales atendiendo a las particularidades antes anotadas, habida cuenta que en cualquiera de dichos eventos debe operar el reconocimiento de dicho incremento. La posición que se critica se expresa de la siguiente manera:

Ahora, si bien en la demanda se solicitó que para efectos de la base de liquidación, ésta se incrementara en un 25% por concepto de prestaciones sociales, la sala no accederá a esa solicitud en atención a que, de las pruebas obrantes en el expediente se tiene que el señor Ámbito Alarcón, se desempeñaba como agricultor de manera informal, es decir, sin que mediara un vínculo laboral formal del cual pudiera recibir, además de un salario mensual, las prestaciones sociales a las que por ley tiene derecho en Colombia, quien goza de un vínculo tal.⁷⁰⁸

- En consonancia con lo expuesto en el ítem anterior, el hecho de que el afectado no pruebe su ingreso mensual o acredite vinculaciones temporales como contratista independiente sin derecho a prestaciones, no impide que se indemnice con base en el Salario Mínimo Mensual Legal Vigente para la época de ocurrencia de los hechos, salvo que por sus capacidades técnicas o preparación laboral, merezca un porcentaje mayor de conformidad a las reglas de la experiencia. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de

agosto de 2007. Radicación No. 41001 23 31 000 1993 07585 01 (30114). Actor: José Ámbito Alarcón y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Ejército Nacional.

⁷⁰⁷ El Consejo de Estado ha reconocido el valor económico de las labores productivas del ama de casa, en un evento en el cual fue precisamente ella la víctima directa del daño, al quedar totalmente incapacitada. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de agosto de 2010. Radicación 25000-23-26-000-1996-02533-01. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de febrero de 2011, páginas 214 a 217. Así mismo ha señalado que cuando la persona que realiza la labor doméstica fallece, dichas actividades tendrán que ser asumidas por otra persona, quien, por lo general, no las realiza de forma gratuita. En consecuencia, esto se convierte en un factor para tener presente en el momento en que se indemnizan los perjuicios. Ver sobre este último punto: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 54001233100019971216101 (26800) de junio 13 de 2013, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio.

⁷⁰⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicación No. 41001 23 31 000 1993 07585 01 (30114). Actor: José Ámbito Alarcón y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Ejército Nacional.

Estado en los siguientes términos:

[...] Aunque del contrato de prestación de servicios de celaduría celebrado por Enrique Díaz y la Universidad, la víctima devengaba, al momento de la muerte, honorarios pagados a mes vencido, sin derecho a prestaciones por \$379.840 m/cte. (documentos públicos, 18 y 19 c.2), la Sala encuentra que esta vinculación era temporal (por 43 días), por lo tanto el lucro cesante se liquidará sobre la base que la jurisprudencia ha utilizado en aquellos casos que se demuestra la capacidad productiva de la persona pero no la continuidad en el salario, esto es, sobre el salario mínimo legal mensual vigente y no sobre el monto de la remuneración estipulada como honorarios del contrato [...] ⁷⁰⁹

- Al monto indemnizatorio se le debe descontar un porcentaje por concepto de manutención propia en caso de muerte, dicho porcentaje oscilará de conformidad al número de integrantes del núcleo familiar, tal como la doctrina lo explica en los siguientes términos:

Respecto a la deducción de gastos para la subsistencia de la víctima es obvia, porque ha de presumirse que aquella no podía destinar el 100% de sus ingresos a quienes dependían económicamente de ella. El Consejo de Estado ha tenido una posición variable, porque ha oscilado entre el 25% y el 50%. En la sentencia citada obsérvese que se descontó el 20% al dividir los ingresos en 5 partes, es decir, una parte por cada una de las personas que dependían económicamente del ingreso (la víctima, la compañera, más tres hijos). Parecería que aquí imperó un argumento de proporcionalidad, pues resultaba demasiado alto un descuento del 25% frente a la expectativa de una familia numerosa y menores de edad que requerían de ese dinero para un sustento más o menos digno. En efecto, la relación es directamente proporcional: Entre más hijos para mantener el padre destinará menos dinero para su manutención. Y a la inversa: A menos hijos o menos dependientes económicamente, mayor el dinero que destinará el jefe de hogar para su manutención. Según lo anterior, parecería razonable que si se trata de la víctima

⁷⁰⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Sentencia del 22 de abril de 2004. Radicación No. 63001-23-31-000-1997-04420-01 (15088). Actor: Israel Cruz Rodríguez y otros. Demandado: Universidad del Quindío.

y cónyuge sobreviviente sin descendencia alguna, podría descontarse hasta el 50%.⁷¹⁰

Es importante apuntar en este ítem que el hecho de que se reconozca por prestaciones sociales un incremento del 25% y a su vez se disminuya por manutención personal otro tanto, dichas cifras no se anulan dado que al momento de aplicarlas a las fórmulas matemáticas los resultados que arrojan son diferentes, es decir, en diferente proporción. Obviamente estos porcentajes se aplican sobre la renta actualizada.

- Aquellos hechos dañinos que impliquen la pérdida del empleo, como por ejemplo, el despido como consecuencia de una privación injusta de la libertad, generan lucro cesante por el tiempo que se demore el perjudicado para conseguir un nuevo empleo, período que ha sido considerado por el Consejo de Estado como de 35 semanas a la luz de información suministrada por el SENA, al cual hay que sumarle el tiempo que estuvo el perjudicado privado de la libertad, si estamos en presencia de la referida privación. Obviamente estas 35 semanas pueden aumentar o disminuir de conformidad a las pruebas que reposen en el expediente. Así lo ha expresado la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el observatorio laboral y ocupacional colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas. (8.75 meses).

Lo anterior quiere decir que el señor Audy Hernando Forigua Panche, como consecuencia cierta y directa de la privación de la libertad de que fue objeto, dejó de percibir los salarios y prestaciones sociales correspondientes al cargo de adjunto primero en la Policía Nacional, por un total de 31.75 meses.

711

⁷¹⁰ HERNÁNDEZ GÓMEZ, William, Ensayo: El Juez y los Retos de la Sentencia Judicial. Próximo a publicarse en la obra *Juez Director del proceso Administrativo*, Tercera Parte, del Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa–, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Página 52.

⁷¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 13.168. Demandante: Audy Hernando Forigua Panche y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Justicia –. Bogotá D.C. cuatro de diciembre de dos mil seis. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2007, páginas 1158 a 1185. Criterio jurisprudencial reiterado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera,

- Las fórmulas de matemática financiera a tener en cuenta para liquidar el lucro cesante son las siguientes:

Lucro cesante consolidado o vencido:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Donde:

Ra= Renta mensual actualizada.⁷¹²

i = Interés técnico mensual (0.004867).

n= Número de meses comprendidos entre la fecha de los hechos y la fecha de la ejecutoria de la sentencia o del auto aprobatorio de la liquidación.

Lucro cesante futuro:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

Donde:

Ra = Renta mensual actualizada.

i = Interés técnico mensual (0.004867).

n= Número de meses que transcurrirán entre la fecha de ejecutoria de la sentencia o del auto aprobatorio de la liquidación y hasta terminar el período indemnizatorio respectivo.

- Es importante anotar sobre este tema lo siguiente: es necesario acreditar el grado de incapacidad laboral cuando se trata de lesiones que aparentemente no incapacitan a una persona para trabajar prima facie. Por ejemplo: la lesión de una mano o de la cara. En estos eventos no basta la incapacidad médico legal dado que esta última solo acredita el tiempo que se necesita para recuperarse fisiológicamente de la lesión, empero, no especifica con precisión el porcentaje de afectación de la capacidad productiva.
- Si la incapacidad laboral es superior al 50%, el lucro cesante se debe reconocer por el 100%, tal como lo ha señalado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011), Expediente: 05001232500019960142 01, Radicación interna No.: 20.171, Actor: Manuel Antonio Echeverri Acevedo y otro, Proceso: Acción de reparación directa.

⁷¹²

I. final
 $Ra=R \frac{I \text{ final} - I \text{ inicial}}{I \text{ inicial}}$ Esta es la fórmula para actualizar renta a la fecha de la sentencia con base en el IPC.
 I. inicial

[...] conforme lo tiene establecido la jurisprudencia actual de la sección tercera del Consejo de Estado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se condenará al 100% del pago del lucro cesante cuando una persona ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral “entendida ésta como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en su trabajo habitual” (Decreto 917, art. 2, lit. c.⁷¹³

- Un caso particular para resaltar en lo atinente al lucro cesante, es el evento donde el Consejo de Estado condenó al Instituto de Seguros Sociales a pagarle una pensión de invalidez equivalente a un salario mínimo mensual a una menor que sufrió daños cerebrales durante su nacimiento, debido a fallas en el servicio médico hospitalario. La prestación, que se hará efectiva cuando la menor cumpla 18 años, se otorgó bajo la figura del lucro cesante futuro o no consolidado ⁷¹⁴.
- Es pertinente anotar que el lucro cesante que se reconoce es aquel que proviene de actividades lícitas o protegidas por el ordenamiento jurídico y no de actividades ilícitas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 58 de la Constitución Política. Es por esto que el Consejo de Estado no ha reconocido lucro cesante por la inmovilización de automóvil al interior del cual los propietarios perjudicados transportaban licor sin los debidos permisos de las autoridades públicas correspondientes.⁷¹⁵ Así mismo, conducir sin pase también puede afectar el lucro cesante, siempre y cuando la conducción este ligada directamente con la actividad laboral de la víctima. Por otro lado, en el caso de los motociclistas, conducir sin casco no impide que se reconozca lucro cesante, pues es un asunto que se analiza en el nexo causal y que puede llevar a la disminución del perjuicio, siempre y cuando se genere una compensación de culpas.
- Ahora bien, en los casos previstos en el párrafo anterior es necesario tener en cuenta el grado de instrucción y la buena fe de la víctima, toda vez que, si la misma fue inducida en error, por principio de buena fe es pertinente reconocer el lucro cesante. Este sería el caso del lucro cesante a favor de menor de edad que actúa de buena fe, en cuyo evento el empleador no obtuvo el respectivo permiso para que este se desempeñara laboralmente y

⁷¹³ Sentencia del 5 de diciembre de 2005, radicado 13.339, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁷¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 2500023260001999901145-01 (27268) de enero 13 de 2009, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁷¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de diciembre de 2006. Expediente 16347. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2007, páginas 594 a 598

luego por un comportamiento dañino atribuible a la administración pública dicho menor pierde su capacidad laboral. Es evidente que quién incumplió la normativa laboral fue el empleador, empero, el menor de edad confió en que dicho empleador lo vinculaba de forma legal.

- Es necesario acotar que si el salario mínimo base de la liquidación, el cual normalmente es el que se causaba al momento del daño, resulta inferior al que se encontrare vigente al momento de liquidar la indemnización, se preferirá este último. Así lo ha expresado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Por razones de equidad, la Sala aplicará el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia, dado que la actualización de aquél que aplicaba para la época en que ocurrieron los hechos, resulta inferior al valor actual del salario, esto es \$461.500.⁷¹⁶

Ahora, el capital inmovilizado también es susceptible de generar lucro cesante, tal como lo ha aceptado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Con todo y aunque el actor no demostró que el vehículo estuviese en estado productivo, la Sala en cuenta que la retención del vehículo representa un capital inmovilizado que de conformidad con lo dispuesto en las normas civiles tiene como mínimo una renta anual del 6%, porcentaje que habrá de aplicarse durante el período que tuvo lugar la retención del vehículo. A este respecto, de tiempo atrás la jurisprudencia tiene determinado que sobre un capital inmovilizado puede otorgarse, como indemnización por lucro cesante, el 6% anual que hubiera producido el capital que se ha visto paralizado a causa del daño: [...].⁷¹⁷

La liquidación de este tipo de lucro cesante es explicada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

De modo que en el sub lite debe tenerse en cuenta el valor del vehículo, consignado en la fotocopia de la factura No 147 de venta del mismo que indica un precio total del mismo de \$10.926.792

⁷¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil ocho (2008). Radicación número: 47001-23-31-000-1995-03986-01 (16413). Actor: Judith Monterrosa y otros. Demandado: Nación –Ministerio de Defensa– Ejército Nacional. Referencia: Acción de Reparación Directa–Apelación Sentencia.

⁷¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de diciembre de 2006. Expediente 16347. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2007, páginas 594 a 598.

- El perjuicio moral: Es el dolor, la congoja, el sufrimiento y la aflicción compensables con una suma de dinero o mediante otra forma decidida por el Juez.

En este evento en particular entra a jugar con todo su esplendor el principio del *arbitrio judis*, debido a que se trata de indemnizar un perjuicio que es imposible medir en dinero y, por lo tanto, el juez debe tratar de, con una suma determinada, compensar en parte el sufrimiento acaecido con el daño⁷¹⁹. Por tanto, se pensaba que los perjuicios morales no se podían acreditar a través de un dictamen pericial u otro medio probatorio de carácter objetivo y quedaban bajo la órbita del Juez en lo atinente a su tasación, de conformidad a su sano criterio. En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

[...] El daño moral, por su naturaleza, no puede ser evaluado por peritos. Ahora bien, como el daño moral subjetivo incide en la órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos, y como consiste en el pesar que padece la víctima y que solo ella puede medir su intensidad, resulta claro que ese daño no puede ser evaluado por medio de la prueba pericial, de un lado, pues su naturaleza propia lo hace inasible, según lo tiene dicho la Corte y, de otra parte, porque la peritación únicamente es procedente para verificar hechos que requieren especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, según lo declara expresamente el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil. Además, como todo dictamen debe ser claro, preciso y detallado y ha de expresar los fundamentos técnicos o científicos en que se estriba (art. 237-6 *ibidem*), pues en su apreciación por el Juez el valor de convicción dependerá de su firmeza y de la precisión y calidad de sus fundamentos (art. 241 siguiente), palmario resulta que si no existe, en el estado actual de la civilización, medio para evaluar ese daño moral, el dictamen necesariamente carecerá de fundamentos sólidos respecto a la fijación del quantum, por lo cual, en este punto, ninguna fuerza de persuasión tendría. Es al Juez, pues, a quien corresponde en el caso regular el llamado precio del dolor. Y aunque es claro, por las mismas razones antes expuestas, los jueces no están situados en mejor

⁷¹⁹ “La condena por daños morales obedece más a una reparación que a una realidad cuantitativa, porque ciertamente resulta en extremo difícil, por no decir que imposible medir o calcular el valor económico de los sentimientos que en un determinado momento sufre una persona...”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 1509 del 6 de septiembre de 1991, con ponencia del Dr. Daniel Suarez Hernández. Extractos de jurisprudencia, Tomo XIII, Imprenta Nacional 1992, página 126.

posición que los peritos para fijar ese monto, por lo cual su decisión podría ser también, en cierto modo, arbitraria, es evidente que dada la altura de la misión que se les confía, que busca certeramente dispensar a cada uno su derecho, *ius suum cuique tribuere*, augura propicia que el pronunciamiento sobre ese punto sea clara realización de la justicia al lograr un humano equilibrio entre la equidad y el derecho, como lo ha pregonado Gorphe [...]”.⁷²⁰

A pesar de lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, el Consejo de Estado revaluó la mencionada posición, dado que consideró que, a más de las pruebas indirectas para acreditar los perjuicios morales, también es viable la prueba directa, en especial la valoración pericial, veamos:

El primer problema jurídico que la Sala aborda, se relaciona con la posibilidad de emplear la prueba pericial para establecer la magnitud del daño o perjuicio moral.

Sobre el particular, la Sala considera que le asiste razón al recurrente, toda vez que deviene perfectamente viable solicitar un experticio para que se establezca la existencia, magnitud y delimitación del perjuicio moral. Así mismo, este tipo de daño puede ir asociado con una alteración psíquica o social, lo que, eventualmente podría influir en la determinación de la indemnización decretada.⁷²¹

Por otro lado, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado aplicó el test de proporcionalidad para liquidar los perjuicios morales, técnica utilizada con el objeto de determinar el monto de los perjuicios objeto de indemnización de la manera más objetiva posible. Allí obviamente se manejan los tres elementos del test, es decir, la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, y para ello se tienen en cuenta criterios en relación con los familiares inmediatos y cónyuge y los familiares derivados, específicamente en lo atinente con la convivencia, o si no hay convivencia se tiene en cuenta la relación de cercanía y finalmente, si no hay convivencia o relación de cercanía, solamente se contempla la simple presunción de registro civil. Cada uno de esos criterios es sometido a los elementos anotados, aplicándole a los mismos una cantidad de salarios mínimos, la cual será superior si se trata de familiares inmediatos y cónyuge.⁷²² Veamos como expresa la jurisprudencia de manera gráfica la aplicación del test:

⁷²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de septiembre 27 de 1974, T-CXLVIII, p.251.

⁷²¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de mayo 27 de 2009. Radicación interna 35359. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2009, páginas 1270 y 1271.

⁷²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 20144, de agosto 19 de 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Tabla 1. Determinación de monto de la indemnización.

	Con convivencia.	Sin convivencia pero con relación de cercanía.	Sin convivencia y sin relación de cercanía (simple presunción de registro civil).
Familiares inmediatos y cónyuge.	100 SMMLV	50 SMMLV	25 SMMLV
Familiares derivados.	50 SMMLV	25 SMMLV	10 SMMLV

Fuente: elaboración propia.

Sin embargo, este test ha generado críticas al interior del Consejo de Estado, en las aclaraciones de voto pertinentes, pues se esgrime que el *arbitrio judis* resulta más equitativo porque se acompasa al caso concreto y no a criterios estándar que pueden resultar equívocos, como la convivencia, dado que los lazos fraternos pueden permanecer intactos a pesar de la distancia. Así mismo, en tales aclaraciones se sostiene que el test de proporcionalidad opera para dilucidar la constitucionalidad de una regulación que restringe derechos fundamentales, por ende, no es pertinente utilizarlo en estos menesteres.⁷²³ En consonancia con tales aclaraciones el Consejo de Estado, en providencia de novísima factoría, recogió el test de proporcionalidad descrito líneas atrás.⁷²⁴

Por otro lado, el Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 13232, del 6 de septiembre de 2001, Magistrado Ponente Alier Eduardo Hernández Enríquez, señaló que la indemnización por este concepto, tendrá un monto máximo de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de esta manera se dejó de lado el gramo oro como medida para determinar el valor de este perjuicio. No obstante la compensación por perjuicio moral puede superar este límite pretoriano, tal como lo ha aceptado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] Y en sentencia reciente, dictada el día 13 de febrero de 2003⁷²⁵, se destacó el carácter no reglado de la facultad de cuantificación del

⁷²³ Ver: las aclaraciones de voto a la providencia identificada como Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 20144, de agosto 19 de 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. De tales aclaraciones encontrarán extractos publicados en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2012, páginas 108 a 117.

⁷²⁴ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 0500123250001994207901 (21859) de marzo 13 de 2012, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁷²⁵ Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Expediente No. 12654; actor: María Luciola Montenegro y otros.

perjuicio moral, pues “[...] la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador, en cada caso, según su prudente juicio [...]”, y que por ello la sugerencia hecha por la Sala en el fallo proferido el día 6 de septiembre del 2001 sobre la imposición de condenas por perjuicio moral en un máximo de 100 salarios mínimos legales no significa que no pueda ser mayor cuando se pide una mayor indemnización y se alega y demuestra además una mayor intensidad en el padecimiento del daño moral, como lo ha dicho la Sala en otras oportunidades [...].⁷²⁶

Es importante resaltar sobre este punto en particular que si se da simultáneamente la muerte de dos o más seres queridos, cada muerto debe ser valorado con cien salarios mínimos para cada perjudicado como tope máximo de indemnización. Veamos un ejemplo de la jurisprudencia: “Por lo anterior, se condenará a los demandados a pagar a los padres de los hermanos Carmona Castañeda la suma equivalente en pesos a 200 salarios mínimos legales mensuales, para cada uno de ellos, a los hermanos y la compañera permanente e hijos del primero el equivalente a 100 salarios de la misma índole”.⁷²⁷

En materia de perjuicios morales, el Consejo de Estado ha generado una presunción de hombre en lo que tiene que ver con el acaecimiento de un daño antijurídico en cabeza de una persona, respecto de sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad. Veamos:

[...] se presume que un daño antijurídico inferido a una persona, causado por la acción u omisión de las autoridades públicas, genera dolor y aflicción entre sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales. Como presunción de hombre que es, la administración está habilitada para probar en contrario, es decir, que a su favor cabe la posibilidad de demostrar que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se han tornado inamistosas, o inclusive se han deteriorado totalmente.⁷²⁸

⁷²⁶ Consejo de Estado, Sentencia, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 29 de noviembre de 2004, Radicación No. 66001-23-31-000-1995-3298-01 (14774). Actor: Jorge Arbey Vanegas Parra y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Consejo Superior de la Judicatura.

⁷²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2008. Expediente 16996. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2008, páginas 785 a 804.

⁷²⁸ Jurisprudencia y Doctrina, Tomo XXI, *Legis*, Bogotá D.C., 1992, Sentencia dictada el 17/07/92 con ponencia del doctor Daniel Suárez Hernández, página 835. En este punto es importante señalar providencia del Consejo de Estado donde se desvirtuó la presunción de hombre a que hacemos referencia, veamos: “Ahora bien, en relación con el supuesto daño padecido por el señor (xxx) –padre del menor lesionado–, para la Sala, del acervo probatorio, se desprende una serie de indicios que llevan a concluir que aquél no veía en forma alguna en el sostenimiento económico y afectivo requerido por el niño; lo anterior, como quiera que solo mostró

Sin embargo, la presunción anotada no operaba en materia de hermanos mayores de edad, tal como lo precisaba la jurisprudencia en los siguientes términos: “La Sala Plena de esta corporación ha sentado el criterio según el cual los perjuicios morales se presumen únicamente en tratándose de padres, hijos, cónyuge y hermanos menores, pues en relación con los hermanos mayores, se requiere la demostración plena de la relación afectiva que existe entre estos y la víctima”.⁷²⁹

A pesar de lo anterior, la doctrina establecía que el Consejo de Estado debía modular su posición frente a hermanos recién nacidos o que están en una época cercana al momento en que cumplieron la mayoría de edad en el lapso de la ocurrencia del daño, así:

Sería muy interesante establecer la razonabilidad de los argumentos jurisprudenciales reseñados, si por ejemplo, coinciden (o son cercanas) las fechas del hecho dañoso, con el cumpleaños de uno de los hermanos demandantes que llega a su mayoría de edad, y por supuesto, no hay otra prueba respecto de los perjuicios morales. De allí que parece prudente afirmar que la regla jurisprudencial habría que modularla al caso concreto, pues no parece razonable que unos pocos días de diferencia impidan la aplicación de la Presunción judicial o de hombre. Lo mismo podría decirse de casos en donde el hermano menor de edad tan solo tiene unos meses de vida.⁷³⁰

Ahora bien, es evidente que en recientes pronunciamientos el Consejo de Estado no ha venido haciendo la distinción entre hermanos mayores y hermanos menores para darle vía libre a la presunción, de lo cual se infiere que la máxima Corporación de lo contencioso Administrativo de manera tácita, ha dejado atrás dicha discriminación y por el simple hecho de que se trate de hermanos la presunción opera sin que importe la edad de los mismos.⁷³¹ Esta postura es

interés en el reconocimiento de su paternidad, una vez avizoró la posibilidad de demandar el reconocimiento ante esta jurisdicción de una serie de perjuicios eventualmente a él acusados; de allí que se ha enervado la presunción respecto a los perjuicios morales sufridos por el padre”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Radicación No. 17918.

⁷²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de septiembre 13 de 1999. Expediente 15.504. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2000, páginas 47 a 49.

⁷³⁰ HERNÁNDEZ GÓMEZ, William, Ensayo: La Carga de la Prueba, Causa Probable, Presunciones Judiciales, Segunda Instancia y Otros. Próximo a publicarse en la obra Juez Director del Proceso Administrativo, Segunda Parte, Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa–, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, página 325.

⁷³¹ Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 20 de febrero de 2008. Expediente 16996. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2008, páginas 785 a 804. También: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, Rad.: 05001–23–31–000–1998–02290–01. No interno: 29.273. Actor: Roberto Zuleta Arango y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa– Ejército Nacional. Proceso: Acción de reparación

confirmada por la Corte Constitucional a través de pronunciamiento al interior de acción de tutela contra providencia judicial, en cuyo caso la decisión judicial acusada hizo la discriminación anotada, en franco desconocimiento del precedente judicial que el Consejo de Estado había asumido sobre la materia. Veamos el aparte pertinente del pronunciamiento de la máxima autoridad constitucional a que se hace referencia en este párrafo:

Examinado el contenido de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 15 de agosto de 2008, la Sala observa que para justificar la decisión de no reconocerle los perjuicios morales a los hermanos del soldado Hugo Hernández se adujo que eran mayores de 18 años “para la época de los hechos” y que no se había demostrado “un perjuicio relevante de esta naturaleza, que superara el dolor propio de la pérdida de un allegado”, en sustento de lo cual fue citada la sentencia de 7 de octubre de 1999, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Como fácilmente se advierte, el precedente citado ha sido superado y de la nueva posición prolijada por la Sección Tercera no se hace mención en la Sentencia del Tribunal, de donde se deduce que tampoco aparece resumida su esencia y razón de ser y menos aún la manifestación de las razones por las cuales el Tribunal resuelve el caso con fundamento en una posición opuesta a la que constituye el precedente actual.⁷³²

Fuera de los integrantes del núcleo familiar referidos en el extracto jurisprudencial transcrito, no cabe presunción de ningún tipo para otros miembros de la familia en esta materia, así convivan en el mismo techo, veamos:

[...] la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, la cual se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla (por tanto) resulta suficiente para acreditar el dolor la prueba de la condición de compañera permanente, como la calidad de cónyuge es adecuada para probar dicho dolor. No sucede lo mismo con los terceros damnificados (sobrinos) porque si bien es cierto todo el grupo familiar vivía en la misma casa, también lo es que la aflicción que los testigos narran es genérica y no alude en particular al sufrimiento de los menores por la muerte de su tío. La convivencia en una misma casa es solo una

directa, Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil siete (2007). Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2008, páginas 56 a 82

⁷³² Corte Constitucional, Sentencia T-934 de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

de las circunstancias a tener en cuenta para determinar la aflicción sentimental pero no puede ser la única. Se define entonces que los sobrinos de Enrique, no acreditaron el daño moral que dijeron haber sufrido [...].⁷³³

Sin perder de vista lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, es criticable la posición que ha asumido el Consejo de Estado en torno a los hermanos medios menores, dado que considera que en dicho evento no opera la presunción que hemos venido estudiando, lo cual lo encontramos discriminatorio e inequitativo, pues el carácter de hermano medio o de hermano por parte de ambos progenitores, respecto a la víctima, ofrece un mismo grado de consanguinidad a la luz del ordenamiento jurídico.⁷³⁴

Lo que sí resulta loable por el Consejo de Estado es reciente pronunciamiento donde señaló que cuando los medios probatorios acrediten una relación de especial afecto y protección entre un hijo de crianza y su padre (más allá del parentesco y de la solemnidad de la adopción), debe inferirse el perjuicio moral padecido por cualquiera de ellos, a la hora de indemnizar un daño probado en un proceso de responsabilidad.⁷³⁵

Por otro lado, cuando estamos en presencia de lesiones físicas, se decía por la jurisprudencia que había que distinguir en materia probatoria, las lesiones graves de las leves, porque esta distinción era directamente proporcional para la indemnización de perjuicios morales y su presunción de conformidad a los parámetros anotados líneas atrás. Aún más, se decía que en el evento de perjuicios morales derivados de una lesión leve, era pertinente probarlos plenamente, toda vez que en este caso no operaban las presunciones a que se hizo referencia anteriormente, las cuales sí procedían cuando las lesiones eran graves⁷³⁶.

Sin embargo, la anterior posición fue revisada por el Consejo de Estado, quién consideró que la presunción opera independientemente de que se trate de una lesión grave o leve, aunado a que concluyó que la gravedad o levedad de la lesión incide directamente en el quantum indemnizatorio, empero, se reitera, no afecta el indicio anotado. Veamos aparte pertinente de la jurisprudencia sobre el particular:

⁷³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de abril de 2004, Consejero Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Radicación número: 63001-23-31-000-1997-04420-01 (15088). Actor: Israel Cruz Rodríguez y otros. Demandado: Universidad del Quindío.

⁷³⁴ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, sentencia del 21 de septiembre de 2000. Radicación número: 11766. Actor: José Epímenio López Gómez y otros.

⁷³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 18846, de marzo 26 de 2008, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁷³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de octubre 28 de 1999. Expediente 12.384. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2000, páginas 49 y 50.

En esta oportunidad, considera la Sala que no hay lugar a realizar tal distinción, comoquiera que la diferenciación entre lesiones graves y leves está relacionada con el grado de intensidad con el que se sufre el daño, esto es, la gravedad de la lesiones corporales que eventualmente le resultarían imputables al Estado, pero no está relacionada con la presunción de los perjuicios morales por las víctimas indirectas del daño, en consideración a que se presume que en los eventos de lesión o muerte los perjudicados indirectos tienen derecho a que se les indemnice por los perjuicios morales que se les haya causado de manera antijurídica.⁷³⁷

En este orden de ideas, es necesario acotar en este momento que las presunciones en materia de perjuicios morales a que se ha venido haciendo referencia en los párrafos anteriores no son exclusivas de la muerte o las lesiones graves, las mismas también se predicen en otros casos como la desaparición forzada o la privación injusta de la libertad, tal como lo ha aceptado el Consejo de Estado⁷³⁸.

Por otro lado, la jurisprudencia ha aceptado la indemnización por perjuicios morales en eventos de pérdida o deterioro de cosas inanimadas o animales, sin embargo, en estos casos no hay presunciones y tales perjuicios deben estar probados de manera plena. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Ahora, en relación con los perjuicios morales causados por el daño o pérdida de las cosas, la Sala en providencia del 30 de julio de 1992, señaló que, salvo en circunstancias muy especiales, la pérdida de las cosas materiales no amerita el reconocimiento de dichos perjuicios, pues “la materia necesita ser tratada con un especial enfoque cultural y filosófico para no rendirle culto a las personas que, no poseen las cosas, sino que se dejan poseer por ellas”.⁷³⁹

⁷³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de octubre 15 de 2008. Expediente 17486. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2009, páginas 243 y 244. Posición reiterada en Sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente: 19046, de agosto 18 de 2009, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁷³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 13.168. Demandante: Audy Hernando Forigua Panche y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Justicia – Bogotá D.C. cuatro de diciembre de dos mil seis. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2007, páginas 1158 a 1185. En esta providencia se reconoció por perjuicios morales 70 SMLMV. por privación injusta de la libertad, lo que daría lugar a pensar en esta cifra como un tope para estos eventos.

⁷³⁹ Expediente 6.828, C.P. Julio César Uribe Acosta. Posición reiterada entre muchas otras, en sentencias de 7 de abril de 1994, expediente 9367.

No obstante, en decisiones posteriores, la Sala ha adoptado un criterio más amplio que ahora se reitera, para considerar que hay lugar a indemnizar todo perjuicio moral, sin importar su origen, inclusive el derivado de la pérdida de bienes materiales o el causado con el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, siempre que, como sucede con relación con cualquier clase de perjuicios, aquéllos sean demostrados en el proceso ⁷⁴⁰.

Ahora bien, es pertinente advertir que no todo perjuicio de carácter moral tiene la entidad suficiente de ser indemnizado, habida cuenta que tal perjuicio debe adquirir una connotación o envergadura de tal magnitud que sugiera la necesidad de ser reparado al interior de un estado de derecho y de un concepto de justicia material. El Consejo de Estado sobre el particular explica lo siguiente:

La afirmación escueta hecha en el concepto de violación (fl. 9, c. 1), de que el demandante experimentó un perjuicio moral subjetivo por el natural abatimiento (sic) o conmoción psíquica que generó el hecho, al privarlo súbitamente de una apreciable y por efecto ineludible, de la violación de su derecho, por el comportamiento de la administración municipal de San Pedro y de las Empresas Públicas de Medellín (fl. 9, c. 1), no resulta lo suficientemente convincente como para que la Sala pueda admitir que se produjo una lesión moral de tal magnitud que alcance a ser indemnizable. El daño moral, para que sea resarcible, ha de ser de tal entidad, que se justifique ordenar una compensación preparatoria. Entender que cualquier hecho negativo en el patrimonio económico de una persona, comporta un daño moral indemnizable, es extremar la idea del resarcimiento moral, porque con mejores razones éticas podría sostenerse que la enfermedad, la pobreza o la muerte de un amigo, de un vecino o de un pariente lejano, generarían derecho a la compensación moral. Lo anterior es suficiente para denegar la súplica que se examina. ⁷⁴¹

Siguiendo con el derrotero de subreglas en materia de perjuicios morales, es importante precisar que cuando lo que se pretende es obtener una indemnización por el daño al derecho a elegir del paciente, en otras palabras, la transgresión al consentimiento informado, el único perjuicio viable para la víctima es el moral, tal como lo ha aceptado la jurisprudencia en los siguientes términos:

⁷⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 5 de diciembre de 2006. Expediente 16347. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2007, páginas 594 a 598.

⁷⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección 3ra., febrero 20 de 1989, apelación contra sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia; exp. No 4655 (97); C.P. Antonio José de Irisarri Restrepo; actor: Alfonso Sierra Velásquez.

En pocos términos, lo que se indemniza es el dolor moral que sufre el paciente como consecuencia de habersele conculcado su derecho a decidir libremente el someterse a un tratamiento que implicaba riesgo. Ahora la graduación de la indemnización tendrá en consideración la intensidad del dolor moral padecido, el cual a su vez debe atender, como ya se señaló, circunstancias tales como el mayor o menor desmejoramiento de las condiciones de salud del paciente; el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal; la incidencia de ese tratamiento sobre su vida, y la existencia o no de alternativas menos riesgosas, entre otros factores.⁷⁴²

Ahora, es importante acotar que en relación con los familiares o terceros damnificados como consecuencia del desmejoramiento de las condiciones de salud del paciente, o incluso su muerte, con ocasión de la realización del riesgo no informado en el tratamiento, se podría considerar el reconocimiento de otros perjuicios, dado que tales perjudicados no son los titulares del derecho a elegir de la víctima y, como consecuencia, no tienen control sobre el mismo. En este caso opera la pérdida de la oportunidad y como corolario el monto indemnizatorio debe disminuirse, pues se parte de la inexistencia de una falla en el servicio médico y, por tanto, lo único que se predica es un daño sobre el derecho a elegir de la víctima que impide la posibilidad de conservar las condiciones de salud preexistentes al tratamiento. Aún más, en lo atinente a la víctima cuando se desmejoran las condiciones de salud del paciente, nos apartamos parcialmente de la providencia trascrita, dado que la pérdida de la oportunidad también podría operar.

Finalmente cabe anotar que las presunciones señaladas en este acápite son desvirtuables, tal como sería el caso del abandono de un ser querido. Por otro lado, frente al *nasciturus* o huérfano durante la gestación, operan perjuicios morales dado que cuando el niño o niña crezca sentirá la ausencia de su padre o madre⁷⁴³.

⁷⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 23 de abril de 2008. Expediente 15737. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2009, páginas 578 a 594. Sin embargo, el Consejo de Estado no ha unificado su jurisprudencia en esta materia y por falta de consentimiento informado ha confundido el daño que en realidad es la imposibilidad del derecho a elegir, con la lesión propiamente dicha y, como consecuencia, ha ordenado una reparación del daño con base en todos los perjuicios irrogados como consecuencia de esa lesión y no solamente por los perjuicios morales que devienen por la conculcación del derecho a decidir libremente. Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 10 de marzo de 2011. Radicación 52001-23-31-000-1999-00118-01. Consejero ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2011, páginas 770 a 786.

⁷⁴³ Ver: jurisprudencia y doctrina. T. XIX, No 271, pp. 61 s., Consejero Ponente: Gustavo de Greiff Restrepo.

- Por daños a la vida de relación: el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, al citar jurisprudencia francesa, subrayó lo que considera por este perjuicio, así: “La jurisprudencia Francesa ha definido este

particular tipo de daño tomando como marco de referencia la Resolución 75-7 del comité de Ministros del Consejo de Europa relativo a la reparación de daños en casos de lesión corporal, adoptada el 14 de marzo de 1975, según la cual la víctima debe ser indemnizada de ‘diversos problemas y malestares tales como enfermedades, insomnios, sentimientos de inferioridad, una disminución de los placeres de la vida causada principalmente por la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras’ ”⁷⁴⁴.

Se deduce del aparte jurisprudencial transcrito, que este perjuicio se genera en todos aquellos eventos en que la persona ya no podrá continuar con su vida normal debido a la minoración patrimonial sufrida como consecuencia del daño, como en el caso de la pérdida de un pie, donde la persona afectada, vería disminuida y perturbada su capacidad de locomoción y estaría obligado a utilizar una prótesis para el resto de su vida. Sobre la definición y la naturaleza jurídica del daño a la vida de relación, el Consejo de Estado expone que su alcance no solo se limita a perturbaciones fisiológicas o a la imposibilidad de realizar actividades placenteras, también la imposibilidad de ejecutar actividades cotidianas es de su ámbito, así:

Debe insistirse ahora, entonces, con mayor énfasis, en que el daño extramatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que en realidad, no podría ser sinónimo de aquella, ni siquiera en los casos en que este daño extramatrimonial –distinto del moral- es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre. Debe advertirse, adicionalmente, que el perjuicio al que se viene haciendo referencia no alude, exclusivamente, a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida, como parece desprenderse de la expresión *préjudice d’agrément* (perjuicio de agrado), utilizada por la doctrina civilista francesa. No todas las actividades que, como consecuencia del daño causado, se hacen difíciles o imposibles,

⁷⁴⁴ Sentencia de marzo 2 de 2000. Expediente 11.774. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

tendrían que ser calificadas de placenteras. Puede tratarse de simples actividades rutinarias, que ya no pueden realizarse, o requieren de un esfuerzo excesivo [...]. Lo anterior resulta claro si se piensa en la incomodidad que representa, para una persona parapléjica, la realización de cualquier desplazamiento que, para una persona normal, resulta muy fácil de lograr, al punto que puede constituir, en muchos eventos, un acto reflejo o prácticamente inconsciente. Resulta, sin duda, más adecuada la expresión daño a la vida de relación, utilizada por la doctrina italiana, la cual acoge plenamente esta Corporación. Se advierte, sin embargo, que, en opinión de la Sala, no se trata simplemente de la afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean. Este perjuicio extramatrimonial puede afectar muchos otros casos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación en general, con las cosas del mundo. En efecto, se trata, en realidad, de un daño extrapatrimonial a la vida exterior, aquél que afecta directamente la vida interior será siempre un daño moral.⁷⁴⁵

Es menester entender que este tipo de perjuicio no implica necesariamente una alteración orgánica objetiva que impida disfrutar de la vida, también un trastorno psicológico puede provocarlo, como cuando la persona próxima a la fallecida no vuelve a realizar determinada actividad que realizaba en compañía de quién falleció. O incluso, en el caso de hijo póstumo, dado que se privó al mismo de la posibilidad de tener un padre o una madre con todas las consecuencias que eso significa, en este sentido se ha pronunciado por el Consejo de Estado, así:

No obstante, la Sala aclara en esta oportunidad que en el caso del hijo póstumo si bien es posible que se repare el perjuicio moral, es indudable que el daño que principalmente sufre es la alteración en las condiciones de existencia. En efecto, si el perjuicio moral es el dolor, la aflicción o tristeza producida por el hecho dañino, es claro que tales sentimientos no fueron experimentados por quien aún no había nacido cuando éste se produjo. Lo que en realidad afecta a quien pierde a uno de sus padres antes de nacer es el apoyo, el afecto y la compañía, que habría recibido de éste.⁷⁴⁶

Otro evento donde a más de la víctima los seres queridos que la rodean también sufren daño a la vida de relación, es cuando aquella a raíz del comportamiento dañino sufre graves lesiones como la paraplejia, veamos:

⁷⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección Tercera, Sentencia de julio 19 de 2000, Expediente. 11842, Consejero Ponente: Alier Hernández.

⁷⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de agosto de 2002. Expediente 14.357. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2003, páginas 57 y 58.

En relación con sus padres y su hermano, considera la Sala que también procede una condena en el mismo sentido ya que de las pruebas valoradas se desprende que éstos también vieron afectada su vida familiar y social como consecuencia de la lesión padecida por J.A., en efecto, se vieron avocados a atender a una persona parapléjica, a pesar de no contar con los conocimientos y habilidad para ello y debieron además, acudir a la caridad de sus vecinos y amigos a fin de poder suplir los gastos que la salud del lesionado demandó y atender su propia subsistencia [...].⁷⁴⁷

Es pertinente anotar que el Consejo de Estado, por regla general, reconoce como monto máximo por este concepto 400 SMLMV⁷⁴⁸. Este monto ha sido reconocido en los casos más graves como la paraplejía, así: “En el caso en estudio con base en las pruebas referidas, la Sala concluye que J.A.A. sufrió perjuicio a su vida de relación, por lo que se condenará a la demandada a pagar al lesionado una suma equivalente a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de ejecutoria de ésta providencia”.⁷⁴⁹

Continuando con el análisis de este punto, es necesario precisar que el perjuicio a la vida de relación, al igual que el perjuicio moral, a pesar de ser perjuicios inmateriales, es susceptible de heredarse, tal como acontece con los perjuicios materiales. Así lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Se solicita en la demanda que se reconozca a los parientes del señor Arturo Miguel Sierra, en forma proporcional, la reparación del daño fisiológico padecido por éste antes de su muerte, ya que no falleció de inmediato.

La existencia de este perjuicio como la de los demás, puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e inclusive puede presumirse en razón de las circunstancias particulares del caso, o a partir de indicios.

⁷⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicación No. 41001 23 31 000 1993 07585 01 (30114). Actor: José Ámbito Alarcón y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Ejército Nacional.

⁷⁴⁸ Hasta hoy, la indemnización más alta reconocida por el Consejo de Estado en relación con los perjuicios por el daño a la vida de relación es de 4000 gramos oro (lo que hoy equivaldría a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes). Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de julio 19 de 2000. Expediente 11.842. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2000, páginas 1949 a 1954.

⁷⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra. Sentencia del 16 de agosto de 2007. Radicación No. 41001 23 31 000 1993 07585 01 (30114). Actor: José Ámbito Alarcón y otros. Demandado: Nación, Mindefensa, Ejército Nacional.

Adicionalmente se advierte que dicho perjuicio es transmisible, porque una vez causado se convierte en un derecho patrimonial que puede hacer parte del acervo hereditario.⁷⁵⁰

Ahora, es menester agregar que en recientes pronunciamientos el Consejo de Estado ha reconsiderado la denominación de este perjuicio y ha preferido utilizar la expresión: alteración grave a las condiciones de existencia, pues considera que es un concepto más omnicompreensivo. Veamos como lo define la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo: “Debe tratarse de una alteración que tenga una connotación especial en la vida del sujeto, que modifique de modo “superlativo” las condiciones en las que la persona se desenvolvía, que signifique un contraste significativo en relación con lo que implicaba la existencia normal del sujeto pasivo del daño antes que ocurriera el hecho generador de la alteración a las condiciones de existencia”.⁷⁵¹

Aunque al observar la definición anotada no observamos avance significativo frente al concepto de daño a la vida de relación, lo que si se evidencia es que, al contrario de lo que considera el Consejo de Estado, la alteración grave de las condiciones de existencia resulta ser un concepto más restringido que el primero. En efecto, de la definición trascrita se parte de una premisa: la existencia normal del sujeto pasivo, la cual se ve alterada de manera grave por el daño. Empero ¿Qué pasa si el sujeto pasivo no ve alterada su vida normal y sin embargo se modifica de manera grave sus condiciones de existencia?, ¿en este caso no se podría indemnizar este tipo de perjuicio? Por ejemplo: es evidente que el hijo póstumo no puede compartir su vida con su padre fallecido, lo que implica una alteración grave a las condiciones de su existencia, sin embargo, como se exige una modificación superlativa del curso normal de la vida, el hijo póstumo no tendría derecho indemnizatorio por este concepto, pues nunca compartió su curso vital con su padre. *A contrario sensu*, el daño a la vida de relación no exige como requisito *sine quanon* una alteración al curso normal de la vida, por ende, en el ejemplo que venimos analizando, no habría obstáculo alguno, bajo el amparo de este concepto, de reconocer una indemnización al hijo póstumo.

⁷⁵⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 15 de agosto de 2002. Expediente 14.357. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2003, páginas 58 y 59. Ver también: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 2007. Expediente 16180. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis* de octubre de 2007, páginas 1814 a 1816.

⁷⁵¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de cuatro (4) de mayo de 2011, Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourt. Radicación: 27001-23-31-000-1998-00027-01. Actor: Antonio Euclides Valois Martínez y otros. Demandado: Nación –Ministerio de Defensa– Policía Nacional. Expediente 17.396. Acción de reparación directa. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2011, páginas 1615 a 1642.

Por último, en novísimo pronunciamiento el Consejo de Estado incursiona con el concepto de daño a la salud en remplazo del daño a la vida de relación o la alteración grave en las condiciones de existencia, en lo atinente a lesiones psicofísicas de la víctima, empero, en el mismo concentra todas las categorías dispersas que se indemnizaban bajo el concepto de alteración grave de las condiciones de existencia, por tanto, no se encuentra un avance significativo en la materia y, al contrario sensu, se evidencia un afán de traer a colación nuevos conceptos que no aportan nada en relación con la reparación integral del daño.

Por otro lado, con la incorporación del daño a la salud se observa una confusión entre daño y perjuicios, dado que las lesiones a la integridad física no son las que se indemnizan sino sus consecuencias, es decir, el lucro cesante que se deja de percibir por tales lesiones, el daño emergente que toca sufragar por tales lesiones, los perjuicios morales padecidos por tales lesiones y el daño a la vida de relación acaecido por tales lesiones. Esto podría generar situaciones de inequidad pues al reparar la lesión sin observar sus consecuencias, simplemente se estandarizarían los montos indemnizatorios con base en las secuelas y porcentajes de minusvalía que determinen los peritos, sin atender la vida relacional de la víctima. Es evidente que la pérdida del órgano de la locomoción de un menor de edad debe ser indemnizada con base en un mayor porcentaje por este concepto, en comparación con un anciano cuya expectativa de vida es inferior y que de suyo tiene alterado dicho órgano por el acaecimiento normal del paso de los años.⁷⁵²

2. El principio de la reparación integral.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998, señala que la reparación del daño debe ser integral y equitativa, es decir debe cubrir todos los perjuicios ocasionados con el mismo, empero no puede ir más allá, es decir, el daño es la medida de la indemnización de perjuicios. Con esto se busca, en palabras del Dr. Henao en la obra ya reseñada, que “la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o al menos, en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso”⁷⁵³, por lo tanto, se debe indemnizar el daño, solo el daño y nada más que el daño. Como corolario, es necesario incluir en la demanda todos los perjuicios sufridos por el daño, ya sea de manera genérica, aplicando en este caso el estándar mínimo del daño o de manera concreta individualizando cada uno de los mismos.

Aún más, es posible afirmar que no son incompatibles la acción civil y la acción de reparación directa que tengan como origen el mismo daño, habida cuenta que

⁷⁵² Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia 19031 de septiembre 14 de 2011, y 38222 de septiembre 14 de 2011, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁷⁵³ página 45.

la indemnización ordenada en una u otra, en ocasiones puede no cubrir de manera íntegra todos los perjuicios, lo que ocasionaría que la otra indemnice los que faltaren ⁷⁵⁴.

3. Reparación *in natura* o restitutoria y reparación pecuniaria.

Es pertinente manifestar que la reparación del daño, no necesariamente se hace a través de una indemnización pecuniaria, es posible una reparación “*in natura*” (diferente a la compensatoria o reparadora a través de una suma de dinero), como por ejemplo, tal como lo manifiesta el Tratadista Henao, “si nos encontramos ante una acción de reparación, bien se puede pedir que se restablezca el derecho a la honra afectado por una actuación estatal, por medio, verbigracia, de la publicación de libros que narren la historia de la violación de la dignidad de la persona, como ocurre en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” ⁷⁵⁵. Así mismo, otro ejemplo de reparación “*in natura*” lo constituye la reparación de daños ambientales por fumigación de cultivos ilícitos, pues el Estado no puede fumigar un cultivo sin haberlo identificado previamente como ilícito. Por lo tanto, en caso de que se produzca una afectación, procede la reparación “*in natura*” de los daños ambientales, cuando estos no son susceptibles de valoración económica. Como consecuencia, el Consejo de Estado le ordenó a la Policía ejecutar un proyecto de reforestación con especies maderables propias de la región, con el fin de obtener una reparación integral en los bosques afectados. ⁷⁵⁶

También, si se trata de la demolición de una construcción, es perfectamente viable obligar a que se ejecute una obligación de hacer, como sería volver a construirla. Es al demandante a quién le corresponde establecer los parámetros bajo los cuales quiere que se le repare el daño, por lo tanto, el libelista tiene en sus manos la forma de hacer efectivo el principio de integralidad de la reparación.

Sobre las formas de reparación diferentes a las meramente monetarias, la doctrina al hacer referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, explica lo siguiente:

Ahora bien, en los últimos años, el derecho internacional de los derechos humanos ha reflexionado sobre estos remedios, a fin de

⁷⁵⁴ “Ahora bien, al demandante en modo alguno se le puede cerrar la oportunidad de que una vez culminado el proceso penal en el cual se le reconocieron determinados perjuicios, accione ante la jurisdicción contenciosa para perseguir la reclamación de los daños que no hayan sido reconocidos en la jurisdicción penal, pues las autoridades deben garantizar la reparación integral de la indemnización a que tenga derecho el afectado” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 25 de octubre de 2001, expediente 13358, C.P.: Jesús María Carrillo Ballesteros.

⁷⁵⁵ Página 83.

⁷⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 18001233100019990 027801 (22.060), enero 30 de 2013, Consejera Ponente: Stella Conto Diaz del Castillo.

abandonar la idea de que la única forma de reparar esas violaciones es por medio de una indemnización o compensación monetaria por el daño sufrido. Aunque es obvio que esas indemnizaciones son importantes, existen otras medidas de reparación, como las siguientes: (i) la restitución, que es devolver la víctima, cuando sea posible, a la situación que tenía antes de que ocurriera la violación; (ii) la rehabilitación, que consiste en suministrar a las víctimas o a sus familiares los cuidados médicos y psicológicos necesarios para su recuperación; (iii) la satisfacción o compensación moral, que consiste en realizar las acciones tendientes a restablecer la dignidad de la víctima y difundir la verdad sobre lo sucedido y (iv) las garantías de no repetición, que comprenden todas las medidas tendientes a evitar repetición de esos crímenes. Pero eso no es todo; igualmente el derecho internacional ha propuesto y desarrollado formas de reparación simbólica y colectiva, que preserven la memoria histórica y restablezcan la dignidad de las víctimas. En todo caso, el deber de garantía incluye hacer cesar las consecuencias de las violaciones.⁷⁵⁷

Sobre las clases de reparación, la Corte Constitucional anota lo siguiente:

“[...] se parte de la idea convencional de que la restauración del daño puede ser restitutoria (devolución del mismo bien o restablecimiento de la situación afectados por la acción dañosa), reparadora (entrega de una suma equivalente al daño causado comprensiva del daño emergente y del lucro cesante) o compensatoria (entrega de una suma o de un bien que no repara el daño en su integridad pero mitiga sus efectos negativos)”.⁷⁵⁸

4. Solo se indemnizan perjuicios futuros ciertos, no eventuales.

Es pertinente anotar que es posible solicitar la indemnización de perjuicios aún no acaecidos, siempre y cuando sean ciertos, no eventuales, esto es, que se acredite su producción hipotética pero inevitable a través de pruebas específicas obrantes en el expediente. Por ejemplo, la muerte de un empleado público que había logrado su ascenso, empero, aún no había percibido la primera remuneración. Esto se

⁷⁵⁷ UPRIMNY YEPES, Rodrigo, UPRIMNY YEPES Inés Margarita y PARRA VERA Oscar, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Consejo Superior de la Judicatura –Sala Administrativa–, páginas 235 y 236. Sobre estas modalidades de reparación es pertinente advertir que la jurisprudencia colombiana las ha venido acogiendo, ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 29273 del 19 de octubre de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Ver también: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16996 de febrero 20 de 2008, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁷⁵⁸ Sentencia C–531 de 1993, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

demuestra con la resolución que lo ascendió. Sin embargo sin dicha resolución tal ascenso solo es hipotético, máxime si se está en presencia de Servidores Públicos que no están en alguna carrera laboral que les genere estabilidad relativa, en este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Desde el punto de vista jurídico, nada respalda el aserto de acuerdo con el cual el señor Audy Hernando Forigua Panche tenía derecho o “debía” ser ascendido una vez obtuviese el título profesional de ingeniero de sistemas pues, de acuerdo con el régimen del personal civil vinculado a la Policía Nacional vigente en ese momento -D. 2247/84-, dicho personal no disfrutaba de la estabilidad relativa y la garantía de ascender en el servicio con base en los criterios del mérito y la capacidad, consecuencias que se derivan de la aplicación de un régimen de carrera administrativa. Servidores públicos en empleos como el entonces desempeñado por el señor Forigua Panche de libre nombramiento y remoción carecen de garantía alguna de acceso, permanencia y retiro de la función pública, de manera tal que no puede sostenerse que el actor tuviese la certeza de verse beneficiado con un ascenso tan pronto obtuviera el título profesional y, en consecuencia, carece de carácter cierto el perjuicio alegado, pues se trataba de posibilidades meramente eventuales, que carecen de la entidad jurídica indispensable para dar lugar al reconocimiento y pago de indemnización.⁷⁵⁹

Ahora bien, fue un ejemplo recurrido por la jurisprudencia el hecho de la muerte de un menor, el cual, a la luz de los referidos pronunciamientos jurisprudenciales, no generaba perjuicios futuros ciertos de carácter material (lucro cesante), habida cuenta que su proyecto de vida era una incertidumbre. Sin embargo, en reciente pronunciamiento, el

Consejo de Estado acogiendo las recomendaciones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, le reconoció al perjudicado lucro cesante por la muerte de un menor por una probable etapa productiva entre los 18 y los 25 años de edad. Dicha Corte supone que en este lapso el hijo puede aportarle ayuda económica a su familia. Igualmente, presume que este apoyo va hasta los 25 años, pues es esta la edad en que, por lo general, las personas conforman su propia familia.⁷⁶⁰

⁷⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Expediente 13.168. Demandante: Audy Hernando Forigua Panche y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Justicia –. Bogotá D.C. cuatro de diciembre de dos mil seis. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de julio de 2007, páginas 1158 a 1185.

⁷⁶⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto 26036 de febrero 22 de 2007, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

5. Está prohibido el lucro con ocasión del daño.

Cuando el origen de las indemnizaciones provienen de una misma causa esto es, la ocurrencia del daño, es imposible su acumulación so pena de producirse un enriquecimiento con ocasión del daño, tal como sucede con los dineros reconocidos por una aseguradora a un tercero en virtud de un contrato de seguro cuyo amparo se hace efectivo en atención a la ocurrencia del siniestro, que no es más que el daño, y una condena como consecuencia de sentencia judicial como corolario del mencionado daño. El enriquecimiento con ocasión del daño riñe frente al principio de reparación integral donde solo se puede reparar el daño y nada más que el daño (art. 16 de la Ley 446 de 1998).

Sobre este punto es pertinente acotar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado el doble pago o *lucrum cum damno* (lucro con ocasión del daño), solo si las causas jurídicas que ofician como título provienen de orígenes diferentes, tal como ocurre con la erogación indemnizatoria con ocasión de una sentencia condenatoria y la que se deriva de la seguridad social o cuando el pago deviene del amparo de un seguro de personas⁷⁶¹. Aunado a lo anterior, en este sentido se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos:

El argumento que debe entrar en juego para la solución del problema en estudio, que consiste en afirmar la prohibición del doble pago a la víctima, se encuentra así supeditado por la solución que se tome al respecto de los dos puntos mencionados. [...] En caso de causa jurídica diferente, se acepta el doble pago porque se estima que el enriquecimiento que obtiene la víctima se encuentra justificado legalmente por la diferencia de causas que no son todas indemnizatorias. En este evento, la víctima puede quedar en una situación mejorada respecto de la que tenía antes del advenimiento del daño.⁷⁶²

C.El comportamiento administrativo dañino

Este segundo elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado no resiste mayores comentarios, sin embargo, es pertinente manifestar que, para que exista una responsabilidad estatal, se hace imprescindible que un comportamiento

⁷⁶¹ Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del tres (3) de octubre de dos mil dos (2002), Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque, Radicación 14.207. Actor: Juan Manuel Caro González. Demandado: Nación –Fiscalía General de la Nación–. Aunque en esta providencia se precisó que si el hecho causante del daño es imputable a un tercero distinto al patrono o empleador, no opera la acumulación, en virtud de la subrogación que la ley le otorga a la seguridad social para que sustituya a la víctima y pueda obtener del responsable el reembolso de lo pagado.

⁷⁶² HENAO PÉREZ, Juan Carlos, El Daño, Universidad Externado de Colombia, Página 64.

administrativo activo u omisivo, resulte involucrado al interior del proceso judicial iniciado en virtud de una acción de reparación directa, es decir, necesariamente la actividad o la omisión juegan un papel preponderante dentro del debate judicial, ya que son el potencial comportamiento dañino productor del daño⁷⁶³.

Por lo tanto, el segundo elemento a probar durante el debate probatorio (se recuerda que el primero es el daño), es que haya existido una actividad u omisión administrativa. Ejemplo: Se debe demostrar las circunstancias de modus operandi, tiempo y lugar en que ocurrió el desalojo por parte de la fuerza pública de unos amotinados en un establecimiento público (operación administrativa) o las circunstancias eventuales, de tiempo y lugar en que ocurrió el accidente de un peatón con un automóvil público (Hecho administrativo).

En este momento del estudio de la responsabilidad extracontractual estatal, se hace necesario tener en cuenta el fenómeno jurídico de la imputación, que es el que determina cuando el comportamiento dañino proviene de la administración, es decir, nos permite inferir cuando estamos en presencia de una actividad administrativa o una omisión administrativa, veamos:

D. La imputación

Es la atribución jurídica de uno o varios comportamientos dañinos a una o varias personas jurídicas públicas o privadas que ejercen funciones públicas.

Esta definición ofrece varios comentarios, así:

a. El Dr. Juan Carlos Henao nos ilustra sobre el elemento atribución jurídica que trae la definición, de la siguiente manera: “se trata de una atribución jurídica y no necesariamente material. Es decir, se puede imputar un daño (en realidad un comportamiento dañino) a una persona tanto por el hecho de causar directamente el daño como por permitir que se causara.”⁷⁶⁴ - lo que está entre paréntesis es fuera de texto-. Cuando se trata de una operación administrativa o de un hecho consistente en la realización de un evento involuntario estaremos en la primera hipótesis (atribución material), empero, si se trata de una omisión involuntaria se configura la segunda hipótesis (atribución jurídica). Un ejemplo de este segundo evento es el homicidio de un alto funcionario por la falta de vigilancia de la fuerza pública, estando ella enterada que su vida corría peligro.

⁷⁶³ Sobre este elemento el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo manifiesta lo siguiente: “Bien vistas las cosas, sin que haya una conducta activa u omisiva de por medio, la responsabilidad civil es impensable. Incluso, toda responsabilidad normativa, bien sea jurídica, moral o religiosa, supone siempre un comportamiento activo u omisivo del obligado”. (De la Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial Temis, Página 172).

⁷⁶⁴ Responsabilidad por Daños al medio ambiente, Universidad Externado de Colombia, Instituto de estudios del Ministerio Público, página 160.

Ahora bien, la imputación siempre es jurídica a pesar de que se trate de comportamientos activos, pues ella se construye a partir de deberes normativos. En otras palabras, responde a los siguientes interrogantes: ¿a quién se debe atribuir el comportamiento dañino? (posición de garante) y ¿por qué se le debe atribuir el comportamiento dañino? (título de imputación). Ambos interrogantes giran en torno a las normas que regulan el comportamiento dañino, por ende, cuando se habla de la atribución material a que se hace referencia en la doctrina descrita en este literal, es de aclarar que en realidad es un asunto más acorde al nexo causal en lo atinente a la causa material del daño que a la imputación.

b. Un daño puede ser causado por varios comportamientos dañinos que concurren en la producción del mismo; la lógica es simple: entre más comportamientos dañinos imputados más posibilidad de vincular al eventual responsable, aunque en la mayoría de los casos basta con un solo comportamiento dañino. Ejemplo: Una intervención quirúrgica que se realiza sin la debida diligencia y cuidado (operación administrativa) y la omisión de advertirle al paciente de las consecuencias nocivas susceptibles de materializarse durante dicha intervención (hecho administrativo). Sobre este último punto ver la sentencia de enero 24 de 2002, expediente 12.706, Consejero Ponente: Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros.

c. Si uno o varios comportamientos dañinos se imputan a una o varias personas públicas o privadas que ejercen funciones públicas, surge el concepto de responsabilidad solidaria entre los coautores. Este principio está acogido de manera general en el artículo 2344 del Código Civil, así: “si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”. Por ejemplo, un accidente de tránsito donde resultan involucrados dos vehículos pertenecientes a diferentes entidades oficiales, en cuyo caso resulta afectado un transeúnte.

Ahora bien, en ocasiones es inviable la solidaridad a pesar de que resultan involucradas dos entidades públicas en la producción del daño. Este es el caso de dos comportamientos dañinos diferentes que se le imputan a personas jurídicas diferentes y que ocasionan un solo daño, como sería el caso de un accidente de tránsito que ocurre como consecuencia de la presencia de un montículo de tierra en una vía del orden nacional, por la realización de una obra pública inconclusa por parte de una Empresa Estatal de Servicios Públicos y una deficiente señalización preventiva en dicha vía. Nótese que en este ejemplo se presentan dos comportamientos administrativos diferentes, la falta de señalización que sería imputable a Invías como ente administrador de las vías nacionales y la realización de obra pública que se le imputaría a la Empresa Estatal de Servicios Públicos

referida. En este caso no se puede predicar solidaridad habida cuenta que a la luz de la normativa referida en el párrafo anterior, el daño debe provenir de un mismo delito o culpa para que se pueda sostener este fenómeno. Sin embargo, la doctrina ha desarrollado una solución a estas situaciones con el objeto de que los perjudicados se vean favorecidos con una figura similar a la solidaridad, tal solución ha sido denominada como “obligación al todo”, así:

Ahora, suponiendo que se llega a la conclusión de que, pese a lo dicho por la Corte, es imposible aplicar la solidaridad en los casos planteados, en la medida que no estamos frente a un mismo delito o cuasidelito (y solo a éstos se refiere el artículo 2344 del Código Civil), de todas formas la víctima podrá reclamar la totalidad de la indemnización a cualquiera de los coautores responsables pero acudiendo, no ya a la solidaridad, sino a la figura de la obligación al todo a que ya nos hemos referido (*supra* T. I, 54). En efecto, habiendo todos causado todo el daño, toda la indemnización les podrá ser reclamada por la víctima a cual quiera de ellos.⁷⁶⁵

Así las cosas, la solidaridad o la obligación al todo permite al perjudicado cobrar por la totalidad de la obligación a una de las entidades que resultare involucrada en los hechos. Como corolario, esta posición del perjudicado no se puede ver afectada por el inciso tercero del artículo 140 del C.P.A., el cual señala: “En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño”. En efecto, esta disposición facilita las posibles acciones de repetición a que hubiere lugar, empero, la sentencia debe condenar a la entidad demandada al pago de la obligación por el 100%, así dentro de la providencia se establezca una responsabilidad menor en atención al aparte normativo transcrito. Es importante acotar que la Corte Constitucional declaró exequible la última parte del inciso segundo del artículo 140 del CPA, a través de la Sentencia C-644 de 2011, en lo atinente a la exigencia atribuible al particular que causa el daño de haber obrado bajo instrucción del Estado, para que este responda patrimonialmente.

d. El Dr. Henao, en la obra reseñada en el literal a del presente escrito, nos explica el fuero de atracción, así: “[...] en el evento que personas públicas y privadas sean coautoras del daño, o se presuma que lo son, se aplica el fuero de atracción, en virtud del cual la jurisdicción contencioso administrativa ‘atrae’ las personas privadas, que en principio deberían ser juzgadas por la jurisdicción ordinaria”⁷⁶⁶. Es decir,

⁷⁶⁵ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial *Legis*, página 60.

⁷⁶⁶ Página 160.

en el caso del fuero de atracción, la Jurisdicción Contencioso Administrativa puede juzgar y condenar a personas privadas. Este fenómeno jurídico se apoya en el principio de la economía procesal.

Es importante tener en cuenta el fuero de atracción, porque en la práctica las indemnizaciones en el Contencioso Administrativo son más cuantiosas. Así mismo es necesario acotar que a los particulares se les aplican las normas de la responsabilidad civil, así los juzguen jueces administrativos por fuero de atracción.

Por otro lado, es oportuno señalar que el fuero de atracción debe ser serio, dado que la simple imputación genérica de que no controló o no vigiló no es suficiente para involucrar una entidad pública donde en principio el comportamiento dañino solo le es imputable a una entidad privada. Este es el caso, por ejemplo, de la falla médica durante la intervención quirúrgica realizada por una clínica privada y donde simplemente se involucra al ente territorial respectivo porque no vigiló o controló la prestación del servicio, sin especificar comportamientos concretos imputables a dicha entidad. Veamos lo expuesto por la jurisprudencia sobre el particular:

Sin embargo, en relación con el factor de conexión – el cual, como se advierte, es el que da lugar a la aplicación del denominado “fuero de atracción”- la Sala estima oportuno destacar que su operatividad resulta procedente siempre y cuando desde la formulación de las pretensiones y la presentación del soporte probatorio de las mismas en el libelo contentivo de la demanda, pueda inferirse que existe una probabilidad mínimamente seria de que la entidad o entidades públicas demandadas, por cuya implicación en la *litis* resultaría competente el juez administrativo, sean efectivamente condenadas. Tal circunstancia es la que posibilita al mencionado juez administrativo adquirir –y mantener- la competencia para fallar el asunto en lo relativo a las pretensiones enderezadas contra aquellos sujetos no sometidos a su jurisdicción –fuero de atracción-, incluso en el evento de resultar absueltas, por ejemplo, las personas de derecho públicos, igualmente demandadas, cuya vinculación a la *litis* determina que es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la llamada a conocer del pleito, atendidos los otros cuatro factores atributivos de competencia recién referidos.⁷⁶⁷

⁷⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007. Expediente 15526. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2008, páginas 238 a 251.

e. La identificación de la persona pública a la cual se le imputa el comportamiento dañino, se debe hacer con precisión, porque el Juez debe determinar sobre qué patrimonio recaerá el pago o la obligación de hacer correspondiente. En el evento que se haga una mala escogencia, se desestiman las súplicas de la demanda por falta de legitimación en la causa por pasiva.

Sobre este literal se deben hacer las siguientes consideraciones:

1. No se puede demandar en el libelo a personas principales y subsidiarias, ya que esto va en contravía del principio de solidaridad o del fenómeno de la obligación al todo, instituciones comentadas líneas atrás. Esto produciría una sentencia inhibitoria.

2. Se debe constatar que se está demandando a una persona jurídica y no al Estado ya que este no posee personalidad jurídica (es necesario recordar que la personalidad jurídica radica en la Nación y no en el Estado). Por ejemplo: En el caso de un daño producido por una operación administrativa de carácter policial, se debe demandar a través de la siguiente fórmula: Nación-Mindefensa-Policía Nacional.

3. Es necesario manejar unos criterios para determinar a quién condenar, así: orgánico (Es la entidad pública a la cual está adscrito el funcionario o el bien que produjo el comportamiento dañino), funcional (la entidad pública que produjo el daño acaecido u ocurrido, bajo el ejercicio o con ocasión del ejercicio de sus competencias) y decisional (la persona pública que tiene el poder de decisión sobre el comportamiento dañino).

f. La diligencia y Cuidado: En los regímenes de responsabilidad de falla del servicio, falla presunta del servicio o por el hecho propio, la manera de desvirtuar el fenómeno de la imputación y de esta forma evitar una sentencia condenatoria es probando la diligencia y el cuidado, ya que a pesar de que el comportamiento de la administración o del agente produjo el daño, actuó de tal manera o forma, que para la misma o el mismo resultaba imposible evitarlo, es decir, en estos casos estamos ante una obligación de medio⁷⁶⁸ y no de resultado⁷⁶⁹ (no se presume la responsabilidad). Por ejemplo: durante una intervención quirúrgica muere el paciente, sin embargo se logra demostrar durante el proceso que los médicos que lo intervinieron actuaron atendiendo todas las normas de la literatura médica y,

⁷⁶⁸ La entidad pública o privada con funciones públicas solo se obliga a poner al servicio del administrado los medios de los cuales dispone; de hacer toda diligencia para ejecutar el deber administrativo sin ningún tipo de compromiso resultadista.

⁷⁶⁹ La entidad pública o privada con funciones públicas se compromete a procurar al administrado un resultado determinado y preciso y en caso de no lograrlo verá comprometida su responsabilidad.

además, le advirtieron al paciente, antes de la intervención, de los riesgos que corría al ser intervenido y sin embargo, dio su consentimiento. En este caso, el daño se produce pero no es antijurídico.

g. El deber administrativo del cual se colige la imputación se encuentra inmerso en el principio de legalidad, por tanto, el ordenamiento jurídico es la fuente de la imputación, toda vez que la falta a los deberes normativos se traduce en un título de falla atribuible a la Administración Pública.

h. Cabe anotar que la imputación obedece a dos cuestionamientos que se deben responder: ¿a quién se debe atribuir el daño? (legitimación en la causa por pasiva fundada en deberes normativos) y ¿por qué se debe atribuir el daño? (título de imputación fundado en la falla del servicio o en un régimen de responsabilidad objetivo. En el primer caso se precisan los protocolos o reglas que se debían seguir y en el segundo caso se explica la alteración en las cargas públicas o la creación de un riesgo). Por otro lado, la imputación es de carácter objetiva, toda vez que al Juez le importa muy poco auscultar el ámbito subjetivo del servidor público (dolo o culpa), salvo en acciones de repetición o pérdida de investidura.

i. El servidor público que actúa de manera personal, es decir, que su actuar no tiene nexos con el servicio, actúa como particular y como tal es considerado como tercero que con su comportamiento configura una falla personal y rompe el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño, siempre y cuando la conducta del Servidor sea la causa eficiente del daño. El Honorable Consejo de Estado ha traído a colación test diseñado por la doctrina para vislumbrar en que eventos los servidores públicos actúan con nexo del servicio y en que eventos su comportamiento no es atribuible a la administración pública y debe ser considerado como hecho o culpa de un tercero, así:

“Será falla del servicio la falla que presente un nexo con el servicio, o, lo que es lo mismo, una falla que no esté desprovista de todo nexo con el servicio”. Para determinar la existencia del nexo, elabora un esquema que sirve de guía, de la siguiente forma:

Nexo con el servicio

- a.** ¿Advino el perjuicio en horas del servicio? Sí No. Perceptible.
- b.** ¿Advino el perjuicio en el lugar del servicio? Sí No.
- b.** ¿Advino el perjuicio con instrumento del servicio? Sí No. Inteligible.
- d.** ¿El Agente actuó con el deseo de ejecutar un servicio? Sí No.
- e.** ¿El Agente actuó bajo la impulsión del servicio? Sí No.

Y anota, luego: “Si de la confrontación de que se haga del caso concreto con el esquema anterior se observa que todas las respuestas son negativas, nos encontraríamos indefectiblemente ante una falla personal clásica, excluyente de aquella del servicio, precisamente por lo que éste no puede ser vinculado de manera alguna con la producción del perjuicio. Por el contrario si mínimo hay una respuesta afirmativa, el nexo con el servicio puede aparecer, debiéndose anotar que su aparición será más contundente en la medida en que el juez pueda responder afirmativamente a más preguntas”.⁷⁷⁰

E. El nexo causal entre el comportamiento de la administración pública y el daño

Es el tercer elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, consiste en que debe existir una ligadura jurídica entre el comportamiento de la administración y el daño producido, es decir, la conducta activa u omisiva debe ser la causa eficiente del daño.

Es importante tener en cuenta que el nexo causal, es decir la ligadura jurídica que demuestra como causa eficiente del daño el comportamiento administrativo dañino, es una carga probatoria en cabeza del demandante, es decir, a él le corresponde demostrar que el comportamiento administrativo dañino es la causa eficiente del daño.

En materia de responsabilidad extracontractual del Estado por omisión se presenta una atribución jurídica y no simplemente física, por tanto, en estos eventos se hace indispensable aplicar la teoría de la causalidad adecuada para determinar el nexo causal entre el comportamiento dañino y el daño. Sobre este aspecto en particular el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos: “Ahora bien, considera esta Sala que, tratándose de la responsabilidad por omisión, establecido el daño, el análisis debe conducirse hacia la determinación de la causalidad y la imputabilidad, aplicando para el primer caso, obviamente, la teoría de la causalidad adecuada. En ese sentido, el problema radicaría en establecer, inicialmente, si existía la posibilidad efectiva para la entidad demandada de evitar el daño, interrumpiendo el proceso causal.”⁷⁷¹

⁷⁷⁰ Sentencia del 6 de noviembre de 1997, proferida por el Consejo de Estado, Sección tercera, Expediente 11091, Magistrado Ponente Juan de Dios Montes Hernández. Extracto jurisprudencial publicado en el Código Contencioso Administrativo de hojas sustituibles de *Legis*, páginas 186-1 y 186-2.

⁷⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Expediente 12789, febrero 21 de 2002, Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en el Código Contencioso Administrativo de hojas sustituibles de *Legis*, páginas 196-3 y 196-4.

A propósito de lo expuesto es pertinente anotar que la doctrina ha precisado básicamente dos teorías para configurar el nexo causal, así:

- Equivalencia de las condiciones⁷⁷² : Es la constatación de que condiciones múltiples son necesarias para que un daño se produzca. Ninguna de estas condiciones por sí mismas son suficientes para engendrar el daño sino que todas por el contrario son necesarias para causar el mismo daño, puesto que hipotéticamente, el daño es el resultado de su reunión o de su encadenamiento. Dentro de los antecedentes de un daño se puede localizar una falta sin la cual dicho daño no se hubiere causado. La equivalencia de las condiciones es inaplicable en la práctica, porque hasta las causas más inverosímiles serían las causantes del daño, por ejemplo, sería responsable hasta el dueño del almacén que vendió el arma homicida.
- Causalidad adecuada: No todas las causas que intervienen en la producción de un efecto son equivalentes. En consecuencia, solo las que se consideren adecuadas tienen incidencia causal desde el punto de vista jurídico. Los encadenamientos excepcionales se descartan. Hay que diferenciar las condiciones fortuitas de las adecuadas. Lo criticable de esta teoría es que en ocasiones confunde la culpa con el nexo causal.

Ahora, sobre la teoría de la causalidad adecuada el profesor Dalq, citado por Javier Tamayo Jaramillo, explica lo siguiente:

Esta teoría –la de la causalidad adecuada- considera también que para ser retenido como causa de un daño, un hecho debe ser la condición necesaria de dicho daño. Entendemos por ello la condición *sine quanon*, es decir, aquella sin la cual el daño no se habría producido. Pero contrariamente a la afirmación de los partidarios de la equivalencia de las condiciones, la teoría de la causalidad adecuada rechaza esta equivalencia y declara que no todas las condiciones necesarias podrán ser retenidas como causas; no se retendrá más que aquellas que están unidas al daño por una relación de causalidad adecuada.

Bajo esta condición suplementaria, los defensores de esta teoría entienden colocarse sobre el terreno psicológico para dar de la relación de causalidad una explicación práctica. Consideran que es necesario colocarse antes del evento para analizar el nexo de causalidad, lo que les conduce a no retener como causa sino los antecedentes de los cuales debía esperarse que produjeran el resultado que se realizó.

⁷⁷² Estas notas son extraídas de la obra del profesor Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial *Legis*, segunda edición 2007, corregida y aumentada, páginas 375 a 382.

Así pues, esta teoría tiene por efecto eliminar entre los antecedentes, aquellos que no han ejercido un papel en la producción del daño, más que por un encadenamiento que puede ser considerado como excepcional.

Los partidarios de esta teoría distinguen entre las condiciones que han causado el evento de manera fortuita y los que están unidos a ese evento por una relación adecuada. Un ejemplo es citado a este respecto por todos los autores:

A le da a B un golpe en la cabeza, insuficiente para provocar una lesión en un ser normal. Pero ocurre que B está afectado por una debilidad congénita de los huesos del cráneo y ese golpe leve basta para matarlo. El resultado se produjo pues, pese a que el acto que ha sido la condición de ello, no debía normalmente tener semejante efecto. La teoría de la causalidad adecuada conduciría a considerar la debilidad particular de los huesos del cráneo de B como un evento excepcional, y a considerar desde luego que el acto de A no es la causa del daño porque esta consecuencia no era previsible. Por el contrario, si se hubiera tratado de un niño, A habría podido prever semejante debilidad y su acto habría sido considerado como la causa adecuada de la muerte del niño.⁷⁷³

De los apartes jurisprudencial y doctrinal transcritos se infieren los siguientes requerimientos para que se configure el nexo causal en omisiones, así:

- Identificación de las condiciones que están unidas al evento por una relación de causalidad.
- Existencia de la posibilidad efectiva de la parte demandada de evitar el daño interrumpiendo el nexo causal.

Ahora bien, a pesar de que el nexo causal debe ser probado por el demandante, en materia de responsabilidad médica, y en general en aquellos eventos donde estamos en presencia de cuestiones técnicas a que no tienen acceso el común de la gente, el Consejo de Estado ha incursionado con la teoría de la causalidad probable, lo cual quiere decir: el demandante, en estas materias, está obligado a demostrar un nexo indiciario, es decir, a través de un hecho conocido se advierte un hecho desconocido, que resultaría el evento más probable que ocasionó la muerte. Justifica la alta Corporación, esta posición ante la dificultad que ofrece para la parte demandante perjudicada, ignorante en la mayoría de los casos de

⁷⁷³ De la Responsabilidad Civil, Tomo I, Teoría General de la Responsabilidad. Editorial Temis. Páginas 259 y 260.

la literatura médica, demostrar un nexo causal exacto entre el comportamiento administrativo dañino y el daño, empero, la administración pública, en ningún caso, estará obligada a demostrar cuál fue la causa del daño, basta con demostrar diligencia y cuidado para exonerarse del deber de indemnizar (como ya se explicó cuando se tocó el punto de la imputación). En efecto, la alta Corporación manifestó:

Probar la ausencia de falla no significa demostrar cuál fue concretamente la circunstancia que determinó la producción del daño. La carga que incumbe en estos eventos a las entidades oficiales prestadoras de servicios médicos y que se les impone en desarrollo de la falla que en su contra se presume, se limita a demostrar que su conducta fue diligente y que el daño sufrido por la víctima no fue producto de inatención o de atención inadecuada [...] Por tal razón, se ha dicho que la prueba de la ausencia de culpa no puede ser nunca, en realidad, una prueba perfecta, en la medida en que lo que se evidencia, mediante la demostración de la diligencia y el adecuado cumplimiento de las obligaciones de la entidad médica, es simplemente que el daño no ha tenido origen en su falta sin que tenga que demostrarse exactamente cuál fue la causa del daño recibido por el paciente, pues si se exigiera esta última demostración, se estaría pidiendo la demostración de una causa extraña, que es la causal de exoneración propia de los regímenes objetivos de responsabilidad⁷⁷⁴.

Ahora bien, es una verdadera aberración jurídica pensar en la presunción del nexo causal, habida cuenta de que así en materia médica se aligere su prueba como ya se explicó, empero, de todas maneras la carga de probar la causa más probable del daño continuará estando en cabeza de la parte demandante. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Se observa, conforme a lo anterior, que tratándose de la relación de causalidad, no se plantea la inversión –ni siquiera eventual- del deber probatorio, que sigue estando, en todos los casos, en cabeza del demandante. No se encuentra razón suficiente para aplicar, en tales situaciones, el citado principio de las cargas probatorias dinámicas. Se acepta, sin embargo, que la demostración de la causalidad se realice de manera indiciaria, siempre que, dadas las circunstancias del caso, resulte muy difícil – si no imposible- para el demandante, la prueba directa de los hechos que permiten estructurar ese elemento de la obligación de indemnizar”⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ Sentencia de 13 de julio de 1995, radicación 9848, citada en la revista médico legal de los meses de septiembre y diciembre de 2002, año VII, N°3, páginas 37 y 38.

⁷⁷⁵ Sentencia de 14 de junio de 2001, radicación 11901, citada en la revista médico legal de los meses de septiembre y diciembre de 2002, año VII, N°3, página 39.

A título de ejemplo de todo lo anterior, si una persona muere durante una intervención quirúrgica (el hecho conocido es la intervención quirúrgica el desconocido es la causa de la muerte), a la parte demandante le bastará demostrar que la persona murió durante la intervención quirúrgica (comportamiento dañino), sin ninguna exigencia probatoria adicional, ya que, a la parte demandante le queda muy difícil demostrar que el paciente murió porque no le suministraron determinada droga antes de la intervención o porque el médico no atendió el *modus operandi* científico y ejecutó de manera errónea el procedimiento quirúrgico, etc.. Es probable que la causa de la muerte del paciente solo salga a flote a través de un dictamen pericial, prueba imprescindible en estos casos (necropsia por ejemplo⁷⁷⁶), pero esto se dilucidará durante el debate probatorio. Aún más, es posible que nunca se llegue a saber la causa de la muerte del paciente y sin embargo, la entidad resulte absuelta porque logró demostrar que obró con diligencia y cuidado lo que conlleva un caso fortuito que rompe el nexo causal.

Es pertinente anotar en este punto que en materia médica se ha considerado necesario invertir el orden a la hora de abordar los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en el fallo, es decir, en primer lugar se debe acometer el elemento nexo causal y posteriormente la falla del servicio. Esto porque si se analiza en primer lugar la falla del servicio se corre en el riesgo de incurrir en un aparente fallo contradictorio, toda vez que a pesar de probarse la falla, es posible que la misma no sea la causa del daño. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “[...] Solo aquellas fallas a las que pueda atribuirse la producción del daño tendrán relevancia para la demostración de dicha responsabilidad, de manera que la inversión del orden en el estudio de los elementos citados puede dar lugar a que la falla inicialmente probada resulte inocua, o a valorar indebidamente los resultados del examen de la conducta, teniendo por demostrado lo que no lo está”.⁷⁷⁷

Sin perder de vista lo expuesto en el punto anterior, es importante hacer énfasis en lo siguiente: si acoge la postura del Consejo de Estado y se acredita en el expediente la causa probable del deceso, de la lesión o de la patología, como constitutiva de un hecho ajeno a la prestación del servicio, el fallador no tiene necesidad de abordar el elemento imputación y debe proceder a negar las pretensiones de la demanda por falta de nexo causal.

⁷⁷⁶ El Dr. Javier Tamayo Jaramillo, al comentar sentencia del Consejo de Estado, explica que si los familiares de la víctima no dejan practicar la necropsia y permanece oculta la causa del daño, se deben negar las pretensiones por falta de nexo. Veamos: “*Si la esposa no dejó practicar la prueba que demostraba si había causalidad o no, la lógica de lo razonable nos indica que ella debía haber corrido con las consecuencias de una prueba que dependía de la voluntad de ella y no facilitó*”. Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial Legis, 2007, Segunda Edición, corregida y aumentada, página 349.

⁷⁷⁷ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de junio de 2001, Radicación 11901.

A pesar de lo expuesto sobre la inversión del orden de los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado en materia médica, desde nuestra óptica no es aceptable dicha tesis, pues en la imputación se analiza el protocolo terapéutico (*lex artis*) que se debía seguir y el cumplimiento del deber de información frente a la intervención o tratamiento que se vaya a realizar, lo que se constituye en el consentimiento informado. Sin embargo, el reproche por no seguir los lineamientos conforme a la *lex artis* o por no informar adecuadamente los riesgos inherentes al caso, se realiza en el juicio de adecuación, precisamente cuando se analiza cuál fue la causa más probable que desató la causa material que finalmente produjo el daño que se pretende reparar. Por tanto, la falla del servicio solo aflora cuando se construye el nexo causal y no antes, pues, se reitera, en la imputación se precisa el protocolo y en el juicio de adecuación se configura el reproche.

Ahora bien, en lo atinente al servicio médico, es necesario tener en cuenta que el nexo causal también puede acreditarse cuando se perdió la oportunidad de sobrevivir o de recuperarse como consecuencia del hecho dañino, es decir, no necesariamente el comportamiento dañino es la causa del daño sino que se constituye en una acción u omisión que le restó posibilidades al paciente para superar su patología o su cuadro. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Debe advertirse que para que haya lugar a la reparación no es necesario acreditar que una adecuada prestación del servicio médico asistencial hubiera impedido el daño, pues basta con establecer que la falla del servicio le restó al paciente oportunidades de sobrevivir o de curarse. Se trata, en este caso, de lo que la doctrina ha considerado como la “pérdida de una oportunidad”.⁷⁷⁸

De la jurisprudencia cuyo aparte se transcribió se extraen los siguientes requisitos de la pérdida de la oportunidad, así:

- Se requiere que la víctima haya tenido una oportunidad, esto es, que haya contado con la ocasión de sobrevivir o recuperarse y que esta sea real y no meramente hipotética.
- Que por culpa del agente se haya perdido esa oportunidad, es decir, debe existir relación causal entre la conducta del agente y la pérdida de esa oportunidad.
- Cuando el perjuicio es la pérdida de una oportunidad de sobrevivir, el juez no puede condenar a la entidad pública a pagar una indemnización igual a la que debería si el médico hubiera matado realmente al enfermo.

⁷⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 10 de junio de 2004. Expediente 25.416. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2004, páginas 1592 a 1597.

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, consideramos que la pérdida de la oportunidad más que un asunto del nexo causal es un tema del quantum indemnizatorio, dado que el daño siempre será un evento fáctico (la muerte o la lesión) y la disminución de las posibilidades de supervivencia o recuperación se refleja en el porcentaje del dinero a reconocerse por cada uno de los perjuicios ocasionados con el daño.

Como corolario de lo expuesto en el párrafo anterior, consideramos que la pérdida de la oportunidad no es un evento fáctico sino un concepto jurídico que incide en el monto indemnizatorio, por tanto, clasificarlo como nexo causal, daño o perjuicio inmaterial, es un error que atenta contra la reparación integral del daño. Desafortunadamente, el Consejo de Estado, ha tenido pronunciamientos donde ha incurrido en la confusión antes señalada y, por ende, ha cometido injusticias como no reconocer perjuicios materiales a raíz de la muerte de una persona, bajo el argumento de que el daño no es la muerte sino la pérdida de la oportunidad. No, el daño es la muerte, y el monto de los perjuicios que se indemnice con base en la misma deberá reducirse dado que no existe certeza de que la persona habría sobrevivido, lógicamente dicha reducción se hará con base en el porcentaje de pérdida de supervivencia que el Juez colija de lo probado en el plenario, su sana crítica y el árbitro judis. Ahora, pasamos a transcribir aparte de la providencia que se critica y que resulta pertinente frente a lo que se acaba de comentar:

Dado que el perjuicio autónomo que aquí se indemniza no deviene exactamente de la muerte del señor José Serafín Flórez Nuncira sino de la pérdida de oportunidad de dicha persona de salvar su vida ante una confrontación armada con un grupo subversivo, la Sala no se pronunciará respecto de los perjuicios materiales solicitados en la demanda, comoquiera que ellos derivan de la muerte de la víctima directa, motivo por el cual se reconocerá, con fundamento en el principio de equidad antes mencionado, una suma genérica para cada demandante, habida cuenta que cada uno de ellos demostró su interés para demandar dentro de este proceso y su consiguiente legitimación en la causa por activa dentro del mismo.⁷⁷⁹

Para entender de una manera más clara el concepto del nexo causal, analicemos la causa extraña que configura algunas de las causales de rompimiento del nexo causal, las cuales evitan que el daño sea antijurídico, es decir, que la administración tenga el deber de repararlo, veamos:

⁷⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 21 de marzo de 2012. Radicación 54001-23-31-000-1997-02919-01. Consejero ponente: Dr. Mauricia Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2012, páginas 2025 a 2044.

La causa extraña: Para que se pueda romper el nexo causal por fuerza mayor, hecho o culpa exclusiva de la víctima o hecho o culpa exclusiva de un tercero, es necesario que dicha causa reúna los requisitos de toda causa extraña: irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad, requisitos que la jurisprudencia ha definido en los siguientes términos:

En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo – pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados-.⁷⁸⁰

Por otro lado, sobre el requisito de la imprevisibilidad, el Consejo de Estado en la sentencia referida señala lo siguiente:

[...] el carácter imprevisible de la causa extraña [...] puede ser entendido como la condición de “imprevisto” de la misma, esto es, de acontecimiento súbito o repentino, tal y como lo expresa tanto el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, como el artículo 64 del Código Civil ⁷⁸¹ y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con la cual “(I. imprevisible será cuando se trate de un acontecimiento súbito, sorpresivo, excepcional, de rara ocurrencia”⁷⁸² . La recién referida acepción del vocablo “imprevisible” evita la consecuencia a la cual conduce el entendimiento del mismo en el sentido de que se trata de aquello que no es imaginable con la anticipación a su ocurrencia, toda vez que esta última comprensión conllevaría a que la causa extraña en

⁷⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación No.: 85001 23 31 000 0440 01, Expediente: No. 16530, Actor: José Abigail Piratoba Barragán y otros. Demandado: Nación –Ministerio de Defensa– Ejército Nacional. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá D.C., Sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008).

⁷⁸¹ Cuyo tenor literal es el siguiente: “*Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”.

⁷⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 26 de enero de 1982, Gaceta Judicial, tomo CLXV, p.21.

realidad nunca operase, si se tiene en cuenta que prácticamente todos los sucesos que ocurren a diario ya han sido imaginados por el hombre.

No está de más señalar, en cualquier caso, que la catalogación de un determinado fenómeno como imprevisible excluye, de suyo, la posibilidad de que en el supuesto concreto concorra la culpa del demandado, pues si éste se encontraba en la obligación de prever la ocurrencia del acontecimiento al cual se pretende atribuir eficacia liberatoria de responsabilidad y además disponía de la posibilidad real y razonable de hacerlo, entonces los efectos dañinos del fenómeno correspondiente resultarán atribuibles a su comportamiento y no al advenimiento del suceso. Culpa e imprevisibilidad, por tanto, en un mismo supuesto fáctico, se excluyen tajantemente.

Así pues, resulta mucho más razonable entender por imprevisible aquello que, pese a que pueda ser imaginado con anticipación, resulta súbito o repentino o aquello que no obstante la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras acaeció, con independencia de que hubiese sido mentalmente figurado, o no, previamente a su ocurrencia.⁷⁸³

Finalmente el Consejo de Estado en lo atinente a la exterioridad, manifiesta lo que sigue:

[...] en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancias que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de que sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración –al menos con efecto liberatorio pleno- de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado,

⁷⁸³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación No.: 85001 23 31 000 0440 01, Expediente: No. 16530, Actor: José Abigail Piratoba Barragán y otros. Demandado: Nación –Ministerio de Defensa– Ejército Nacional. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá D.C., Sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008).

tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada.⁷⁸⁴

Ahora bien, las causas que rompen el nexo causal son:

- a. Fuerza mayor
- b. caso fortuito.
- c. Hecho o culpa exclusiva de la víctima.
- d. Hecho o culpa de un tercero.

La fuerza mayor: Hecho conocido exterior a la causa directa del daño e irresistible, es decir, aunque no imprevisible si es inevitable. Aunque se aclara que lo imprevisible implica lo súbito o repentino, no lo inimaginable, tal como se precisó en el aparte jurisprudencial que se acaba de transcribir.

Anotaciones sobre esta causal:

1. Lo que realmente importa en la fuerza mayor es la inevitabilidad y no la imprevisibilidad bajo la óptica de lo inimaginable. Ejemplo: La caída de una estrella fugaz es previsible.
2. El efecto liberatorio de la fuerza mayor es general, porque el daño no fue causado por un comportamiento u omisión de la Administración Pública, sino por una causa extraña al imputado.
3. La fuerza mayor solo libera hasta sus efectos, es decir, si entre los efectos de la fuerza mayor y el daño se interpone otro comportamiento dañino ya no habrá fuerza mayor. Por ejemplo: Durante el terremoto sufrieron daños muchos bienes públicos, pero muchos no, sin embargo, personas inescrupulosas aprovecharon la situación para hurtarlos con el convencimiento de que la pérdida de los mismos se responsabilizaría al terremoto.

⁷⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Radicación No.: 85001 23 31 000 0440 01, Expediente: No. 16530, Actor: José Abigail Piratoba Barragán y otros. Demandado: Nación –Ministerio de Defensa– Ejército Nacional. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá D.C., Sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008).

El caso fortuito: Es la causa interna a la actividad administrativa que termina por producir el daño.

Anotaciones sobre esta causal:

1. Las diferencias de esta causal con la fuerza mayor son las siguientes:
 - a. Las características de imprevisibilidad e irresistibilidad pasan a un segundo plano porque no libera o exonera de responsabilidad.
 - b. Es una causal que se produce al interior de la actividad administrativa y no al exterior de la misma, como la fuerza mayor.

Sobre la diferencia de la fuerza mayor y del caso fortuito, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado al respecto: “[...] es verdad que el caso fortuito y la fuerza mayor producen el mismo efecto liberatorio o sea la exoneración del deudor, no obstante esto esas dos figuras son distintas y responden a formas también muy diversas. La fuerza mayor designa el obstáculo a la ejecución de una obligación, como resultado de una fuerza extraña y el caso fortuito el obstáculo interno, es decir, el que proviene de las condiciones mismas de la conducta del deudor, del accidente material, de la falta de un empleado, etc. Por eso en el caso fortuito se ve la imposibilidad relativa de la ejecución, al paso que la fuerza mayor se considera como la imposibilidad absoluta proveniente de un obstáculo insuperable que no permite el cumplimiento de la prestación, como una tempestad, un terremoto, el abuso de la autoridad, [...] por eso el artículo 1604 del Código de Comercio enseña que incumbe la prueba del caso fortuito al que lo alega, en la forma condicionada que allí se detalla”.⁷⁸⁵

2. El caso fortuito exonera en los eventos de falla probada del servicio, de falla presunta y del hecho propio, ya que va acompañado de la diligencia y cuidado, pero no en los casos de responsabilidad objetiva. Por ejemplo: En el caso de un accidente de tránsito, si se logra probar que el auto perdió los frenos por falta de mantenimiento del mismo, la entidad a la cual está adscrito tal automóvil es responsable porque, aunque perder los frenos es un caso fortuito, no exonera porque era deber de la administración hacerle un mantenimiento periódico al automotor (conducir un automóvil es una actividad peligrosa y, por tanto, el régimen que se maneja en este caso es el del riesgo creado, que es de carácter objetivo).

⁷⁸⁵ Sala de Casación, Sentencia del 7 de marzo de 1939

Hecho o culpa de la víctima: Es un error de conducta que no habría cometido una persona advertida, colocada en las mismas circunstancias exteriores del autor del daño. También se define como la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado.

Anotaciones sobre esta causal:

1. Esta causal puede exonerar de manera total o parcial, dependiendo del grado de participación de la víctima. Aquí se da la figura de la compensación de culpas o de hechos.

La compensación de culpas o de hechos tiene como consecuencia la reducción de la indemnización de perjuicios correspondiente, tal como lo expresa la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

Es así como esta Corporación, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 2357 del Código Civil, ha predicado que "...La reducción del daño se conoce en el derecho moderno como el fenómeno constituido por la compensación de culpas, lo cual quiere decir que cuando el coautor del daño comete una culpa evidente, que concurre con la conducta igualmente culpable de la víctima, el juez debe graduar cuantitativamente la relación de causalidad entre las culpas cometidas de manera concurrente, y la cuantía del daño, a fin de reducir la indemnización mediante el juego de una proporción que al fin y al cabo se expresa de manera matemática y cuantitativa..." (GJ. Tomo CLXXXVIII, p. 186, antes citada).⁷⁸⁶

Esta posición es reiterada por el Consejo de Estado, quien explica que lo único en lo que incide la compensación de culpas es en la tasación de la indemnización. En especial, para reducir la cuantía que el Estado le debe pagar a la víctima.⁷⁸⁷

2. Toda persona que sufre directamente el impacto del daño por el comportamiento administrativo es la víctima, a diferencia del perjudicado, quién sufre las consecuencias subjetivas del daño pero no lo sufre en carne propia. Por ejemplo: si hay un homicidio, la víctima es el muerto y los perjudicados son los familiares del muerto. En ocasiones la víctima y el perjudicado pueden ser la misma persona como en el caso de lesiones personales.

⁷⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 5173 de noviembre 25 de 1999. Magistrado Ponente: Silvio Fernando Trejos Bueno. Extracto jurisprudencial publicado en el Código Contencioso Administrativo de hojas sustituibles de *Legis*, página 205.

⁷⁸⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 21654 de agosto 25 de 2011, Consejera Ponente: Gladys Agudelo Ordóñez.

3. Cuando se habla de hecho y de culpa de la víctima, la diferencia es clara, en la segunda hipótesis está inmersa la impericia, la imprudencia o la negligencia de la víctima, en el primero no aparecen por ningún lado, por ejemplo, los casos de inimputabilidad. Entre estos casos tenemos el menor de diez años que al salir tras su pelota es atropellado por un automóvil (artículo 2346 del C.C.)⁷⁸⁸.
4. Exonera en todos los eventos, por ejemplo, cuando la operación administrativa que causó el daño, fue la reacción de una culpa o hecho anterior de la víctima. Ejemplo: Quién levanta un arma ante un policía y recibe un disparo que le causa la muerte.
5. Esta es la causal más común porque siempre está presente la víctima.
6. Se deben reunir los elementos de la fuerza mayor para que la causal exonerativa opere (irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad).
7. Es reiterado en materia de accidentes de tránsito que se recurra al estado de embriaguez de la víctima para obtener exoneración por la causal que se estudia, sin embargo este estado no se puede predicar siempre que se esté en presencia de alicoramiento. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] En cuanto a la segunda observación realizada por el apoderado de INVIAS y acogida por el a quo, relativa a la embriaguez de la víctima en el momento del accidente, se tiene que, efectivamente, ordenada la práctica de un examen de alcoholemia al cadáver de L.A.R.G., el Instituto Nacional de medicina Legal y Ciencias Forenses obtuvo el siguiente resultado: “alcohol etílico: positivo. Concentración 80 mg/100 ml (ochenta miligramos en cien mililitros)”. Se indicó además, en el informe respectivo, que el nivel de etanol encontrado se correlaciona con embriaguez de primer grado, que se presenta cuando la concentración de dicha sustancia entre 50 y 150 mg o/o. La Sala concluye que una persona que tiene una concentración de alcohol etílico en la sangre de 80 mgs. %, presenta disminución de los reflejos y alteración de la percepción; sin embargo, no puede afirmarse que esté embriagada; se encuentra en un estado de alicoramiento que no impide a todas las personas la

⁷⁸⁸ Sin embargo esta interpretación del artículo 2346 del C.C. no es pacífica y en ocasiones el Consejo de Estado ha precisado que tal inimputabilidad solo se aplica cuando los menores de edad son los causantes del daño. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Bogotá D.C., veinticinco de julio de dos mil dos, Rad: 05001-23-26-000-1994-0340-01 (13811), Actor: Jaime de Jesús Múnera Múnera, Demandado: La Nación (Ministerio de Transporte), Municipio de Copacabana (Departamento de Antioquia) y el señor Mario de Jesús Cárdenas.

conducción de un vehículo; en efecto la realización inadecuada de esta actividad solo puede considerarse claramente causada por el alcohol cuando sus niveles en la sangre son superiores a 100 mgs. o/o. Por lo anterior, no comparte la Sala la conclusión que, sin mayor análisis, obtiene el Tribunal, en este caso, respecto de la relación de causalidad existente entre el estado de alicoramiento de la víctima y el accidente ocurrido. Se recuerda, además, que el testigo B.M., quien acompañaba a L.A.R. en el momento del accidente, expresó que mientras estuvieron juntos, no consumieron alcohol, y que no le sintió a este último olor a licor, lo que, conforme a lo explicado anteriormente, resulta perfectamente posible y constituye un indicio adicional respecto de las condiciones en que se encontraba la víctima y el carácter inocuo que tuvo su bajo estado de alicoramiento en relación con la ocurrencia del accidente [...].⁷⁸⁹

8. El Consejo de Estado ha señalado que las víctimas que se ofrecen como “salvadores” no pueden exonerar al Estado por razones de equidad, toda vez que las mismas son colaboradores voluntarios que ofician como héroes abnegados en procura del bien de la comunidad. La máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo cita a los hermanos Mazeaud para sustentar su tesis en los siguientes términos:

Hay un caso en el cual es cierto que, aun habiendo aceptado la víctima el riesgo del daño, no ha incurrido en culpa y, por consiguiente, la responsabilidad del demandado subsiste íntegra: se trata de “los salvadores”, de las personas que, por abnegación, se exponen a un peligro; corren el riesgo de ser alcanzadas para impedir que el daño afecte a terceros [...]

¿No puede aducir que la víctima se ha expuesto voluntariamente al accidente, para demandar al menos una atenuación de responsabilidad? La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo para rechazar esa pretensión; la equidad se opone a que la abnegación y el valor del salvador le impidan tener plena y entera indemnización.⁷⁹⁰

⁷⁸⁹ Consejo de Estado, Sección tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez. Sentencia del 6 de septiembre de 2001. Radicación: 66001-23-31-000-1996-3160-01 (13232-15646). Actor: Belés González y otros, en contra de la Nación, Mintransporte, INVIAS.

⁷⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil ocho (2008). Radicación número: 47001-23-31-000-1995-03986-011 (16413). Actor: Judith Monterrosa y otros. Demandado: Nación –Ministerio de Defensa– Ejército Nacional. Referencia: Acción de reparación directa – apelación. Este caso se trató de un operativo militar donde el colaborador ocasional ofició como voluntario para guiar a la tropa en un sector infestado de guerrilleros.

Hecho o culpa de un tercero: Toda persona pública o privada diferente del demandado o de las personas de las cuales es responsable, es tercero, es decir, es la intervención en la realización del daño de una persona diferente a la deudora perseguida.

Anotaciones de esta causal:

1. Produce exoneración en todos los regímenes de responsabilidad, pero cuando el hecho o culpa del tercero es concausa con el hecho del demandado, se produce solidaridad o la figura de la obligación al todo y no exonera parcialmente. Este fenómeno es conocido como la concurrencia de hechos o de culpas. El demandado podrá repetir contra el tercero en lo que le corresponda.
2. Se deben reunir los elementos de la fuerza mayor para que la causal exonerativa opere (irresistibilidad, imprevisibilidad y exterioridad).
3. Es importante acotar que los daños que causen los contratistas en ejecución de un contrato celebrado con la administración pública, no exoneran de responsabilidad a esta por el hecho de un tercero, pues el contratista actúa como si fuera la misma entidad contratante y, por tanto, es como si ella misma hubiera causado el daño. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] El contratista de una obra pública no se vuelve agente de la administración ni funcionario suyo; es ella misma la que actúa. Hay una ficción de orden legal. Ni siquiera puede hablarse que la entidad contratante responda en forma indirecta por el hecho del contratista. No la responsabilidad es simplemente directa, así como lo es la responsabilidad estatal por el hecho de un funcionario o empleado público. No puede olvidarse que no obstante que todo comportamiento o conducta estatal es obra de un servidor público, en principio, el Estado es el responsable de las consecuencias dañosas de ese comportamiento. Responsabilidad que en todos los casos es directa, no indirecta, a pesar de que el perjuicio se haya producido por la actuación de una persona vinculada a la administración, la que no es propiamente un mandatario o representante del Estado, sino órgano suyo, integrante, en esta calidad de la estructura misma del ente estatal. Por tal motivo la conducta o actuación de dicha persona es la conducta o actuación del Estado mismo. De allí que sostenga la doctrina que sería un contrasentido hablar de responsabilidad indirecta, pues los servidores públicos no son terceros respecto del

Estado, sino partes del mismo, ejecutores de la actividad estatal, la que no se concibe sino a través de las acciones u omisiones de las personas vinculadas a su servicio.⁷⁹¹

F. El daño antijurídico⁷⁹² (El deber de Reparar).

El Tratadista Juan Carlos Henao define el daño antijurídico de la siguiente manera: “[...] es aquel que se subsume en cualquiera de los regímenes de responsabilidad existentes, verbi gracia, falla del servicio, teoría del riesgo, teoría del daño especial o de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, enriquecimiento sin justa causa, abuso del derecho, perturbación de vecindario, etc.”⁷⁹³.

Como corolario de lo anterior surge la siguiente pregunta: *¿qué es un régimen de responsabilidad?*, la respuesta es la siguiente: es aquel esquema jurídico-procesal a través del cual los elementos de la responsabilidad extracontractual del Estado son tratados de una manera determinada, de tal forma que se infiere el deber de la Administración de reparar o por el contrario queda exonerada de tal obligación, de conformidad al caso concreto.

Clasificación de los regímenes de responsabilidad:

Pueden ser de dos tipos:

- 1.** De carácter subjetivo: Son la falla del servicio, la falla presunta del servicio y la responsabilidad por el hecho propio, donde la Administración o el Agente, según el caso, quedará exonerada del deber de reparar si logra demostrar la diligencia y cuidado o alguna de las causales de rompimiento del nexo causal.
- 2.** De carácter objetivo: Como la teoría del daño especial, del riesgo creado, de los trabajos públicos, la responsabilidad por almacenaje, por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, enriquecimiento sin causa etc. En este

⁷⁹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 9 de octubre de 1985, expediente radicado al No. 4556. Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo. En el mismo sentido véanse las sentencias de 8 de marzo de 1996 expediente radicado No. 9937 Consejero Ponente Carlos Betancur Jaramillo, posición ratificada mediante sentencia de 25 de junio de 1997 expediente radicado al No. 10504 con ponencia del Consejero Jesús María Carrillo Ballesteros y la providencia del 28 de noviembre de 2002 expediente radicado al No. 14397 Consejero Ponente Ricardo Hoyos Duque.

⁷⁹² El daño antijurídico contemplado en la responsabilidad extracontractual del Estado se equipara al concepto de hecho ilícito contemplado por la doctrina civilista en derecho privado, así: “*Visto de otra forma, todo hecho culposo que produce daño constituye un hecho ilícito; pero hay hechos no culposos que son ilícitos en la medida en que con ellos se cause un daño que debe ser indemnizado de acuerdo con la ley*”. TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial Legis, Segunda Edición, 2007, página 7.

⁷⁹³ Responsabilidad por daños al medio ambiente, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios del Ministerio Público.

caso lo que se presume es la responsabilidad y, por lo tanto, solo las causales de rompimiento del nexo causal permiten exonerar a la administración del deber de reparar, salvo el caso fortuito.

Regímenes de responsabilidad de carácter subjetivo:

1. La falla del servicio: El Dr. Libardo Rodríguez define este régimen de la siguiente manera: “[...] es una responsabilidad directa, consistente en que se produce un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente”.⁷⁹⁴

De esta definición se inferen las siguientes características:

a. El comportamiento administrativo; la conducta activa u omisiva; debe ser irregular o deficiente, es decir, debe ser ilegal y esta ilegalidad la deberá probar el demandante.

b. La falla del servicio se diferencia del concepto de culpa de la responsabilidad civil, porque no es un comportamiento que se le pueda endilgar a determinada persona, es decir, poco importa detectar al servidor público que con su conducta ocasionó la irregularidad, lo que importa es responsabilizar al Estado en cabeza de alguna de las personas jurídicas que lo conforman, por haber prestado un servicio público de manera deficiente⁷⁹⁵. Ya esta, si es del caso, repetirá contra su agente, o lo llamará en garantía, siempre que este hubiere actuado con culpa grave o dolo. (Inciso 2do del artículo 90 de la Constitución Política). Sobre este asunto la Corte Suprema de Justicia ha dicho: “la teoría de la falla en el servicio aparece como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos y en virtud de la cual el daño originado en irregularidades o deficiencias de estos, debe ser satisfecho por la administración; no juega pues necesariamente, el concepto de culpa de un agente identificado, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima”⁷⁹⁶.

c. El comportamiento administrativo irregular o deficiente debe ser la causa eficiente del daño (nexo de causalidad), porque si se prueba que existió falla en el servicio, empero, esta falla no fue la que causó el daño, la reparación del mismo es improcedente.

⁷⁹⁴ Derecho Administrativo General y Colombiano, Decimosexta edición, Editorial Temis, 2008, página 506.

⁷⁹⁵ Sin embargo, algunos doctrinantes afirman que la culpa civil y la falla del servicio son idénticas, lo cual a nuestro parecer es una posición errónea. Ver por ejemplo: Tamayo Jaramillo Javier, de la Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial Temis, Páginas 196 y 197.

⁷⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de junio de 1962.

d. Para que la Administración no tenga el deber de reparar, deberá demostrar diligencia y cuidado para que no se le impute el comportamiento dañino, es decir, que dada su organización, infraestructura y correcto funcionamiento, en ningún momento actuó de tal forma que permita inferir que ocasionaría el daño, como sería el caso, de actuaciones imprudente, negligentes, ineficientes, con falta de pericia, que ocasionan que el servicio público se preste de manera irregular. De igual manera se exonera de responsabilidad si demuestra la existencia de una causal de rompimiento del nexo causal.

e. Un ejemplo clásico de la falla en el servicio, es el caso de la prestación irregular del servicio público de preservación del orden público, en la operación administrativa policial durante la cual, “[...] en la represión de desórdenes callejeros se emplean medios innecesarios para restablecer el orden o se presenta un exceso en la ejecución de medidas en principio legítimas, a la administración puede, con toda razón, imputársele una falla en el servicio por la cual debe responder.”⁷⁹⁷ Otro caso que se tipifica en este régimen de responsabilidad es el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, tal como ocurre con los errores secretariales en las diligencias de remate, por ejemplo la inclusión en los avisos e informes de la diligencia de remate de un número de folio de matrícula inmobiliaria equivocado, error que se traduciría en una decisión judicial que deja sin valor la diligencia de remate y ordena devolver el dinero consignado para la adquisición del inmueble, sin tener en cuenta la correspondiente actualización y pago de los intereses legales.⁷⁹⁸ Otro caso de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se presenta cuando bienes ocupados o incautados dentro un proceso penal tiene una procedencia lícita, lo que podría provocar daños como el deterioro de los bienes y perjuicios como los gastos personales y administrativos en los que haya incurrido el propietario afectado para afrontar las decisiones de la Fiscalía.⁷⁹⁹

Otro ejemplo de falla del servicio es el indebido manejo de información de inteligencia, esto es, cuando se relaciona a una persona con actividades ilícitas sin que esta hubiere participado en las mismas. En otras palabras, la información que reposa en cabeza del Estado, especialmente de sus autoridades judiciales o policiales cuando desarrollan tareas de inteligencia, debe ser manejada razonablemente, bajo ciertos parámetros y límites propios de la reserva, o

⁷⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 28 de abril de 1967, Consejero Ponente: Dr. Carlos Portocarrero M. Anales, 1967, primer semestre, tomo LXXII, p. 259 y ss.

⁷⁹⁸ Ejemplo traído a colación de jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 25000232600019950133701 (17301) de agosto 11 de 2010, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo.

⁷⁹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 22205 de enero 27 de 2012, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano.

los necesarios para garantizar derechos como el buen nombre, la honra y la intimidad de los administrados.⁸⁰⁰

f. Es importante incorporar el concepto de falla relativa del servicio sobre todo en materia de atentados terroristas, habida cuenta que al Estado no se le puede obligar a lo imposible, dentro de un contexto como el nuestro donde la alteración del orden público es habitual y los eventos violentos cotidianos. El Consejo de Estado explica el alcance del concepto mencionado de la siguiente manera: “La falla del servicio tiene un universo relativo, pues al Estado no se le puede exigir que, dada la grave situación de orden público que desde hace muchos años vive el país, se coloque al pie de cada edificio o casa particular, al lado de todos los vehículos utilizados para el transporte aéreo, terrestre o marítimo, al lado de cada ciudadano, agentes del orden para que protejan, con obligación de resultado, sus vidas o bienes”.⁸⁰¹

Dentro del contexto de la falla relativa del servicio y en el evento de daños por atentados terroristas, solo han sido favorables las pretensiones indemnizatorias cuando el atentado estuvo directamente encaminado contra alguna de las más altas autoridades públicas, una sede castrense oficial o un centro de comunicaciones al servicio de la administración.

Otro evento que ha sido tratado por la jurisprudencia bajo la égida de la falla relativa del servicio ha sido el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por dilación injustificada en los términos judiciales, así:

En síntesis, para resolver si en un caso concreto hay lugar a la responsabilidad del Estado por fallas en la administración de justicia derivadas del retardo en adoptar decisiones, debe decidirse si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos señalados en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora, ya que este es un asunto que hay que tratar no desde un Estado ideal sino desde la propia realidad de una administración de justicia con problemas de congestión, derivados

⁸⁰⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 76001233100019980151001 (25506), noviembre 19 de 2012, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio.

⁸⁰¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16231 de marzo 10 de 2005, Consejero Ponente Ruth Stella Correa Palacio. Ver también: Sentencia 10176 de mayo 11 de 1995, Consejero Ponente: Julio César Uribe Acosta.

de una demanda que supera la limitación de recursos humanos y materiales disponibles para atenderla.⁸⁰²

g. Cuando el asunto específico se funda en comportamientos omisivos de la administración pública que desencadenaron en el daño, la regla general es que en tales condiciones el conflicto se dilucide bajo la égida de la falla del servicio, habida cuenta que es imprescindible la presencia de la impericia, la imprudencia, la negligencia o la vulneración de reglamentos en la prestación de un servicio público para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado. En este sentido se ha pronunciado el doctrinante Javier Tamayo Jaramillo en los siguientes términos:

Finalmente, puede haber causalidad jurídica o moral aunque no haya causalidad física. En efecto, hay casos en que el agente omite realizar una conducta a la que estaba obligado legal o contractualmente y precisamente por haber omitido ese comportamiento, no interrumpe la cadena causal de fenómenos que finalmente desembocan en la producción de un daño. O mejor dicho: justamente por la ausencia total de participación causal física por parte del agente, se produce el daño. Ocurre generalmente este tipo de causalidad jurídica cuando el deudor contractual se abstiene totalmente de cumplir lo pactado. En este caso el agente no participa físicamente en la producción del daño, pero su omisión ilícita hace que una cadena de fenómenos termine con la realización del perjuicio del acreedor contractual. Ocurre lo mismo en materia de responsabilidad extracontractual cuando una persona se abstiene de realizar ciertos comportamientos a que estaba obligado en virtud de disposición legal. Tal sería el caso de la madre que omite alimentar a su hijo recién nacido, razón por la cual este fallece. En todos estos casos el reproche que el legislador le hace al agente es justamente no haber evitado el daño con un comportamiento al que estaba obligado, rompiendo así el nexo causal.

Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual puede decirse que en estos casos de omisión pura y simple, solo hay responsabilidad civil cuando ha habido un comportamiento culposo por parte del agente. El hecho de haber omitido la conducta a que estaba contractual o legalmente obligado, es una culpa del agente.

⁸⁰² Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Sentencia de noviembre 24 de 2004, referencia: expediente 13.539.

Así las cosas, es claro que, aunque conceptualmente son distintos el nexo causal y la culpa, la causalidad en estos casos está directamente ligada a la culpa. Sin culpa no hay nexo de causalidad y viceversa. Es claro que el agente físicamente no causa el daño, pero el haber omitido realizar la conducta que lo hubiera evitado, hace que pueda predicarse el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño. Ello es así ya que, en el fondo, cuando el agente por realizar una determinada conducta omite realizar aquella conducta a la que estaba obligado, está realizando un acto que le estaba prohibido, pues la única conducta que le era lícita en ese momento, era justamente aquella que omitió lo que finalmente desembocó en el daño. Es decir, aún en la omisión pura y simple, hay una acción ilícita por parte del agente. Por ello se dice que el daño le es imputable causalmente.⁸⁰³

Un ejemplo de falla del servicio por omisión es la responsabilidad que recae en el Estado por fallas en las políticas de prevención de enfermedades, toda vez que posee posición de garante que lo obliga a tomar medidas para evitar riesgos epidemiológicos y, en caso de que no las tome y se realicen los riesgos anotados, deberá indemnizar a los perjudicados.⁸⁰⁴

Otro caso en este tópico se encuentra inmerso dentro de las obligaciones de seguridad que deben brindar los centros asistenciales. Específicamente en lo atinente a los actos de terceros que pretendan causar un daño a un paciente, donde dichas instituciones deben prevenir tales situaciones al momento de ofrecer el servicio. Como corolario las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) deben responder por actos de terceros que causen daños a los pacientes, si ello ocurre por la negligencia en adoptar las medidas necesarias de protección.⁸⁰⁵

Así mismo encontramos otro evento de falla del servicio por omisión en el cumplimiento de la obligación de seguridad en lo atinente a la preservación de la integridad física de los ciudadanos, frente a la amenaza o agresión de terceros, sin embargo, el Consejo de Estado en algunos pronunciamientos confunde la imputación en lo atinente a la posición de garante, con el régimen de responsabilidad que en estos casos es la falla del servicio. Veamos el error en que incurre la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

⁸⁰³ De la Responsabilidad Civil, Tomo I, Teoría General de la Responsabilidad. Editorial Temis. Páginas 225 y 226.

⁸⁰⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 44001233100019970113901 (18597), fallo del 28 de octubre de 2011, Consejero Ponente: Danilo Rojas.

⁸⁰⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 05001232400019940253001 (22304), mayo 9 de 2012, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

Con relación a lo anterior, la Sala de Subsección C debe reiterar que el alcance de la obligación de seguridad y su relación con la posición de garante en el precedente de la Sala lleva a plantear que la omisión del Estado como fundamento de la responsabilidad puede fundarse en la tesis de la posición de garante, con lo que se intenta superar la tesis de la falla del servicio, en la medida en “que cuando a la administración pública se le ha impuesto el deber jurídico de evitar un resultado dañoso, aquella asume la posición de garante en relación con la víctima, razón por la cual de llegarse a concretar el daño, éste resultará imputable a la Administración por el incumplimiento de dicho deber”.⁸⁰⁶

Otro evento que genera falla del servicio por omisión es la falta de mantenimiento y conservación de bienes de uso público, en cuyo caso tiene posición de garante la Nación, siempre y cuando se trate de bienes del orden nacional, o las Entidades Territoriales, si se trata de bienes de otro nivel. Así lo ha considerado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Se tiene, entonces, que el ordenamiento jurídico colombiano consagra la propiedad de los bienes de uso público. El titular de dicho derecho real está constituido por la persona jurídica de la Nación, para los bienes de uso público nacionales, mientras que para los demás bienes de uso público serán, en principio, las entidades territoriales en cuya jurisdicción se encuentren. Por ello, para la Sala el municipio de Cali bien puede tenerse como propietario o al menos como responsable del parque de la Loma de la Cruz, lugar en el que ocurrieron los hechos objeto de esta demanda.⁸⁰⁷

2. La falla presunta del servicio: Se da en aquellos eventos donde el particular solo debe demostrar la existencia de un daño que le ocasionó perjuicios, el comportamiento administrativo dañino y la relación de causalidad entre tal daño y el comportamiento administrativo dañino que lo ocasionó, ya que la imputación a la administración pública, de la conducta administrativa activa o pasiva dañina, se presume y es a esta a la que le corresponde desvirtuar dicha presunción.

⁸⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de enero 18 de 2012. Radicación 54001–23–31–000–1997–02780–01. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2012, páginas 1488 a 1502.

⁸⁰⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de julio 18 de 2012. Radicación: 76001–23–31–000–1998–00614–01. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2012, páginas 2017 a 2024.

Sobre este régimen se pueden hacer los siguientes comentarios:

a. La carga de la prueba se invierte y es a la Administración a la que le corresponde demostrar que actuó con diligencia y cuidado, tal como lo manifiesta el Consejo de Estado: “[...] cuando se afirma que se presume su culpa (la falla), se le da la oportunidad al ente señalado por el demandante como responsable para que demuestre que actuó con la diligencia y cuidado que el servicio permitía, dada su organización, infraestructura y correcto funcionamiento.”⁸⁰⁸ También se exonera si demuestra una causal de rompimiento del nexo causal.

b. Cuando se demuestra la diligencia y cuidado se rompe la presunción de imputabilidad, y el nexo causal también se rompe, ya que siempre que se prueba diligencia y cuidado se produce el caso fortuito, debido a que la situación inevitable se presenta al interior de la administración pública, a pesar de que esta actúa con pericia, prudencia y sin negligencia, veamos: “En este sentido, la ausencia de falla del servicio, demostrada por la administración pública demandada, la exonera de responsabilidad porque rompe la presunción de imputabilidad, así el vínculo de causalidad entre el hecho de la administración y el perjuicio continúe intacto - esto no es verdad, se rompe por caso fortuito -. Por ello, en este régimen la falla del servicio sigue existiendo, pero en cierto modo inverso, es decir, en cuanto es a la entidad demandada a la que corresponde proveer al juez de los medios de convicción necesarios para que este realice una valoración positiva del comportamiento administrativo”⁸⁰⁹. Lo que está entre los guiones es nuestro.

c. Un ejemplo clásico en donde se aplica este régimen de responsabilidad, es cuando se presenta la falla en el servicio médico, en donde le queda muy difícil al particular perjudicado demostrar la falla en el servicio, debido a la especialidad de la literatura médica, por lo tanto, es a la administración, quién si cuenta con los elementos de juicio necesarios, a la que le corresponde demostrar que la falla en el servicio nunca se presentó. La jurisprudencia también ha denominado este tipo de régimen en materia médica como indicio de falla, así:

Así las cosas, correspondía a las entidades demandadas desvirtuar el indicio de falla que constituye una presunción judicial o de hombre (*presumptio hominis*), para lo cual no les bastaba atenerse y resguardarse en las conclusiones presentadas por los médicos que realizaron la experticia – y no especialistas en ginecobstetricia- toda vez que la prueba técnica se centró en la formulación de las posibles causas generadoras de la ceguera del niño Juan Guillermo, sin que la

⁸⁰⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 2 de marzo de 1993, Consejero Ponente Dr. Carlos Betancur Jaramillo, Expediente N° 7429, Anales CXXXI, 1993, primer trimestre, pág. 229 y ss.

⁸⁰⁹ Consejo de Estado, Sentencia del 20 de febrero de 1989, sección tercera, expediente 4655.

sola afirmación efectuada por aquellos, de que el parto fue atendido en condiciones normales y adecuadas, sea lo suficientemente contundente para enervar el indicio, máxime si los restantes medios de convicción, esto es, la valoración de los médicos de salud ocupacional y las declaraciones de los galenos tratantes, permiten dar por demostrado que el daño, esto es, la pérdida de la vista se vincula al episodio de sufrimiento fetal agudo (SFA), debido a la falta de atención oportuna como se indica en el informe o concepto elaborado por la doctora Myriam Olaya –médica ocupacional– que fue anexado con la demanda, donde se establece que existió una demora en el proceso de alumbramiento circunstancia que desencadenó el sufrimiento del feto.⁸¹⁰

Desafortunadamente, a nuestro modo de ver, la jurisprudencia se ha pronunciado en ocasiones en el sentido de establecer regímenes de responsabilidad objetivos en materia médica⁸¹¹, lo cual es abiertamente contrario a derecho, habida cuenta que por más que se apliquen los procedimientos quirúrgicos y los protocolos científicos, la medicina está sujeta a imponderables que humanamente son irresistibles e inevitables.

A lo anterior hay que sumar la reciente teoría de la carga dinámica de la prueba donde, en virtud de la equidad, es a la parte que tenga los medios apropiados y la posición inmejorable en materia probatoria, a quién le toca acreditar el elemento imputación. Sin embargo, consideramos que en materia médica, siempre que se trate de procedimientos quirúrgicos o servicios especializados, continuará incólume la falla presunta del servicio por ser el régimen más equitativo para tratar estos casos. Sobre el asunto de la carga dinámica de la prueba, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

Resulta, sin embargo, que no todos los hechos y circunstancias relevantes para establecer si las entidades públicas obraron debidamente tienen implicaciones técnicas o científicas. Habrá que valorar, en cada caso, si estas se encuentran presentes o no.

Así, habrá situaciones en las que, sin duda, es el paciente quien se encuentra en mejor posición para demostrar ciertos hechos

⁸¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 28 de marzo de 2012. Radicación 05001–23–25–000–1993–01854–01. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2012, páginas 1065 a 1091

⁸¹¹ En reciente providencia, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 14 de diciembre de 2004, expediente 12830, señaló que en el campo de la obstetricia se genera una obligación de resultado, toda vez que se espera que se produzca un parto normal, habida cuenta que se trata de un proceso normal y natural y no de una patología.

relacionados con la actuación de la entidad respectiva. Allí está precisamente, la explicación del dinamismo de las cargas, cuya aplicación se hace imposible ante el recurso obligado a la teoría de la falla del servicio presunta, donde simplemente se produce la inversión permanente del deber probatorio.⁸¹²

Precisamente esta teoría fue positivizada en los incisos segundo y tercero del artículo 167 del nuevo Código General del proceso, en los siguientes términos:

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.

Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código.

Por último, sobre el punto de la responsabilidad por falla en el servicio médico, bajo la perspectiva de la responsabilidad del Estado, siempre se maneja desde el marco extracontractual, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Si bien en derecho comparado se debate sobre la naturaleza de la responsabilidad civil de los médicos y de los establecimientos del Estado que prestan servicios de salud, la jurisprudencia de la Corporación tradicionalmente la ha manejado en el campo de la responsabilidad extracontractual, buscó apoyo en la doctrina extranjera que cataloga al paciente de un hospital público como usuario de un servicio estatal, relación extraña al contrato, y la distingue de quien es asistido es una clínica privada, caso en el cual la relación es puramente contractual.⁸¹³

⁸¹² Consejo de Estado, Sección tercera, fallo del 10 de febrero del 2000, expediente 11.878.

⁸¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de abril de 2002, Radicación No.13227.

3. El régimen de la culpa probada por el hecho propio: El inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política consagra la acción de repetición, en los siguientes términos:

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños (se refiere a daños antijurídicos), que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. –Lo que está entre paréntesis es fuera de texto–.

Del aparte constitucional transcrito se colige que el régimen de responsabilidad a utilizar en materia de acción de repetición es el de la culpa probada por el hecho propio⁸¹⁴, toda vez que necesariamente se debe haber presentado una conducta dolosa o gravemente culposa para poderle endilgar algún tipo de responsabilidad al Servidor o Exservidor público, que ha ocasionado un perjuicio material o inmaterial, sin que físicamente afecte personas o cosas.

Ahora bien, los elementos de la culpa probada⁸¹⁵ cómo régimen de responsabilidad subjetivo en materia de acción de repetición, son los siguientes:

- Comportamiento imputable a título de dolo o culpa grave a un Agente del Estado.
- Detrimento patrimonial del Estado por condena judicial.
- Y nexo de causalidad entre el comportamiento y el detrimento patrimonial.

Sobre los elementos anteriormente descritos es importante resaltar la diferencia entre el comportamiento del Agente y la culpa grave o dolo a la luz de lo expuesto por el profesor Javier Tamayo Jaramillo en los siguientes términos:

Por otra parte, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia confunden la culpa con la conducta o hecho culposo. Pero en realidad, la culpa no es más que una cualidad, característica o modalidad que

⁸¹⁴ El profesor Javier Tamayo Jaramillo, sobre el particular, explica lo siguiente: “En general, toda la responsabilidad directa por el hecho propio descansa en el fundamento de la culpa probada, según se desprende de lo establecido por el artículo 2341 del Código Civil [...] en aquellos casos en que el agente causa un daño económico o moral, pero sin que físicamente afecte personas o cosas, [...]”. De la Responsabilidad Civil, Tomo I, editorial Temis, páginas 210 y 211.

⁸¹⁵ Sobre los elementos de la culpa probada por el hecho propio, la Corte Suprema de Justicia Señala: “En el texto del artículo 2341 de dicha obra (se refiere al Código Civil), que consagra los hechos ilícitos como fuentes de las obligaciones de reparar los daños que producen, ha encontrado la doctrina y la jurisprudencia los tres elementos esenciales que configuran dicha responsabilidad, vale decir, la culpa, el daño y la relación de causalidad necesaria entre una y otro”. Lo que está entre paréntesis es nuestro–. Sala de Casación, 30 de abril de 1976, Gaceta Jurisprudencial, tomo CLII, página 139.

acompaña al comportamiento humano. Incluso, algunos autores como MAZEAUD, al plantear los elementos comunes a toda responsabilidad, hablan genéricamente de la culpa. Es preciso tener muy claro que lo que es común a toda responsabilidad civil, es el comportamiento activo u omisivo del agente causante del daño, independientemente de que ese comportamiento sea culposo o no. En cambio, la culpa en sentido estricto consiste en la forma como el agente realizó la conducta, bien sea por factores subjetivos, bien sea porque hubo violación de reglamentos. La conducta o el hecho del agente, consiste en una transformación de la realidad exterior. En cambio, la culpa es un elemento meramente subjetivo que conlleva al agente a comportarse como no lo haría un hombre prudente o avisado.

En consecuencia, la culpa no es sinónimo de conducta, ni siquiera de conducta culposa. Lo correcto será decir, no que el agente cometió una culpa, sino más bien que actuó culposamente o que cometió un hecho o acto culposo.⁸¹⁶

Sin perder de vista lo anterior, y tal como lo hemos venido precisando en cuanto a la diferencia entre el comportamiento dañino y la imputación, el doctrinante en el aparte transcrito se encuentra en consonancia con dicha diferencia, empero, quisimos hacerlo explícito en el régimen de responsabilidad por el hecho propio dado que en este evento no estamos en presencia de la falla del servicio sino de la culpa clásica del régimen civil⁸¹⁷.

Regímenes de responsabilidad de carácter objetivo:

Los regímenes de responsabilidad de carácter objetivo son diversos, de conformidad a los criterios que la jurisprudencia ha manejado. Para el propósito de nuestro estudio analizaremos los cuatro principales, sin embargo, se advierte que existen muchos más (trabajos públicos, almacenaje, ocupación de inmuebles, etc.).

1. El Daño Especial: El Dr. Libardo Rodríguez nos ilustra sobre el particular: “[...] a veces la administración debe responder por los daños causados por una actividad completamente legítima, tanto desde el punto de vista sustancial como

⁸¹⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier, De La Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial Temis, Página 176.

⁸¹⁷ Aún más, la doctrina es determinante al señalar que lo aprehensible directamente es el comportamiento y no la culpa, así: “Ahora, dada su naturaleza, la culpa solo es posible probarla en forma indiciaria. Es el estudio de los hechos lo que le permite al Juez inferir si hubo o no la culpa del demandado. Lo que se prueba son los hechos, no la culpa. Como objeto psíquico que es, la culpa es inaprehensible, ya que una vez cometida solo quedan los hechos externos como rastro de la prueba de su existencia pasada”. TAMAYO JARAMILLO, Javier, De la Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial Temis, Página 181.

del procedimiento, cuando esos daños pueden ser calificados de especiales. Esta concepción del daño especial se fundamenta en el principio del derecho público de la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas, según el cual, cuando un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado; pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la administración debe indemnizar.”⁸¹⁸

Sobre este régimen se puede decir lo siguiente:

a. El comportamiento de la administración puede ser lícito o ilícito, por lo tanto basta que el demandante lo pruebe, junto con el daño y el nexo causal entre los dos elementos, esto quiere decir que el concepto de falla en el servicio es irrelevante en este régimen. Sin embargo, si el Juez detecta la falla del servicio debe realizar un juicio de reproche con el objeto de que se adopten los planes de mejoramiento del caso y se considere la acción de repetición. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado a propósito de la privación injusta de la libertad en los siguientes términos:

[...] no sobra recordar que en aquellos eventos en que no obstante la causal de absolución penal permitiera enmarcar el estudio de la responsabilidad patrimonial bajo un régimen de carácter objetivo pero en el proceso contencioso administrativo quedó acreditada la existencia de una falla del servicio, se impone la declaratoria de la misma en aras de emitir un juicio de reproche y, de paso, permitir a la administración que, identificada la irregularidad cometida, analice la conveniencia de iniciar la acción de repetición contra los funcionarios que dieron origen a la condena pecuniaria.⁸¹⁹

En este caso pueden operar los dos regímenes de responsabilidad, pues independientemente de la licitud o ilicitud del comportamiento dañino, la administración pública debe indemnizar, sin embargo se impone el juicio de reproche para efectos pedagógicos como ya se anotó. Sobre la coexistencia de los dos regímenes, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

[...] la Sala también ha precisado que cuando aparece demostrado que el daño sufrido por quien presta servicio militar obligatorio, se

⁸¹⁸ Derecho Administrativo General y Colombiano, Duodécima edición, Editorial Temis, Página 405.

⁸¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011), Expediente: 05001232500019960142 01, Radicación interna No.: 20.171, Actor: Manuel Antonio Echeverri Acevedo y otros, Demandado: Nación (Ministerio de Defensa –Ejército Nacional y otro–), proceso: Acción de reparación directa.

ha producido a causa de un deficiente funcionamiento del servicio, por ejemplo, cuando el daño se causó a raíz del incumplimiento de las obligaciones y deberes que tiene el Estado para con este tipo de soldados, es posible aplicar también el régimen subjetivo bajo el título de imputación de falla probada del servicio, caso en el cual los dos regímenes –objetivo y subjetivo– coexisten y no se excluyen. Al efecto cabe consultar la sentencia proferida el 18 de octubre de 1991, exp. No. 6667, a propósito de los daños causados a un recluso por el incumplimiento por parte del Estado, de la obligación de prestarle servicio de salud.⁸²⁰

b. Se presume la responsabilidad, por lo tanto, el demostrar diligencia y cuidado no exonera, solo las causales de rompimiento del nexo causal exoneran, con excepción del caso fortuito. Sobre la diferencia entre presunción de culpa y presunción de responsabilidad, el profesor Javier Tamayo Jaramillo explica sobre el particular lo siguiente:

“... la presunción de culpa es diferente de la presunción de responsabilidad, pues mientras que en la primera basta demostrar la ausencia de culpa, en la segunda solo libera la prueba de una causa extraña. En el artículo 2347 del Código Civil se establece una presunción de culpa, pues el inciso final permite al civilmente responsable establecer que no ha podido impedir el hecho, es decir, le permite demostrar la diligencia y cuidado que se requieren para un buen vigilante; en cambio, el artículo 2354 manifiesta que el dueño de un animal fiero no será oído si alega que no pudo impedir el hecho. En estas dos nociones podemos observar la diferencia entre la presunción de culpa y la presunción de responsabilidad.”⁸²¹

c. Un ejemplo claro del daño especial, es el que se produce cuando hay enfrentamiento entre el ejército y la subversión y se produce un daño a un tercero particular. El Consejo de Estado lo ha precisado en los siguientes términos:

La Sala se encuentra, pues, frente a circunstancias que muestran que la administración, en ejercicio de una actividad legítima, como es la de hacerle frente a la subversión, causa daños a terceros inocentes. Esta realidad exige que se indemnice a los perjudicados los daños causados. No hacerlo implicaría declarar a la víctima responsable,

⁸²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá D.C., agosto treinta (30) de dos mil siete (2007), Radicación número: 20001–23–31–000–1997–03201–01 (15724), Actor: Osvaldo Pérez Barrios y otros, Demandado: La Nación (Ministerio de Defensa – Policía Nacional–), Referencia: Acción de Reparación Directa.

⁸²¹ Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial *Legis*, Segunda Edición, 2007, página 994.

pues como lo recuerda George Vedel, "...el responsable es el que soporta la carga definitiva del daño". (Derecho Administrativo, Aguilar, p. 279).

Por lo demás, la antijuridicidad del perjuicio se vivencia, en el caso en comento, pues ningún precepto constitucional o legal consagra que en casos de enfrentamiento de la fuerza pública con las fuerzas de la subversión, las víctimas tengan que soportar el perjuicio causado. Sobre este particular el profesor Jesús Leguina Villa, enseña: "La antijuridicidad del perjuicio existe, pues, siempre que las leyes no imputen a la propia víctima los efectos lesivos de una determinada acción administrativa o, en otras palabras, siempre que en dicha acción administrativa no ocurra expresamente alguna causa de justificación del perjuicio previsto por alguna norma jurídica. Si no se da esta previsión normativa, la acción administrativa dañosa (háyase producido o no culpablemente) carecerá de título legítimo que como señala el T.S. justifique en derecho la carga o el daño impuesto al administrado: en tal caso nos encontramos ante un daño no justo que por la propia virtualidad de esa nota debe ser indemnizado, en base al principio general de resarcimiento consagrado legalmente". (S.T. 4-X-1978). (La responsabilidad civil de la administración pública, Tecnos, p. 336).⁸²²

d. En reciente providencia el Consejo de Estado ha incluido dentro de este régimen objetivo los casos de privación de la libertad, sin embargo y desde nuestro punto de vista, no todos los casos de privación de la libertad se pueden tratar bajo este régimen, solamente cuando el hecho no existió, la víctima no lo ocasionó o se trata de una conducta atípica, operaría. En caso contrario se perjudicaría el actuar Estatal en estos menesteres, dado que haría nugatorias las medidas de aseguramiento por sospecha con fundamento en indicios graves, pues la absolución por in dubio pro reo generaría automáticamente presunción de responsabilidad. Como corolario, consideramos que la alta Corporación de lo Contencioso Administrativo al sostener que todos los casos de privación de la libertad se deben dirimir bajo la óptica del daño especial, se encuentra errada⁸²³.

⁸²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de abril de 1992, Consejero Ponente: Dr. Julio César Uribe Acosta, Expediente No. 6805, Actor: Luis Alfonso Muñoz, Publicación: Anales, 1992, Segundo Semestre, tomo 127, Págs. 107 y ss. Posición reiterada por el Consejo de Estado, sin embargo, aclara que cuando el Estado no actúa y permite la intervención de los irregulares, se aplica la falla del servicio. Ver sobre este tema: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de octubre de 2012. Radicación 52001-23-31-000-2000-00240-01. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de 2013, páginas 467 a 482.

⁸²³ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 13168 de diciembre 4 de 2006, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

Sin embargo, en reciente pronunciamiento la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, clarificó el asunto y explicó que las hipótesis establecidas en el artículo 414 del CPP de 1991 (decreto Ley 2700), se rigen por la perspectiva objetiva de responsabilidad. Así mismo advirtió que la responsabilidad objetiva opera en el *in dubio pro reo*, siempre y cuando se haya aplicado en debida forma dicho componente del debido proceso, es decir, se haya advertido por parte del juzgador una duda razonable como consecuencia de las pruebas practicadas tanto en contra como a favor del sindicado o acusado. Por último, consideró que las demás hipótesis deben ser tratadas a través del régimen de la falla del servicio. En este último caso podemos citar los siguientes eventos: absolución o preclusión de la investigación que emana de falencias probatorias en la instrucción o juicio penal, o la falta de configuración de los presupuestos necesarios para adelantar la respectiva investigación o juicio penal ⁸²⁴.

2. La teoría del riesgo creado: El Consejo de Estado, sobre el particular ha dicho: “El caso en estudio corresponde precisamente a uno de los varios eventos que comprende la responsabilidad sin falta, el denominado por algunos expositores riesgo excepcional. Tiene ocurrencia cuando el Estado, en desarrollo de una obra de servicio público utiliza recursos o medios que colocan a los particulares o a sus bienes en situación de quedar expuestos a ‘un riesgo de naturaleza excepcional’ (DE LAUBADÉRE) el cual dada su gravedad, excede las cargas que normalmente deben soportar los mismos particulares como contrapartida de las ventajas que resultan de la existencia de ese servicio público. Si el riesgo llega a realizarse y ocasiona un daño, sin culpa de la víctima, hay lugar a responsabilidad de la administración, así no haya habido falta o falla del servicio” ⁸²⁵.

Se anota lo siguiente:

a. En este régimen se prueba solamente el comportamiento de la administración imputable a una entidad pública, el daño y los perjuicios que se originen como consecuencia del mismo y el nexo causal. No hay falla en el servicio.

b. Se presume la responsabilidad, por lo tanto no exonera la diligencia y cuidado, se deben probar las causales de rompimiento del nexo causal, con excepción del caso fortuito ya que este no exonera.

⁸²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., siete (7) de marzo de dos mil once (2011), Expediente: 05001232500019960142 01, Radicación interna No.: 20.171, Actor: Manuel Antonio Echeverri Acevedo y otros, Demandado: Nación (Ministerio de Defensa –Ejército Nacional y otro–), proceso: Acción de reparación directa. Tesis reiterada en pronunciamiento del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 20713 de junio 22 de 2011, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁸²⁵ Consejo de Estado, Sentencia de febrero 2 de 1984, sección tercera, expediente 2744.

c. Son casos típicos de este régimen, el daño por el uso de armas de dotación oficial, la conducción de energía eléctrica o el manejo de automotores⁸²⁶. Sobre este último caso el Consejo de Estado explica:

Normalmente, como ya se dijo, cuando el daño es producido por el ejercicio de una actividad peligrosa, la responsabilidad se atribuye objetivamente a la persona que la ejerció, en la medida en que, con tal actividad, crea un riesgo excesivo para las demás personas; en el caso de la conducción de vehículos automotores, también se aplica esta tesis, conforme a la cual, quien crea el riesgo debe asumir las consecuencias de que el mismo se realice, ocasionando daños a terceros; de modo que, si con un vehículo oficial –o uno particular, respecto del cual una entidad pública tenga la guarda-, se producen lesiones o la muerte de una persona, dicha entidad debe responder e indemnizar los perjuicios que ocasionó.⁸²⁷

Sin embargo la anterior posición jurisprudencial posee una excepción, cuando se trata de la colisión de dos vehículos automotores de iguales condiciones, el régimen de responsabilidad es el de la falla probada, tal como lo ha sostenido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

No obstante, cuando se presenta la colisión de dos vehículos en movimiento, como es el caso sub examine, existe una concurrencia en el ejercicio de la actividad peligrosa, la cual estaba siendo ejercida tanto por el conductor del vehículo a cargo de la administración, como por el del particular, y por lo tanto, se creó un riesgo para los

⁸²⁶ La jurisprudencia del Consejo de Estado en ocasiones ha sostenido que el mantenimiento y mejora de las vías públicas es una actividad de las denominadas riesgosas o peligrosas, sin embargo, en realidad lo que ocasiona los daños en estos eventos son fallas del servicio constitutivas en omisiones por dejar, por ejemplo, montículos de tierra en la vía o por falta de señalización. Ver: Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia de 8 de junio de 1999, expediente 1354, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. A propósito de la conservación y mantenimiento de las vías públicas, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado señaló a la falla del servicio como el régimen a aplicar en casos de cierres ilegales de vías (aunque el municipio es la entidad competente para autorizar cierres en las vías, cuando el cierre de la vía se realiza sin autorización o permiso de la autoridad competente, no se le puede imputar el comportamiento dañino al municipio) o de incumplimientos en el deber de mantener en perfecto estado la red de alumbrado público. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección C, Sentencia de 7 de febrero de 2011. Radicación 05001–23–24–000–1995–01842–01. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2011, páginas 594 a 597. En esta providencia confluyeron los dos comportamientos dañinos anotados imputables a personas distintas y en virtud del principio de solidaridad se obligó al municipio a responder por la totalidad del monto indemnizatorio (art. 2344 del C.C.).

⁸²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 2007. Expediente 16180. Consejero ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2007, páginas 1811 a 1814.

dos, en la medida en que se hallaba sometido cada uno de ellos, a la posibilidad de sufrir un daño como consecuencia de la actividad desplegada por el otro conductor; en tales circunstancias, el criterio objetivo de imputación de responsabilidad se torna inoperante, y surge la necesidad, entonces, de establecer la causa del accidente para determinar de esta manera, si se presentó una actuación irregular por parte del conductor del vehículo oficial o alguna otra circunstancia constitutiva de falla del servicio que permita, por lo tanto, imputar la responsabilidad a la entidad demandada; [...]⁸²⁸

Ahora, lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito no se puede adoptar en términos absolutos, habida cuenta que puede ocurrir que el vehículo oficial sea de mayor proporción que el vehículo particular involucrado en la colisión, por ende, en este caso permanece incólume el régimen de responsabilidad objetivo, toda vez que en este evento la administración está generando mayor riesgo con la actividad desplegada, veamos:

Por otra parte, tal y como se advirtió en la citada providencia, la Sala en ocasiones anteriores había hecho la distinción entre aquellos casos en los cuales los vehículos que colisionaban tenían características similares y aquellos otros, en los que había una diferencia que representaba así mismo un distinto grado de peligrosidad, para concluir que en estos últimos eventos, tampoco podría predicarse la desaparición del régimen objetivo de responsabilidad, en la medida en que el vehículo de propiedad de la entidad demandada, fuera el que representara un mayor grado de peligrosidad; [...].⁸²⁹

Es importante acotar que algún sector de la doctrina considera que si no hay contacto físico, o si la cosa contra la cual se colisiona esta inerte, no se puede aplicar el régimen de responsabilidad objetivo sino el subjetivo de la falla probada, así:

Hay otros dos casos de responsabilidad civil en los cuales, faltando un nexo de causalidad física, es la culpa del agente lo único que permite predicar la causalidad jurídica.

En efecto, en aquellos casos de responsabilidad por el hecho de las cosas, si el bien personal o material de la víctima se lesiona

⁸²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 2007. Expediente 16180. Consejero ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2007, páginas 1811 a 1814.

⁸²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 2007. Expediente 16180. Consejero ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2007, páginas 1811 a 1814.

físicamente, pero la cosa del demandado se encuentra inerte en el momento de ocurrir el daño o no hace contacto físico con el bien dañado, entonces la culpa es elemento necesario de la responsabilidad.

Así, por ejemplo, si el conductor de un automotor lanza su vehículo contra una casa, para no colisionar con otro conductor que viene en sentido contrario, este último no responde mientras no se demuestre que infringió una norma de tránsito y que tal transgresión es la causa del accidente. De igual manera, si la víctima colisiona con un vehículo que se encuentra estacionado, el guardián de éste solo será responsable en la medida en que haya infringido alguna norma de tránsito al estacionar su automotor. En estos dos casos, la responsabilidad por actividades peligrosas o por el hecho de las cosas no es de recibo.⁸³⁰

d. En lo atinente a la conducción de energía eléctrica, el Consejo de Estado ha señalado que los daños causados por conexiones eléctricas ilegales no provienen de comportamientos dañinos imputables al Estado, sino a terceras personas que utilizan maniobras fraudulentas para surtirse de este servicio público, como instauración de postes para conducir la energía a los inmuebles de unos barrios de invasión. En estos eventos,

conforme al pronunciamiento del Consejo de Estado que se trae a colación en este párrafo, la omisión en que pueda incurrir el Estado no puede considerarse como la causa determinante, principal y eficiente del hecho dañoso, pues el comportamiento de las personas que realizan esas acometidas subrepticias, como en el caso de la providencia que se comenta los habitantes de esos barrios, al instalar redes eléctricas sin cumplir las normas de seguridad, fue una actividad a motu proprio y a espaldas de la administración pública, por ende, nadie puede alegar a su favor su propia culpa⁸³¹.

e. Es importante anotar que la teoría del riesgo creado difiere de la teoría de las actividades peligrosas que opera en la responsabilidad civil, dado que la misma se funda en el artículo 2356 del Código Civil, según el cual, por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado, de lo que se colige que en aquel ámbito estamos en presencia de un régimen de responsabilidad subjetivo y no objetivo, como el que se trata en este acápite. En opinión de la Corte Suprema de Justicia, si la intención del legislador

⁸³⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier, Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo I, Editorial *Legis*, Segunda Edición, corregida y aumentada, 2007, página 245.

⁸³¹ Consejo de Estado, sección Tercera, Sentencia 540012331100019940871401 (19572), de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre 2010, páginas 1799 a 1801.

hubiera sido dejar por fuera la culpa, seguramente habría hecho las precisiones correspondientes ⁸³².

f. En el caso de daños a presuntos delincuentes a través del uso de armas de dotación oficial, se debe aplicar en principio el régimen de falla en el servicio por irregularidades en operativos de las fuerzas institucionales tendientes a combatir la delincuencia.

El Dr. Javier Tamayo Jaramillo ha señalado que en los eventos de daños con armas de dotación oficial producidos a los presuntos delincuentes, se debe aplicar el régimen de responsabilidad de la falla probada. Veamos lo que expone el eminente tratadista sobre el particular:

El Dr. Javier Tamayo Jaramillo ha señalado que en los eventos de daños con armas de dotación oficial producidos a los presuntos delincuentes, se debe aplicar el régimen de responsabilidad de la falla probada. Veamos lo que expone el eminente tratadista sobre el particular:

[...] en cambio, si el agente, al dispararle a un particular, alcanza su objetivo, es claro que no se aplica la presunción de responsabilidad por actividades peligrosas, si la víctima o sus herederos reclaman indemnización contra el Estado, como consecuencia de la lesión o muerte causada por la utilización del arma de dotación oficial durante el ejercicio de la función represiva. Solo en la medida que se pruebe una falla del servicio en el operativo, habrá responsabilidad del Estado, como cuando el agente dispara sin tratar previamente de reducir al delincuente, o cuando se excede en la respuesta a la agresión de este. En ese sentido, es pacífico el derecho francés. Los argumentos que justifican esta solución son los siguientes:

1. En primer lugar, es un principio de derecho constitucional incontrovertible que el Estado, en virtud del concepto de soberanía, actúa legítimamente al usar su fuerza. La prueba es que, cuando las tropas insurgentes se toman el poder, automáticamente pasan de la ilegitimidad a la legitimidad. Por ese principio de soberanía el guerrillero dispara ilegitimamente, mientras que el soldado lo hace en forma legítima. Si ese principio no existiera, el Estado de derecho sería imposible. Una fuerza estatal sin legitimidad para usar la fuerza, carecería de sentido. Desde luego partimos del supuesto de que el Estado

⁸³² Ver: Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 47001310300320050061101 de agosto 26 de 2010, Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz.

- actúa dentro de los cánones normales, pues la legitimidad para usar esa fuerza en forma dolosa o culposa, no existe.
2. (...)
 3. Por otro lado, es un contrasentido partir del supuesto procesal de que el agente disparó en forma intencional contra la víctima y que después se diga que estamos ante una presunción de falla o de responsabilidad de la cual solo exonera la fuerza mayor, el hecho de un tercero o el hecho exclusivo de la víctima. Esas presunciones tienen sentido en la medida que el juez no pueda llegar a la prueba de la forma cómo ocurrieron los hechos. Pero dar por sentado que el agente disparó en forma intencional y que ello hace presumir la falla, es desconocer completamente el concepto de falla o culpa.⁸³³

Como corolario de lo expuesto, en caso de daños o lesiones a presuntos delincuentes por el uso de armas de dotación oficial, se aplica la falla del servicio, salvo que en el plenario no se pueda dilucidar como sucedieron los hechos, en cuyo caso el fallador tendrá vía libre para aplicar la teoría del riesgo creado. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Ocurre que en el expediente no obran pruebas suficientes que permitan establecer, con claridad meridiana, que el daño causado a los demandantes y atribuible al Estado, lo hubiere sido a título de falla en el servicio, puesto que las únicas pruebas que medianamente permiten conocer los detalles acerca de la manera en que ocurrieron los hechos devienen de las versiones y documentos suministrados por el propio personal de la entidad demandada y no cuentan con la fuerza necesaria para soportar la conclusión de que la actuación de dicho personal hubiere sido irregular o ilegal, pues como se expondrá más adelante, no existe certeza acerca de la forma en la cual se desarrolló el operativo policial y mucho menos de cómo se produjo el deceso de la víctima.[...]

Por consiguiente, dado que el Estado se encontraba a cargo de la actividad riesgosa que produjo el daño, como es la utilización de armas de fuego, la Sala encuentra que la responsabilidad predicable respecto del ente demandado lo es a título del régimen objetivo, identificado como riesgo excepcional, sin perjuicio de analizar –más adelante- la alegada causal eximente de responsabilidad.⁸³⁴

⁸³³ La Responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico (Constitución Política, artículo 90). Editorial Temis, Bogotá-Colombia, 1997, páginas 136 a 138.

⁸³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, Subsección A, Sentencia de 26 de enero de 2001. Radicación 51001-23-31-000-1999-00497-01. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de

g. Cuando la actividad peligrosa es ejercida por la propia víctima no es dable aplicar el régimen objetivo del riesgo creado sino la falla del servicio. Así lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Ha sido reiterada la tesis de la Sala en el sentido de que en aquellos eventos en los que el daño es producido por el ejercicio de actividades peligrosas, el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación está derivado de la realización directa de una actividad que entraña peligro, de tal manera que en esos casos basta que el actor acredite, primero, la existencia del daño, y segundo, que el mismo se ha generado como consecuencia de dicha actividad. En relación con lo anterior, resulta necesario señalar que la responsabilidad se estructura bajo el hecho cierto de que la actividad peligrosa hubiere sido ejercida por cuenta de la entidad demandada.

No obstante ello, cuando el daño sufrido deviene como consecuencia de una actividad peligrosa, la cual es ejercida directamente por la propia víctima, no resulta aplicable dicho régimen, sino el de falla probada del servicio. En efecto la Sala ha tenido la oportunidad de precisar que la calificación de una actividad como “peligrosa” tiene incidencia para establecer el criterio de imputación aplicable en relación con los daños que se deriven de la misma, distinguiendo entre quienes ejercen la actividad y los terceros ajenos a esta. En el primer caso, cuando quien ejerce una actividad peligrosa

sufre un daño, la decisión sobre el derecho a ser indemnizado debe gobernarse con fundamento en la tesis de la falla probada del servicio y no del régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, pues este último sería aplicable al segundo de los casos mencionados, como también le sería aplicable por supuesto el de falla del servicio.⁸³⁵

h. El Consejo de Estado también ha circunscrito dentro de este régimen el daño ocasionado al colaborador ocasional, siempre y cuando la colaboración ocasional

2011, páginas 415 a 421. En este caso no se allegó al proceso la investigación penal adelantada por los hechos, en los informes de inteligencia de la Policía, arrimados al plenario, no se mencionó el nombre de la víctima, las versiones libres practicadas a los uniformados en las indagaciones preliminares correspondientes, no fueron valoradas porque por ley se rinden sin la gravedad del juramento, no se aportó la prueba de absorción atómica y brilló por su ausencia el acta de levantamiento del cadáver. Todo ello conllevó a que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo aplicara un régimen de responsabilidad objetivo, a pesar de que la entidad demandada argumentaba la ocurrencia de un enfrentamiento armado.

⁸³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 26 de enero de 2011. Radicación 73001–23–31–000–1997–06706–01. Consejera Ponente: Dra. Gladys Agudelo Ordóñez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de Legis de abril de 2011, páginas 575 a 581.

se hubiera producido por solicitud de la Administración o en forma espontánea en caso de urgente necesidad. Así lo expresó en los siguientes términos: “De manera que la colaboración consentida o espontánea de un particular por solicitud de la Administración y su participación en un asunto del servicio público, como circunstancia generadora de un riesgo anormal y en la medida en que se cause un daño compromete la responsabilidad del Estado, aunque dicha circunstancia no configure una falla del servicio”.⁸³⁶

3. La *Actio In Rem Verso*: el principio de no enriquecimiento sin causa es de carácter general y aplicable como un régimen de responsabilidad objetiva, toda vez que a nadie le es válido enriquecerse sin justa causa a costa de un patrimonio empobrecido correlativamente.⁸³⁷

Los requisitos para que este régimen opere son los siguientes⁸³⁸:

a. Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa, es decir, no solo, la suma de algo, sino evitar la pérdida de algo.

b. Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido.

c. Que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica, por ejemplo: un contrato.

d. Se requiere que quién demanda no posea otra acción legal para obtener el resarcimiento de su patrimonio, por ejemplo, la acción contractual o la de nulidad y restablecimiento del derecho. Este requisito es consecuencia del enunciado en el literal anterior, porque si existe causa jurídica, de esta se deriva el tipo de acción, por ejemplo: si es un contrato, la acción contractual, si es un acto administrativo, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, etc.

⁸³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez, Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil ocho (2008). Radicación número: 47001-23-31-000-1995-03986-01 (16413), Actor: Judith Monterrosa y otros, Demandado: Nación – Ministerio de Defensa –Ejército Nacional. Referencia: Acción de Reparación Directa – Apelación Sentencia. En este caso se trató de un civil que guió al ejército dentro una zona guerrillera y fue objeto de una emboscada donde resultó muerto.

⁸³⁷ “[...] el no enriquecimiento sin causa que sirve de fundamento a la acción, es un principio general del derecho cuya aplicación en nuestro ordenamiento se realizó, por vía jurisprudencial, a través del artículo 8° de la Ley 153 de 1887 [...]”. Consejo de Estado, Sentencia del 8 de mayo de 1995, Sección Tercera, Expediente 8118, actora: Sociedad Constructora Cárdenas y Maya Ltda[...]

⁸³⁸ Corte Suprema de Justicia, fallo del 19 de noviembre de 1936, Gaceta Judicial, XLIV, página 474.

e. La reparación es restrictiva, esto es, solo se indemniza el monto empobrecido en concomitancia con la proporción en que efectivamente se enriqueció el demandado. Sin perjuicio de la reparación integral a que haya lugar en caso de que se presente una falla del servicio (perjuicios inmateriales y daño emergente). Sin embargo, a pesar de lo expuesto en este literal, en reciente pronunciamiento del Consejo de Estado, este limita la condena favorable a la compensación del empobrecido, lo que ha nuestro modo de ver es un atentado contra el principio de reparación integral del daño regulado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, dado que el enriquecimiento sin causa puede generar alteración en las condiciones de existencia y perjuicios morales, como sería el caso de una aseadora que es vinculada a la administración de manera informal y luego, no le pagan sus prestaciones sociales e indemnización respectiva siendo desvinculada de manera arbitraria de la función pública⁸³⁹. En este evento el desamparo y el estado de inferioridad son evidentes y la condena no se puede limitar a la simple compensación. La posición que se critica es expuesta por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

La Sala resalta finalmente, que la teoría del enriquecimiento no puede utilizarse para regular situaciones derivadas de la violación del ordenamiento jurídico o para solucionar eventos determinados por la ineficiente gestión administrativa. De allí que su aplicación no conduzca a la indemnización del daño, sino a la correspondiente compensación, que se define en consideración al empobrecimiento sufrido por el demandante hasta la porción en que efectivamente se enriqueció el demandado.⁸⁴⁰

⁸³⁹ El Consejo de Estado ha indemnizado bajo este principio a personas que desempeñaron funciones administrativas sin la existencia de un vínculo laboral. Dicha Corporación ha aclarado que en estos casos no se trata del pago de salarios o prestaciones, sino de una compensación equivalente. Así mismo se destaca de estos pronunciamientos que los mismos se han producido al interior de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Lo que implica que la teoría del enriquecimiento sin causa puede ventilarse al interior de la acción contractual, de reparación directa o de nulidad y restablecimiento del derecho, pues en todas se puede pretender la reparación del daño, aunque no lo encontramos técnico, dado que si se ejerce una acción contractual o de nulidad y restablecimiento del derecho, el enriquecimiento si tiene causa, el contrato estatal o el acto administrativo ilegal. Ver: Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia 1457-08 de junio 9 de 2011, Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez.

⁸⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007. Expediente 14669. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2007, páginas 1817 a 1834. Posición reiterada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 22 de julio de 2009. Radicación interna 35026, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2009, páginas 1444 a 1459. En esta última providencia se aduce lo siguiente: “*Se trata, como ya se mencionó de una acción de naturaleza autónoma e independiente, dirigida, precisamente, a retrotraer los efectos que produjo una situación de traslado patrimonial injustificado, motivo por el cual no es posible, en sede de su ejercicio, formular algún tipo de pretensión de carácter indemnizatorio, sino que, por el contrario, su procedencia se basa en el exclusivo reconocimiento de una situación que se encuentra fuera de la órbita contractual o extracontractual, que amerita la adopción, por parte del juez competente, de una medida netamente compensatoria.*”

Sin perder de vista lo que se acaba de transcribir, es pertinente anotar que cuando se viola el ordenamiento jurídico superior, como es el caso de no aplicar la Ley 80 de 1993 para obtener productos o servicios a favor del Estado, a través de procesos de selección, contratos escritos o declaratorias de urgencia manifiesta, en realidad no estamos en presencia del enriquecimiento sin causa, toda vez que en este caso nos encontramos ante una falla del servicio, la cual se torna en la causa que ocasiona el daño. Por ende, en estos eventos la reparación debería ser integral y no someterse a una simple compensación. Como corolario, compartimos el punto de vista de salvamento de voto que expuso:

La acción de reparación directa se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento jurídico, como el mecanismo procesal pertinente para llevar a cabo cualquier reclamación de indemnización de perjuicios derivados del daño antijurídico que ocasione la administración (artículo 90 de la Constitución Política de 1991), siempre que este provenga de un “hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa” (art. 140 Ley 1437 de 2011, antiguo art. 86 CCA); por consiguiente, cuando un particular reclama el pago de las prestaciones ejecutadas a favor de la administración, sin existir contrato de por medio, porque la administración omitió adelantar los trámites necesarios para su celebración y, sin embargo, propició o permitió la ejecución de tales prestaciones, la acción procedente no será la actio de *in rem verso* sino la de reparación directa”.⁸⁴¹

f. Esta acción se ejercita “especialmente cuando el daño causado proviene de la prestación de un servicio o el suministro de unos bienes, entre otros casos, sin que exista un contrato perfeccionado y legalizado de conformidad con las normas legales vigentes”⁸⁴². Frente a este punto es pertinente manifestar que el contrato existe con el simple cumplimiento de los requisitos contemplados en el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “El Consejo de Estado en varias providencias al evaluar los cambios introducidos por la ley 80 de 1993 respecto de la existencia y ejecución del contrato estatal, afirmó que éste nace a la vida

⁸⁴¹ Salvamento de voto del Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, en contra de providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación: 73001-23-31-000-2000-0375-01 (24897). Actor: Manuel Ricardo Pérez Posada. Demandado: Municipio de Melgar. Referencia: Acción de controversias contractuales (sentencia). Bogotá, D.C., diecinueve de noviembre de dos mil doce. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2013, páginas 816 a 884.

⁸⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 30 de 2000. Expediente 11.895. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Publicada en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2001, páginas 280 a 288.

jurídica cuando se cumplen las condiciones previstas en el primer inciso del artículo 41, a pesar de que no se hayan cumplido los requisitos necesarios para su ejecución, tales como el relativo al registro presupuestal⁸⁴³.

Como corolario de lo expuesto en este literal, si ambas partes se ponen de acuerdo en el objeto y la contraprestación del contrato y este acuerdo es elevado por escrito y suscrito por las mismas, se entiende que ya existe el contrato sin ninguna consideración adicional y, por ende, la acción de reparación directa ya no será la procedente sino la acción contractual.

El consejo de Estado ha precisado los casos donde podría darse un eventual enriquecimiento sin causa por no existir un contrato estatal⁸⁴⁴, así:

- Cuando la entidad pública, sin participación o culpa del particular afectado, impone la ejecución de prestaciones o el suministro de bienes o servicios en su beneficio por fuera del marco de la contratación estatal.
- Los casos en que resulta urgente y necesario adquirir bienes, solicitar servicios o suministros u ordenar obras para evitar una amenaza o una lesión inminente e irreversible al derecho a la salud.
- Cuando es necesario declarar una situación de urgencia manifiesta, pero la administración omite tal declaratoria y obtiene el beneficio del particular sin contrato escrito.

Sin embargo, conforme se explicó en el literal anterior, los eventos expuestos en los puntos anteriores no pueden ser considerados eventos de enriquecimiento sin causa que impliquen una simple compensación, pues se está vulnerando la ley y son típicos casos de falla del servicio. Por tanto, de conformidad a salvamento de voto a la providencia cuyos casos se acaban de traer a colación, creemos que el único evento que permitiría darle vía libre al enriquecimiento sin causa por el no cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, sería cuando el particular, motu proprio, ejecute prestaciones a favor de la administración, siempre que haya actuado movido en forma exclusiva por un motivo constitucional o legalmente válido, sin intención de ganancia o provecho, y ante la imposibilidad de la administración para actuar. En estos casos si sería admisible una simple compensación toda vez que no media falla del servicio alguna. Veamos:

⁸⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007. Expediente 14669. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2007, páginas 1817 a 1834.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 73001233100020000307501 (24897), noviembre 19 de 2012, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio.

⁸⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 73001233100020000307501 (24897), noviembre 19 de 2012, Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio.

Con lo anterior, no pretendo cercenar la aplicación del enriquecimiento sin causa, como fuente autónoma de obligaciones, ni descartar la eventual aplicación o ejercicio de la *actio de in rem verso* ante esta jurisdicción; por el contrario, reconozco su aplicación subsidiaria y su procedencia excepcional, para aquellos eventos en que el particular, motu proprio, ejecute prestaciones a favor de la administración, supuestos en los cuales el podrá reclamar su compensación mediante la figura del enriquecimiento, siempre que haya actuado movido en forma exclusiva por un motivo constitucional o legalmente válido, sin intención de ganancia o provecho, y ante la imposibilidad de la administración para actuar de manera inmediata, debido a razones de fuerza mayor, toda vez que, en tales casos, no se puede predicar culpa de la administración, pero tampoco se puede coartar la posibilidad de que los ciudadanos obren movidos por el interés general y en aras del principio de solidaridad.⁸⁴⁵

g. La caducidad de la acción en este régimen se empieza a contabilizar a partir del día siguiente de la afirmación del no pago por parte de la administración pública⁸⁴⁶ o de la convicción a que llegue el accionante de que no le van a pagar por el servicio prestado, el suministro realizado, o la obra entregada. El Consejo de Estado justifica esta máxima jurisprudencial en estos eventos de la siguiente manera:

Si bien, como se expresó en fallo reciente, la formulación de una solicitud de pago, en estos casos, no es obligatoria, ya que en nuestro sistema, a diferencia del francés, no procede la denominada decisión préalable, es decir, la exigencia legal de obtener un pronunciamiento administrativo previo al ejercicio de la acción, encuentra la Sala que, en aquellos casos en que las partes realizan negocios con alguna frecuencia, los cuales se ejecutan de buena fe, efectuándose los pagos luego de transcurrido un término prudencial desde la entrega de los bienes, la prestación del servicio o la realización de la obra de que se trate, el contratista no tiene conocimiento de su perjuicio sino cuando es informado de que,

⁸⁴⁵ Salvamento de voto del Dr. Carlos Alberto Zambrano Barrera, en contra de providencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación: 73001-23-31-000-2000-0375-01 (24897). Actor: Manuel Ricardo Pérez Posada. Demandado: Municipio de Melgar. Referencia: Acción de controversias contractuales (sentencia). Bogotá, D.C., diecinueve de noviembre de dos mil doce. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2013, páginas 816 a 884.

⁸⁴⁶ Por regla general o un particular a título de excepción.

efectivamente, el pago reclamado no se va a realizar, sea porque ello le sea comunicado verbalmente o por escrito, o porque dadas otras circunstancias, pueda llegar a tal convicción.⁸⁴⁷

Sin embargo, a pesar de lo expuesto, hay que tener mucho cuidado al momento de hacer la reclamación del pago, pues la misma se debe limitar a obtener la compensación por el detrimento patrimonial sufrido, acompañada o no de una reparación integral conforme se explicó líneas atrás, sin ir más allá, pues si en lugar de solicitar un simple pago, se pide que se declare un derecho y como consecuencia se reconozca un dinero, la acción procedente será la de nulidad y restablecimiento del derecho, en caso de que se niegue dicho derecho y no se reconozcan las acreencias que de él se derivan. En este sentido se pronunció el Tribunal Administrativo del Quindío, a propósito de la solicitud de declaratoria de la existencia de una relación laboral y el consecuente reconocimiento de las prestaciones pertinentes, tanto en sede administrativa como en sede judicial, veamos:

Ahora, la atribución del carácter de indemnización que se otorga en la demanda a las pretensiones indicadas en razón del daño que se dice sufrió el demandante, por si no puede cambiar el carácter de la acción habida cuenta que si lo que realmente se reclama es el pago de unas prestaciones económicas, lo adecuado, procesalmente hablando, es el reclamo del restablecimiento del derecho y por ende bajo la acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho. Obsérvese que en la pretensión segunda de la demanda, literal a, se reclama los salarios y prestaciones económicas entre los años 1998 y 2005, más las que se llegaren “a causar durante el trámite del proceso, hasta el pago total de la obligación”, lo cual implica no solamente el reconocimiento de una

“indemnización” por el no pago de las prestaciones y salarios causados hasta el año 2005 sino las que se causaren con posterioridad a dicha fecha, lo cual conlleva de paso, que es lo realmente buscado por el demandante, la declaración de la existencia de una relación de orden laboral y que conlleve como consecuencia el pago de todas las prestaciones sociales a que hubiere lugar y que eventualmente habrían estado enmarcadas dentro del denominado funcionario de hecho.⁸⁴⁸

⁸⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de noviembre 30 de 2000. Expediente 11.895. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Publicada en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2001, páginas 280 a 288.

⁸⁴⁸ Tribunal Administrativo del Quindío, Sala de Decisión, Magistrado Ponente: Paulo León España Pantoja, Asunto: Sentencia de Segunda Instancia, Acción: Reparación Directa, Radicado: 63001-2331-000-2005-00297-01, Demandante: José Fausto de la Cruz Jojoa, Demandado: Municipio de Calarcá, Armenia (Quindío),

Obviamente si la petición se limita a solicitar el pago por el servicio prestado o el suministro realizado y la administración lo niega porque el contrato no existe, es evidente que la decisión es legal y el administrado no estaría interesado en atacar dicho acto administrativo. En este caso opera con nitidez la acción de reparación directa por enriquecimiento sin causa, pues lo que causa el daño es la no realización del pago (operación administrativa de carácter negativa) y no la manifestación de voluntad, dado que esta se encuentra acorde al ordenamiento jurídico superior, toda vez que no se puede afectar el presupuesto sin disponibilidad y registro presupuestal previos, atados a una causa legal como lo es el contrato estatal ⁸⁴⁹.

h. La acción procedente para hacer efectiva la condena en virtud del enriquecimiento sin causa es la acción de reparación directa, sin embargo, el Consejero Enrique Gil Botero en reciente salvamento de voto a pronunciamiento de la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, se manifestó en el sentido de que la *actio in rem verso* es una acción autónoma e independiente de la acción de reparación directa, trayendo a colación normas del derecho privado, lo que a nuestro modo de ver es una concepción errónea porque a la luz de la responsabilidad extracontractual del Estado, el enriquecimiento sin causa se trata como un régimen más y no se encuentra limitado a las normas del derecho privado. Tener una posición contraria a la expuesta atentaría contra el principio de acceso efectivo de la administración de justicia ⁸⁵⁰.

i. Por último, cabe anotar que el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento ha establecido un requisito adicional para que opere el enriquecimiento sin causa, ese requisito consiste en que el particular afectado con el empobrecimiento no puede verse beneficiado con una compensación por la prestación realizada, si el contrato estatal no reunía los requisitos de existencia del caso. Este requisito a nuestro modo de ver hace inoperante la *actio in rem verso*, dado que la misma nunca operaría pues precisamente esta es viable cuando no hay contrato. Por tanto, consideramos que en este punto el órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa esta errado, pues el administrado le presta un servicio a la administración bajo el supuesto de que la relación que lo origina está acorde al ordenamiento jurídico

diez (10) de febrero de dos mil once (2011).

⁸⁴⁹ En Sentencia de unificación el Consejo de Estado señaló que la acción procedente cuando no hay contrato estatal y se ejecutan servicios o se entregan productos a favor del Estado, es la acción de reparación directa. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Consejero Ponente Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación: 73001-23-31-000-2000-0375-01 (24897). Actor: Manuel Ricardo Pérez Posada. Demandado: Municipio de Melgar. Referencia: Acción de controversias contractuales (sentencia). Bogotá, D.C., diecinueve de noviembre de dos mil doce. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2013, páginas 816 a 884.

⁸⁵⁰ Ver salvamento de voto a Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007. Expediente 14669. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2007, páginas 1817 a 1834.

superior, otra cosa es que la administración induzca en error al particular y luego este último se vea afectado con dicha inducción, situación que no tiene el deber jurídico de soportar porque él no es garante de la legalidad de los procedimientos administrativos. En consecuencia compartimos en este sentido salvamento de voto del Consejero de Estado Enrique Gil Botero en los siguientes términos:

El criterio que no se comparte radica, vía jurisprudencial, una obligación en cabeza del particular que desarrolla una obra o presta a favor del Estado un servicio, de ser garante específico y guardián de la legalidad del contrato cuando lo cierto es que dicha imposición no se le ha asignado ni expresa ni tácitamente por el ordenamiento jurídico, cosa diferente es que su conducta se debe acompañar al mundo de la legalidad como es deber de todos, bajo el supuesto lógico de la permisón y la prohibición.

Si se analiza este aspecto con detenimiento, se arriba a la conclusión de que todo particular debe respetar las normas –de orden público-consagradas por el ordenamiento jurídico, pero dicho imperativo de conducta no radica en cabeza de los particulares el deber de ser garante de la legalidad en la observancia de los procedimientos que deben acatar las autoridades y entidades públicas al momento de celebrar contratos de naturaleza estatal. Lo anterior, por cuanto, si bien el particular debe someterse a los preceptos de naturaleza obligatoria –que no admiten convención en contrario–, lo cierto es que la ley no le atribuyó el deber de velar porque la entidad pública contratante cumpla a cabalidad todos y cada uno de los presupuestos fijados por la ley dirigidos al perfeccionamiento y ejecución del respectivo contrato estatal.⁸⁵¹

Obviamente y tal como lo advierte el Dr. Gil Botero en el salvamento de voto cuyo aparte se transcribió, la condena en virtud del enriquecimiento sin causa o por falla del servicio opera siempre y cuando el perjudicado hubiere actuado de buena fe o por iniciativa de la administración pública, en caso contrario, si actuó de mala fe o a motu proprio a sabiendas de que debía y podía obtener la autorización, se rompe el nexo causal por culpa exclusiva de la víctima, como sería el caso de la realización de una prestación a favor de una autoridad pública sin que esta lo hubiere autorizado o si hubiere hecho tal prestación mancomunadamente con algún agente estatal, con el firme propósito de burlar las normas de la contratación estatal. En el caso de realización de obras adicionales sin estar contempladas en el contrato y sin autorización de la entidad contratante, se pronunció el Consejo de

⁸⁵¹ Ver salvamento de voto a Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007. Expediente 14669. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2007, páginas 1817 a 1834.

Estado en los siguientes términos:

Así, entonces, cuando el alcance de lo acordado parece insuficiente – en criterio de la parte que debe ejecutarlo-, y considera que de verdad se necesita adicionar las obligaciones iniciales, en todo caso debe lograr un nuevo acuerdo, para que surja la obligación que considera indispensable para el cumplimiento efectivo de la obligación inicial. Si la parte no actúa de este modo, y en su lugar ejecuta, unilateralmente, las prestaciones adicionales, con la esperanza de que le sean retribuidas, incurre en el error de creer que su conducta crea obligaciones para los demás, por bien intencionadas y útiles que sean las prestaciones que realizó. El tema es de teoría fundamental de las obligaciones: en los contratos se requiere el acuerdo de voluntades para comprometerse y adquirir obligaciones exigibles de los demás.⁸⁵²

4. La teoría de la especial sujeción (conscripción o reclusión)⁸⁵³ : Esta teoría consiste en que se presume la responsabilidad del Estado en el evento en que un recluso o un soldado o policía que está prestando servicio militar, sufre una lesión o muerte en el lapso de la reclusión o conscripción, a pesar de que al momento de ingresar al sitio de reclusión o de reclutamiento se encontraba en óptimas condiciones de salud. Sobre el tema de la conscripción el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

[...] Considera la Sala que, en casos como el presente, debe aplicarse un régimen objetivo de responsabilidad. Conforme a lo anterior, se encuentra demostrado, en el presente caso, que el soldado E.L.T. murió violentamente, durante el período en que prestaba el servicio militar obligatorio, como consecuencia de un trauma contundente craneano, el cual fue causado, al parecer, golpeándolo con piedras. En el momento de la muerte, según lo expresado por el apoderado por el Ministerio de Defensa, en la contestación de la demanda, el soldado E.L.T. cumplía labores de centinela, y de acuerdo con el

⁸⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de octubre de 2011. Radicación 25000-23-26-000-1992-07954-01. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2012, páginas 338 a 340.

⁸⁵³ “Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, adquiere no solo una posición de garante al doblegar, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que, de igual manera, entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquellos”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 14 de septiembre de 2011. Radicación 05001-23-25-000-1994-000-2001. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2011, páginas 2236 a 2273.

concepto rendido por comandante del Batallón Galán del Ejército Nacional, del cual formaba parte dicho soldado, su muerte se produjo en misión del servicio. Así las cosas, si bien es cierto que no obra en el proceso ninguna prueba que permita señalar a alguna persona como autora del homicidio, sí está demostrado que éste fue cometido en momentos en que E.L.T. desarrollaba funciones propias del servicio obligatorio, de manera que su seguridad estaba a cargo de la entidad demandada, que debía garantizar su retorno a la vida civil, una vez cumplido el término de conscripción, en las mismas condiciones de salud en que ingresó al Ejército para cumplir con su deber constitucional. [...].⁸⁵⁴

Sin perder de vista lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, en reciente providencia el Consejo de Estado aclaró que no necesariamente en materia de conscriptos opera un régimen de responsabilidad objetivo aunque, advirtió, en principio el Estado responde por los daños que se le irrogan a la integridad psicofísica de los obligados a prestar el servicio militar, porque asumen una carga pública en contra de su voluntad y de suyo riesgosa, veamos:

Como se aprecia, en relación con los conscriptos, el principio *iura novit curia*, reviste una característica especial, ya que el juez debe verificar si el daño antijurídico resulta atribuible al Estado, con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación que se vienen de enunciar. No debe perderse de vista que, en tanto la administración pública imponga la obligación de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado pues se encuentra sometido a su custodia y cuidado, además que, por regla general, lo sitúa en una posición de riesgo, lo que en términos de imputabilidad deriva en que debe responder por los daños que le sean irrogados en virtud de la ejecución de la carga pública.⁸⁵⁵

⁸⁵⁴ Consejo de Estado, Sentencia del 21 de diciembre de 2001, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Radicación número 11766. Actor: José Epigmenio López Gómez y otros.

⁸⁵⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, Sentencia de 14 de septiembre de 2011. Radicación 05001–23–25–000–1994–000–2001. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2011, páginas 2236 a 2273.

CAPÍTULO VI.

LA ACCIÓN CONTRACTUAL

(Art. 87 CCA y art. 141 del CPA).

Introducción

En este capítulo pretendemos introducir al lector en el tema de la acción contractual, también denominada de controversias contractuales, con el objeto de profundizar en su naturaleza jurídica y complejidad pluripretensional, de tal manera que al finalizar la lectura del mismo, el interesado tenga un panorama integral, básico y completo sobre esta figura.

I. Definición

El Dr. Santofimio Gamboa, la define de la siguiente manera: “la acción referente a controversias contractuales, o acción contractual desarrollada en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo es una acción por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, desistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato.”⁸⁵⁶

II. Características

De conformidad a la definición anterior, se destacan las siguientes características de la acción que se estudia:

A. Competencia

Es importante tener claro de que controvertas contractuales conoce la jurisdicción contencioso administrativa. Por ende es indispensable hacer precisiones sobre los siguientes contratos, así:

1. Las contratos de las Entidades Públicas con sujeción a la Ley 80 de 1993: El artículo 2º del Estatuto Contractual del Estado determina que organismos se

⁸⁵⁶ Tratado de derecho administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Página 560.

consideran como Entidades Estatales para efectos contractuales y el artículo 75 le asigna al Juez Administrativo la competencia para conocer de las controversias correspondientes a contratos donde una de las partes sea una Entidad Pública de acuerdo a la disposición anotada, aspecto que precisamente le da la connotación al negocio jurídico de estatal⁸⁵⁷.

Ahora bien, al observar el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, se advierte que algunos de los organismos considerados como Entidades Estatales, carecen de personería jurídica, ante lo cual, la jurisprudencia y la doctrina han sido claras en señalar que quién contrata cuando actúa alguno de tales organismos es la Nación, veamos:

Con fundamento en el artículo 352 constitucional, que le atribuye al legislador la posibilidad de determinar la capacidad de los organismos y entidades estatales para contratar, el Congreso nacional, al expedir la Ley 80 de 1993, haciendo diferencia entre personalidad jurídica y capacidad para actuar en el tráfico jurídico, habilitó a organismos tales como el Senado de la República, la Cámara de Representantes, las contralorías nacional, departamentales y municipales, la Procuraduría General de la Nación, los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias sin personería jurídica, unidades administrativas especiales sin personería jurídica, la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, para que celebraran contratos de manera directa, pero comprometiéndolo obviamente a la Nación.⁸⁵⁸

2. Los contratos de las Entidades Públicas con sujeción a regímenes anteriores a la Ley 80 de 1993, cuyo conflicto se suscite bajo la vigencia de esta: es decir, si se presenta una controversia sobre un contrato celebrado bajo una norma anterior a la vigencia de la Ley 80 de 1993 (por ejemplo el decreto 222), pero originada con posterioridad a tal vigencia, el juez competente es el Contencioso Administrativo. Esta consideración se desprende del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, que en materia de aplicación de la nueva ley procesal, dispone: “Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que debe empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correrse, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

⁸⁵⁷ El artículo 32 de la Ley 80 de 1993 define a los Contratos Estatales como “todos los 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, [...]”.

⁸⁵⁸ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 106.

3. Los contratos de las Universidades Públicas: sobre el particular, la Jurisprudencia ha dicho: “La circunstancia según la cual la Ley 30 de 1992 ha dispuesto que los contratos que celebren las Universidades estatales u oficiales se regirán por las normas del derecho privado, no significa que el Juez del Contrato haya dejado de pertenecer a la Jurisdicción Administrativa para atribuirle esa función a la justicia ordinaria.”⁸⁵⁹ Posición que está más acentuada con el advenimiento de la Ley 1107 de 2006 que modificó el artículo 82 del CCA y pasó de un criterio material a un criterio orgánico en materia de competencia. Criterio que fue ratificado en el numeral 2º del artículo 104 del CPA

4. Los contratos de las Entidades Públicas con sujeción a regímenes posteriores a la Ley 80 de 1993 que no tengan asignada expresamente otra jurisdicción: esto quiere decir que en el régimen de los Contratos Estatales, independientemente de que se encuentren regulados por el Derecho Privado (Civil o Comercial) o por el Derecho Público (normas especiales de Derecho Administrativo), prevalecen las materias específicas y expresamente reguladas por la Ley 80 de 1993, a menos que ella misma o una ley posterior, también en forma específica y expresa establezcan excepciones o regulaciones diferentes sobre el particular en lo atinente al Juez competente.

Como corolario de lo anterior, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, establece que el Juez competente es el Contencioso Administrativo, empero, esta misma ley trae excepciones sobre este aspecto, las cuales no se vieron afectadas por la Ley 1107 de 2006 dado que se trata de una norma posterior de carácter general la cual no puede derogar una norma anterior de carácter especial⁸⁶⁰, veamos algunos ejemplos:

- El inciso 3ro del Artículo 13 de la Ley 80 de 1993, admite expresamente que los contratos celebrados en Colombia pero que se deban ejecutar en el extranjero, pueden controlarse judicialmente por un Juez Extranjero.
- El parágrafo 1ro del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que el Estatuto Contractual no se aplicará a los contratos celebrados por los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás entidades

⁸⁵⁹ Consejo de Estado, Sección 3ra, Auto de agosto 20 de 1998, expediente 14.202, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁸⁶⁰ Sobre el particular el Consejo de Estado ha manifestado: “*Lex posterior generalis non derogat priori speciali y legi speciali per generalem non derogatur*; son aforismos antiquísimos que enuncian el principio universal de derecho de que la ley general posterior no deroga la ley especial anterior y que complementa la conocida regla de prevalencia. De allí que la doctrina contenida en aquellas fórmulas jurídicas se pueda sintetizar así: la ley posterior deroga la ley anterior cuando ambas tienen la misma generalidad o la misma especialidad, pero la especial, aunque sea anterior a una general, subsiste en cuanto se refiere a la materia concreta regulada en ella, a menos que la segunda derogue expresamente la primera o que entre ellas exista incompatibilidad”. Extracto de sentencia del Consejo de Estado del 30 de enero de 1968, citado en auto de 19 de febrero de 2004, de la misma Corporación, proveniente de la Sección Quinta, Consejero Ponente: Dr. Darío Quiñones Pinilla; Exp. 25000-23-25-000-2003-1014-01 (ACU).

financieras de carácter estatal. Ahora bien, es importante anotar que el artículo 15 de la Ley 1150 de 2007 modificó el párrafo anotado, estableciendo un criterio orgánico en relación con la no aplicación del estatuto contractual a este tipo de entidades, por ende, la exigencia que traía el anterior párrafo para excepcionar la aplicación de dicho estatuto en estos casos, relacionada con que el objeto contractual correspondiera al giro ordinario de las actividades propias del objeto social de las mencionadas entidades, fue derogada. Ahora bien, el nuevo Código Contencioso Administrativo ratificó el criterio orgánico en materia de Juez competente al establecer: “La jurisdicción de lo contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos: 1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos” (Numeral 1º del artículo 105 del CPA).

- El inciso quinto del artículo 70 de la Ley 80 de 1993, posibilita que ciertos contratos del Estado se sometan a la Jurisdicción de un Tribunal de Arbitramento Internacional.
- En materia de contratación estatal es viable someter las controversias que se susciten a un Tribunal de Arbitramento, siempre y cuando se trate de asuntos transigibles. Lo cual no sucedería, por ejemplo, si se trata de discutir la legalidad de los actos administrativos expedidos con ocasión al contrato y en ejercicio de las cláusulas excepcionales⁸⁶¹ (art. 70, Ley 80 de 1993).
- El artículo 16 de la Ley 1150 de 2007 que reformó la Ley 80 de 1993, exceptúa de la aplicación de la Ley 80 de 1993 a las entidades del sector defensa, así: Satena, Indumil, Hotel Tequendama, Corporación de Ciencia y Tecnología para el desarrollo de la Industria Naval, Marítima y Fluvial –Cotecmar- y la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana –CIAC-. Sin embargo, esto no quiere decir que el Juez Competente sea el ordinario, dado que seguirán siendo contratos estatales. Este criterio debe aplicarse a todos los contratos estatales que se les introduzca al derecho

⁸⁶¹ “De la definición que hace el *Legislador* se infiere que la competencia de los árbitros está limitada no solo por el carácter temporal de su actuación sino por la naturaleza del asunto sometido a su conocimiento, pues solo aquellas materias susceptibles de transacción pueden ser definidas por los árbitros. Significa lo anterior que la competencia de los árbitros es de carácter limitado, tanto por el aspecto temporal como material, pues como lo ha señalado esta corporación no todos los asuntos pueden ser sometidos genéricamente a su conocimiento, como por ejemplo, los relacionados con el estado civil de las personas [...] Dentro de este contexto, no es difícil arribar a la conclusión según la cual los particulares investidos de la facultad de administrar justicia no pueden pronunciarse sobre asuntos que involucren el orden público, la soberanía nacional o el orden constitucional que en razón de su naturaleza están reservados al Estado, a través de sus distintos órganos”. Corte Constitucional, Sentencia C-1436 del 25 de octubre de 2000, M.P.: Alfredo Beltrán Sierra.

privado, toda vez que por este solo hecho el Juez Competente no deja de ser el contencioso administrativo, pues el contrato sigue siendo estatal; tal como sucede con el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, donde se establece que 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, no estarán sujetas a la ley de contratación estatal si desarrollan actividades de naturaleza comercial vinculadas de una u otra manera al tráfico jurídico sumido bajo concepto de competencia y mercado, empero, en estos casos el Juez competente es el contencioso administrativo.

5. Los contratos de las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios: la Ley 1107 de 2006 derogó los numerales 5° de los artículos 132 y 134B del CCA, en lo referente a las entidades públicas o sociedades de economía mixta con capital social de naturaleza pública superior al 50%, por tanto, todas las controversias contractuales que se susciten con entidades de este tipo se ventilan ante la jurisdicción contencioso administrativa ⁸⁶². Sin embargo, respecto a entidades del orden privado se sigue aplicando la excepción contemplada en dicha normativa, dado que La Ley 489 de 1998 ordena que en materia de servicios públicos domiciliarios se aplique lo dispuesto en la Ley 142 de 1994 y las normas que la complementen, sustituyan o adicione (como es el caso de los artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1998). Dentro de este panorama, entonces, la competencia judicial en relación con los contratos celebrados por las Empresas Prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios de carácter privado, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, será la de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, cuando la ley se refiere a la prestación directa del servicio, debe entenderse como la relación contractual usuario-empresa privada, toda vez que fue la intención del legislador dejar los demás contratos celebrados por las entidades referidas en manos de la justicia ordinaria, salvo que estos últimos contengan cláusulas excepcionales (terminación unilateral, interpretación unilateral, modificación unilateral o caducidad).

Por otro lado, es pertinente advertir que el contrato celebrado por empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios regulado en el párrafo del artículo 3° de la Ley 689 de 2001, que modificó el artículo 31 de la Ley 142 de 1994, se somete al control de la jurisdicción contencioso administrativa. El párrafo dice: “Los contratos que celebren los entes territoriales con las empresas de servicios

⁸⁶² Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto: 30903, de febrero 8 de 2007, Consejero Ponente: Enrique Gil B.

públicos con el objeto de que estas últimas asuman la prestación de uno o varios servicios públicos domiciliarios, o para que sustituyan en la prestación a otra que entre en causal de disolución o liquidación, se registrarán para todos sus efectos por el estatuto general de contratación de la administración pública [...].”

De lo transcrito se colige que el contrato mencionado en el postulado legal referido, estará sometido a lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, esto es, que el Juez Competente en torno a las controversias que se susciten, será el contencioso administrativo. Esta postura se reafirma aún más con el advenimiento de la Ley 1107 de 2006.

En materia de Servicios Públicos Domiciliarios, se ha pronunciado la doctrina en los siguientes términos ⁸⁶³:

“Con esta referencia a la historia de la creación de la norma, estimamos que la jurisprudencia de la sala plena citada atrás se mantiene en su integridad y 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 (arts. 128 y ss., de la ley 142) y de aquellos que contengan cláusulas exorbitantes (art. 31); 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 (con reposición ante el autor del acto y apelación ante la Superintendencia Nacional de Servicios Domiciliarios), sino también de control ante la jurisdicción administrativa. Adscribiendo a la jurisdicción ordinaria, (más accesible al público en general como que en cada localidad existe un juez ordinario), el resto de los asuntos”. ⁸⁶⁴

Así las cosas, cabe precisar que lo único que se mantiene bajo competencia de la jurisdicción ordinaria en materia de entidades públicas que prestan servicios públicos domiciliarios es el cobro ejecutivo de las facturas, a la luz de lo dispuesto en el párrafo de la Ley 1107 de 2006 y tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos: “una lectura integral del texto muestra que el propósito, bastante claro, en materia de SPD, era recoger, en esta jurisdicción, la competencia para juzgar las controversias de las empresas estatales de SPD,

⁸⁶³ Doctrina que se mantiene vigente solo en materia de empresas de servicios públicos domiciliarios de carácter privado como consecuencia del advenimiento de la ley 1107 del 2006.

⁸⁶⁴ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Quinta Edición, Señal Editora, Página 117.

pero que tratándose del cobro ejecutivo de las facturas, se debía mantener la competencia en la justicia ordinaria, en los términos del artículo 130 de la Ley 142 –modificado por el artículo 18 de la Ley 689 de 2001⁸⁶⁵.

A pesar de lo expuesto hasta este momento, es necesario aclarar que cuando entre vigencia el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la jurisdicción de lo contencioso administrativo solo conocerá de los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes (Numeral 3º del artículo 104 del CPA). Nótese que esta regla de competencia no discrimina entre entidades públicas y entidades privadas, por ende, el criterio material de competencia impera en este asunto.

6. Los contratos que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta y las Sociedades entre Entidades Públicas: Ni el criterio material, ni el de las cláusulas excepcionales impera en materia de Empresas Industriales y comerciales del Estado, dado que con el advenimiento de la Ley 1107 de 2006, la jurisdicción competente es la contenciosa administrativa en virtud del criterio orgánico. Por tanto, las cláusulas excepcionales como factor de competencia, para someter al derecho privado y a la jurisdicción ordinaria en lo relacionado con sus actividades propiamente industriales y comerciales, se encuentra revaluado y, por ende, no se encuentran vigentes criterios como el siguiente:

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 85 de la ley 489 de 1998, las empresas industriales y comerciales del Estado, son [...] organismos creados por la Ley o autorizados por ésta que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial y de gestión económica conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la Ley [...], cuyo régimen jurídico precisa el artículo 93 de la misma ley cuando señala, que [...] para el desarrollo de su actividad propia industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las normas del derecho privado.

Es decir, por ministerio de la ley, dichas entidades descentralizadas por servicios gozan de un régimen jurídico especial, reguladas por el derecho privado y por consiguiente sometidas a la jurisdicción ordinaria cuando la controversia de sus actividades

⁸⁶⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Radicación 05001–23–31–000–1997–02637–01. Actor: Unión Temporal Aguas de la Montaña y otros. Demandado: Sociedad Aguas de Rionegro S.A. ESP. Expediente 30.903. Bogotá D.C., febrero 8 de 2007. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2007, páginas 959 a 1001.

netamente industriales y comerciales o de gestión económica, y bajo la órbita del derecho público, del control de la jurisdicción contenciosa administrativa, en relación con sus actos propiamente administrativos, [...] ⁸⁶⁶

Sin embargo, la Ley 1150 de 2007 trajo una excepción expresa al criterio material consagrado en la Ley 1107 de 2006 y la contempló en su artículo 14, expresando que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado están sometidas al estatuto de contratación y por ende a su artículo 75 referido al Juez competente, “con excepción de aquellas que se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados”. Esta excepción es bastante ambigua y general, por ende, se pueden vislumbrar en el futuro nuevamente conflictos de competencia entre jurisdicciones en estos eventos, lo que implica que la solución que el legislador había otorgado en la Ley 1107 de 2006 en materia de seguridad jurídica en torno a la jurisdicción competente, para los efectos de las controversias contractuales relacionadas con Empresa Industriales y Comerciales del Estado, la borró de un tajo.

La anterior apreciación también se puede esgrimir en relación con las Sociedades de Economía Mixta o sus filiales que posean un capital social de carácter público superior al 50%. De igual manera se arguye en torno a las sociedades entre entidades públicas con participación mayoritaria del Estado superior al 50%.

7. Los contratos de los particulares en ejercicio de funciones administrativas: En este caso se aplica lo dispuesto por el artículo 112 de la Ley 489 de 1998, veamos: “Régimen jurídico de los actos y contratos. La celebración del convenio y el consiguiente ejercicio de funciones administrativas no modifican la naturaleza ni el régimen aplicable a la entidad o persona privada que recibe el encargo de ejercer funciones administrativas. No obstante, los actos unilaterales están sujetos en cuanto a su expedición, y requisitos externos e internos, a los procedimientos de comunicación e impugnación a las disposiciones propias de los actos administrativos. Igualmente, si se celebran contratos por cuenta de las entidades privadas, los mismos se sujetaran a las normas de contratación de las entidades estatales”.

Ahora bien, en este caso estamos refiriéndonos a entidades o personas privadas que ejercen funciones administrativas y no cuando prestan servicios públicos, habida cuenta que las primeras se refieren al ejercicio de prerrogativas públicas (declaración previa y ejecución de oficio) que ponen en un plano de desigualdad

⁸⁶⁶ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Bogotá, D.C., 2 de febrero del año 2005, Magistrado Ponente: Dr. Fernando Coral Villota. Conflicto de competencia suscitado entre el Tribunal Administrativo de Risaralda y el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, Tribunal Superior Del Distrito Judicial de Pereira. Rad. No. 200500024 00/15.I.05.

al particular frente al resto del conglomerado social, al paso que los segundos se rigen por el derecho privado. Sobre la diferencia entre función pública y servicio público, la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado.⁸⁶⁷

El Consejo de Estado precisa que el nuevo modelo constitucional ya no equipara servicio público con función pública, así:

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 —que no prestador monopólico— de los servicios. En otras palabras, se trata del cambio del modelo del Estado [...]. 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 de mercado, que pretende conciliar las bondades de la competencia con la necesaria intervención estatal, en orden a proteger al usuario final.⁸⁶⁸

Lo anterior no significa que a través de la prestación de un servicio público no se puedan ejercer de manera excepcional potestades públicas para garantizar los postulados de continuidad, eficiencia y universalidad de tal servicio, estas sí sometidas al control jurisdiccional del contencioso administrativo por ser función administrativa, tal como lo ejemplifica el Consejo de Estado en los siguientes términos:

⁸⁶⁷ Sentencia C-037 de 28 de enero de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁸⁶⁸ 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.

En cuanto a tales actividades, la Sala, a manera de ejemplo, señala las siguientes que se pueden ejercer en el marco de los servicios públicos domiciliarios:

- La posibilidad de pactar cláusulas exorbitantes en los contratos de prestación de servicios públicos y de hacer efectivos los poderes que ellas implican (L. 142/94, art. 31).
- El derecho de las empresas al uso del espacio público, a la ocupación temporal de inmuebles, a la constitución de servidumbre y a la enajenación forzosa de bienes a favor del servicio (L. 142/94, art. 33).
- La decisión de las entidades frente a peticiones, quejas, reclamos y recursos de los usuarios de los servicios (L. 142/94, arts. 63, 152, 153, 154 y 159).
- La imposición de sanciones (L. 142/94, arts. 81, 142, 147).
- Las de regulación, vigilancia y control las cuales, de acuerdo con el artículo 365 de la Constitución Política, deben ser mantenidas en cabeza del Estado y, mediante ellas, debe garantizar que el mercado funcione en condiciones de igualdad y libertad, asegurando que todas las personas tengan acceso efectivo a la prestación de los servicios (CP, art. 334), la cual debe ser eficiente, continua e ininterrumpida (L. 142/94, arts. 2° y 3°).

En las actividades que se citan a manera de ejemplo, la empresa prestadora de servicios públicos, sin importar su naturaleza, ejerce potestades públicas que se traducen en la facultad de imposición frente a los particulares.⁸⁶⁹

8. Los convenios interadministrativos que generen controversia: En efecto, los convenios interadministrativos son negocios jurídicos que se celebran entre entidades públicas de colaboración mutua para beneficiar a un determinado segmento de la colectividad⁸⁷⁰. En caso de que se generase controversia al interior

⁸⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, Expediente 27673. Actor: Rodrigo Villamil Virguez. Demandado: Nación –Ministerio de Comunicaciones y otros. Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil cinco (2005). Publicada en revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2005, páginas 1087 y ss.

⁸⁷⁰ La doctrina los define de la siguiente manera: “Los convenios se reservan en forma exclusiva para regular mediante acuerdos el cumplimiento de los fines impuestos en la Constitución y la ley. Son convenios si se celebran entre entidades estatales para aunar esfuerzos que le permitan a cada una de ellas cumplir con su misión jurídica. Cuando las entidades estatales concurren en acuerdo de voluntades desprovistas de todo interés particular y egoísta, cuando la pretensión fundamental es dar cumplimiento a obligaciones contenidas en el ordenamiento jurídico, la inexistencia de intereses opuestos genera la celebración de convenios. Los

de este tipo de negocios jurídicos, inmediatamente se degeneran en un contrato, dado que el elemento colaboración mutua desaparece y se advierte, en cambio, el surgimiento de prestaciones recíprocas presuntamente incumplidas, aspecto propio de los contratos como fuente de las obligaciones. En estos precisos eventos la acción contractual es perfectamente viable para dilucidar la controversia en el plano jurisdiccional.

9. Los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado: El Consejo de Estado ha sido claro en manifestar que para este tipo de entidades públicas se aplica el estatuto de contratación estatal, incluyendo obviamente el artículo 75 de tal codificación, cuando al interior de los contratos que celebran se estipulan cláusulas excepcionales o se celebran contratos de los contemplados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, veamos:

Para las ESE, por tanto, la legislación aplicable será la civil o comercial, según la esencia y naturaleza del contrato. Con todo, esa regla no implica una completa desvinculación del estatuto general de contratación administrativa. En primer lugar, porque a dicha regla se incorporan, por especial disposición de la Ley 100, las cláusulas excepcionales, siempre que las ESE resuelvan incluirlas en el texto del respectivo contrato. Y en segundo lugar, porque al no existir para ellas una legislación paralela, de carácter específico, cuando celebren determinados contratos estatales que regula la Ley 80 a esta regulación deberán atenerse. Estos contratos son precisamente los que define su artículo 32, y que ya han sido mencionados, o sea el de obra, el de consultoría, el de prestación de servicios para desarrollar actividades relacionadas con la administración y funcionamiento de la entidad, el de concesión, el encargo fiduciario y la fiducia pública, en cuya celebración el deber de selección objetiva lleva consigo la escogencia del ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva [...]⁸⁷¹

Aún más, consideramos que con el advenimiento de la Ley 1107 de 2006, el Juez competente para dirimir todas las controversias que se susciten en torno a los contratos celebrados por las Empresas Sociales del Estado es el Juez Contencioso Administrativo. Premisa ratificada en el numeral 2º del artículo 104 del CPA

convenios celebrados de esta forma deben tener un régimen especial y, por consiguiente, distinto al de los contratos, [...]". PINO RICCI, Jorge, Los Convenios Interadministrativos, ensayo publicado en la compilación de las primeras jornadas de derecho Constitucional y Administrativo, Editorial Universidad Externado de Colombia, páginas 656 y 657.

⁸⁷¹ Consejo de Estado, Sala De Consulta y Servicio Civil. Concepto del 20 de agosto de 1998, exp. 1127, C.P.: Javier Henao Hidrón.

10. Los contratos que comprendan los recursos que se destinan a la cobertura de la prestación de servicios de salud: El sistema de seguridad social integral comprende los recursos que se destinen a la cobertura de la prestación de los servicios de salud, por tanto, las controversias jurídicas contractuales que se susciten alrededor de los mismos serán conocidas por la justicia ordinaria de carácter laboral, pues tales negocios jurídicos estarían contemplados dentro del ámbito del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001, dado que estaríamos en presencia de actos jurídicos bilaterales.

Es pertinente anotar que el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001 no fue derogado por la Ley 1107 de 2006, por ende, la justicia laboral conserva su competencia para los asuntos señalados en dicha disposición. Asunto que continúa vigente con el advenimiento del nuevo código.

B. La acción es pluripretensional

La acción contractual al referirse a la totalidad de las controversias contractuales, adopta una característica particular, quién la ejerza puede incluir en el libelo pretensiones propias de las otras acciones contencioso administrativas (acción de nulidad, de nulidad y restablecimiento o de reparación directa), bajo el único requisito de que el origen de tales pretensiones sea un contrato estatal. Ahora bien, veamos las pretensiones que pueden operar en este tipo de acción.

1. Declaración de existencia de un Contrato Estatal: De conformidad a lo contemplado en el artículo 39 de la Ley 80 de 1993, los Contratos Estatales deben constar por escrito. Por ende “se trata, [...], de una pretensión dirigida, no a subsanar hechos cumplidos de las autoridades, sino de la carencia de un instrumento público, como es el del contrato escrito, sea este con o sin formalidades plenas, y que la administración perdió, o no reposa en sus archivos, independiente de la causa que haya motivado esta situación”⁸⁷².

Es pertinente manifestar que la Ley 80 de 1993, en su artículo 41, consagra la única excepción al requisito de plasmar por escrito los contratos estatales, este es el caso de la urgencia manifiesta. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] resulta importante señalar que esta figura tiene un régimen jurídico especial, pues es el único caso en que el legislador permite expresamente el contrato consensual, esto es, cuando las circunstancias impiden la suscripción del contrato, se podrá incluso prescindir del acuerdo acerca de la remuneración del contratista, la

⁸⁷² SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 562.

cual podrá acordarse con posterioridad al inicio de la ejecución del contrato o en la liquidación del mismo. Se hace entonces evidente la prevalencia del interés general, en este caso, por encima de las formalidades de las actuaciones administrativas, pues el régimen jurídico cede ante situaciones excepcionales con el fin de permitir que las soluciones se den en el menor tiempo posible.⁸⁷³

Como corolario, no se puede solicitar a través de la acción contractual la declaratoria de existencia de un negocio que nunca se documentó y suscribió, habida cuenta que es menester que la controversia gire en torno a un contrato estatal, el cual solo adquiere esta connotación cuando se eleva por escrito. El diferendo, controversia o conflicto que se derive de un negocio no documentado es objeto de otras acciones, como la de reparación directa si se trata de un enriquecimiento sin causa, o la de nulidad y restablecimiento del derecho si se trata de enervar la legalidad de un acto administrativo. Se itera, la declaratoria de existencia de un Contrato Estatal se alega cuando este ya se celebró, empero, desapareció y se necesita que un Juez declare que existe y compromete a las partes.

Ahora bien, ha hecho tránsito al interior de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la posibilidad de esgrimir la pretensión que se analiza, cuando se recorre la definición del tipo negocial contractual sin culminarlo, lo que a nuestro modo de ver es una posición errónea que genera inseguridad jurídica, toda vez que, si el negocio jurídico no completa de manera satisfactoria los requerimientos para su existencia (acuerdo de voluntades elevado por escrito y firmado por los contratantes), será un simple proyecto que, en la eventualidad que llegare a ejecutarse causando un daño antijurídico, este solo se podrá reparar por una vía: la acción de reparación directa y no la contractual, habida cuenta que no hay ningún contrato estatal. La posición que se critica es del siguiente tenor: “Procede así mismo este tipo de pretensión en los casos en que se hubieren agotado por la administración todos los trámites legales para la celebración del contrato, faltando tan solo la reducción a escrito del mismo o simplemente su firma, y no obstante estas falencias se realizan ejecuciones del objeto que correspondería al contrato”⁸⁷⁴.

⁸⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 7 de febrero de 2011. Radicación 11001-03-26-000-2007-00055-00. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2011, páginas 598 a 603.

⁸⁷⁴ Comentario del Profesor Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en su obra *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, Universidad Externado de Colombia, página 232, a jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de noviembre, exp. 11958, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

2. Revisión del Contrato Estatal: se pretende revisar un Contrato cuando se busca restablecer el equilibrio contractual que se perdió durante la ejecución del contrato estatal. Desequilibrio que conforme a lo que se colige en los artículos 4 numerales 3 y 8, 5 numeral 1 y artículo 57 de la Ley 80 de 1993, puede darse en contra de los intereses de la administración, aunque esta posee en algunos eventos la modificación unilateral del contrato, o del contratista. Este desequilibrio se presenta en razón de especiales circunstancias como una huelga ajena a las partes, un derrumbe, un retraso de las mercancías compradas, un paro armado de la guerrilla, un aumento de costos derivados de una reforma laboral o de una devaluación inesperada, un aumento extraordinario del valor de insumos, etc. El equilibrio contractual se encuentra regulado en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993, disposición que consagra el arreglo directo como el mecanismo que debe primar para restablecer el equilibrio sobre la vía jurisdiccional.

Para poder entender en que eventos el Contrato Estatal se encuentra desequilibrado, hay que tener claros los fundamentos del equilibrio contractual estatal. La doctrina los describe en los siguientes términos:

El fundamento genérico del equilibrio es simple: si las partes concretaron con el contrato unos determinados derechos y obligaciones para cada una, resulta equitativo que las nuevas circunstancias que aparecen en su ejecución sean tratadas bajo la misma distribución de derechos y obligaciones. Las condiciones iniciales ofrecen la solución, pero en realidad, ellas sirven poco.

Primero, porque siendo circunstancias imprevistas, por naturaleza no fueron tenidas en cuenta por las partes al suscribir el contrato. Y además, siendo circunstancias extracontractuales, generan costos igualmente extracontractuales, es decir que las condiciones inicialmente pactadas en el contrato no pueden, por sí mismas, indicar cuál de las partes debe asumir estos sobrecostos.

[...] El equilibrio del contrato público tiene otro fundamento. Inspirado en la concepción francesa, el contratista es un colaborador de la administración que se vincula a una misión que no le es connatural: la realización de los fines del Estado (L. 80, art. 3º). El fundamento del equilibrio se encuentra entonces en el balance equitativo entre los deberes del contratista en desarrollo de fines públicos y la protección a que tiene derecho. Si el contratista debe hacer esfuerzos particulares por asegurar la ejecución del contrato pese a la aparición de nuevas circunstancias

imprevisibles, la administración contratante ha de brindarle apoyo financiero en todo caso, incluso cuando los hechos generadores del desequilibrio no le son imputables.⁸⁷⁵

Del aparte doctrinal transcrito se infiere que el contratista como colaborador de la administración pública, está obligado a hacer todo lo posible para cumplir con el objeto contractual en aras de satisfacer el interés general, a pesar de que se presenten situaciones que se constituyen en imprevisibles para ambas partes al momento de suscribir el contrato. Como corolario, es justo que el Estado esté dispuesto a restablecer los derechos y expectativas cifradas por dicho contratista y que se vieron aminoradas a raíz del advenimiento de las mencionadas situaciones imprevisibles.

Ahora bien, los orígenes del desequilibrio han sido catalogados por la doctrina de tres maneras⁸⁷⁶:

- Hecho del príncipe: en este caso el desequilibrio proviene de un acto administrativo lícito de carácter general proferido por la persona pública contratante, como por ejemplo: un reglamento de policía, una medida de salubridad, un cambio arancelario, una modificación de políticas, etc. En este evento se indemniza de manera integral el daño (perjuicios materiales como inmateriales), empero, el desequilibrio debe constituir una alteración en las cargas públicas que el contratista no debía soportar frente a otras personas naturales y jurídicas en sus mismas condiciones, por eso, por regla general, los impuestos no se consideran hecho del príncipe. Para que estos últimos lo puedan configurar se requiere que el impuesto sea intempestivo, de tal suerte que el contratista no pueda prever que la carga impositiva puede perjudicarlo, es decir, si acepta suscribir el contrato cuando la norma en cuestión ya está rigiendo, no actúa con cautela y como consecuencia debe soportar el gravamen a la par con el resto de la comunidad.⁸⁷⁷
- Teoría de la imprevisión: se presenta cuando en un contrato de ejecución sucesiva se presentan eventos imprevistos e imprevisibles que agravan particularmente la situación del contratista. A pesar de lo anterior y tal como lo anotamos, el contratista debe continuar cumpliendo con el objeto contractual en pro del interés general y como contraprestación, la administración a pesar de no tener responsabilidad en el desequilibrio, deberá restablecerlo a un punto de no pérdida para evitar la paralización del servicio público. Como corolario, en este caso no hay una indemnización

⁸⁷⁵ BENAVIDES, José Luis, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Opinión publicada en ámbito jurídico de *Legis*, edición 201.

⁸⁷⁶ *Ibidem*.

⁸⁷⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 13001233100019960123301 (21990) de junio 28 de 2012, Consejero ponente: Ruth Stella Correa.

integral sino solamente el pago del daño emergente que soportó el contratista como consecuencia de los gastos extras en que tuvo que incurrir para superar los eventos imprevistos e imprevisibles.

- Las sujeciones imprevistas: se trata de un alea material que se refleja en un fenómeno natural. Puede tener origen en las condiciones del subsuelo, profundidad imprevista del lecho de un río, lluvias o sequías verdaderamente excepcionales; aunque excepcionalmente se han entendido también como sujeciones imprevistas las medidas administrativas derivadas de un fenómeno natural, por ejemplo, impedir temporalmente el acceso a la obra. En este caso se presenta una indemnización integral dado que en principio la entidad pública contratante es la que realiza los estudios técnicos previos sobre las condiciones naturales donde se va a desarrollar la obra ⁸⁷⁸.

De los anteriores orígenes se infiere que se excluyen como causas del desequilibrio contractual los comportamientos culposos, tal como lo explica el profesor José Luis Benavides en los siguientes términos:

[...] si las condiciones de ejecución del contrato se ven alteradas por el incumplimiento de una de las partes, no se está frente a un evento de desequilibrio financiero del contrato, pese a que así lo afirme el artículo 5.1 de la Ley 80. En este caso no se está frente a la modificación de las condiciones iniciales del contrato, sino ante la ocurrencia de un comportamiento reprochable de una parte, que genera una obligación de reparación integral. Por ello, la consecuencia no es el reequilibrio de la ecuación inicial, sino la indemnización de todos los perjuicios generados por el incumplimiento, que pueden ser mucho más significativos que el restablecimiento de la ecuación original. De ahí que el principio del equilibrio financiero sea incompatible con la idea de culpa contractual. Si hay culpa, no hay desequilibrio, sino responsabilidad por incumplimiento.

⁸⁷⁹

De igual manera tampoco son génesis del desequilibrio contractual las cargas de diligencia derivadas de las condiciones profesionales del contratista que se ven reflejadas en las fórmulas contempladas en el contrato para manejar los imprevistos, a menos que dichas fórmulas resulten ineficaces ante cambios que sobrepasan todo cálculo, tal como lo explica el profesor Benavides en los siguientes términos: [...] Los aleas son cada vez más manejables. La experiencia permite anticipar los riesgos y la dinámica contractual incita a prever lo

⁸⁷⁸ Sobre este tema se puede consultar la obra del profesor José Luis Benavides denominada “el Contrato Estatal”, publicada por la Universidad Externado de Colombia, Segunda Edición páginas 429 a 433.

⁸⁷⁹ BENAVIDES, José Luis, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Opinión publicada en ámbito jurídico de *Legis*. Edición 208.

imprevisible. Muestra de ello son las fórmulas de actualización y revisión de precios, que palean la devaluación y la variación de los costos para la ejecución del contrato, reduciendo el campo del desequilibrio a cuando las fórmulas se tornan gravemente ineficaces ante cambios que sobrepasan todo cálculo.⁸⁸⁰

En armonía con el aparte doctrinal transcrito, el Consejo de Estado considera que para que salga adelante una revisión de precios en sede judicial, es menester probar el alza exagerada de los elementos e insumos y la ineficacia de las fórmulas de ajuste pactadas en el contrato para contrarrestar el aumento inusitado del precio de tales elementos e insumos. Veamos lo que la máxima corporación de lo contencioso administrativo considera sobre el particular:

Por lo tanto, a efectos de reclamar el restablecimiento de la ecuación financiera y económica de un contrato en circunstancias como la analizada, esto es, por insuficiencia de la fórmula de reajuste de precios, será requisito sine qua non que se establezca en el proceso lo siguiente: i) el incremento significativo de los valores de los componentes, insumos o factores determinantes del precio del contrato (v.gr. elementos, mano de obra, materiales, etc.) por cualquier razón económica o del mercado, y ii) la inopia del sistema o fórmula acordada por las partes en el contrato para reajustar las modificaciones a esos precios.⁸⁸¹

Así mismo, cabe anotar que también se colige de las teorías del príncipe, de la imprevisión y de las sujeciones imprevistas que los riesgos asumidos contractualmente no dan lugar a desequilibrio del contrato. En este sentido también se pronunció el doctrinante Benavides en los siguientes términos: “[...] los contratos deben contener una distribución de riesgos entre las partes (Conpes 3107 y 3133 del 2001 y art. 8º del D. 2170/02), de tal suerte que cada una tiene la carga de asumir las consecuencias de la materialización de los que asumió, bien sea el riesgo comercial, de construcción, de operación, financiero, regulatorio, de adquisición de predios, ambiental e incluso político y de fuerza mayor”.⁸⁸²

⁸⁸⁰ BENAVIDES, José Luis, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Opinión publicada en ámbito jurídico de *Legis*. Edición 208.

⁸⁸¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 7 de febrero de 2011. Radicación 85001-23-31-000-1998-00071-01. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2011, páginas 754 a 761. En este caso se probó que la fórmula pactada por las partes no incluyó el factor de inflación al momento de revisar el precio del contrato a través de su aplicación, sin embargo, el actor no probó que la inflación causada hubiere tenido la entidad suficiente de incrementar de manera exagerada o significativa los componentes, insumos o factores determinantes del precio del contrato.

⁸⁸² BENAVIDES, José Luis, Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Opinión publicada en ámbito jurídico de *Legis*. Edición 208.

Cabe señalar que la nueva ley de contratación estatal exige el diseño de un mapa de riesgos que permita determinar de manera anticipada la asunción de los mismos en cabeza de cada una de las partes contratantes (artículo 4° de la Ley 1150 de 2007). Esto permite pensar que todo lo que se encuentra allí contemplado no se puede considerar, en principio, como un desequilibrio contractual. Sin embargo, el diseño de dicho documento debe ser preciso y concreto, en caso contrario, si es ambiguo o abstracto se torna en ineficaz y necesariamente la judicialización, con el objeto de clarificar la oscuridad de las cláusulas, estará a la orden del día⁸⁸³.

Como corolario de todo lo anterior, se concluye que el contratista buscará mediante esta pretensión que el Juez revise el contrato y compruebe que el mismo no se adaptó a las nuevas circunstancias tal como estaba contemplado inicialmente. En consecuencia, el libelista pretenderá que el Juez declare el desequilibrio contractual y ordene una indemnización integral en el caso del hecho del príncipe o de las sujeciones imprevistas o una indemnización por daño emergente en el evento de la teoría de la imprevisión.

Si el desequilibrio se produce del lado de la administración, esta tiene a la mano la modificación unilateral para restablecer el equilibrio contractual a su favor y, por otro lado, si las nuevas circunstancias hacen imposible continuar con el cumplimiento del objeto contractual, la administración pública deberá declarar terminado de manera unilateral el contrato respetando los intereses del contratista en la medida de lo posible. Empero, en todo caso, la interpretación contractual busca ajustar los contenidos de las cláusulas a las intenciones de las partes, de tal forma que no se trata de imponer el criterio subjetivo de la administración, sino, de evitar la paralización o inejecución contractual.⁸⁸⁴

3. Declaratoria de incumplimiento, terminación o resolución u orden de cumplir el contrato: El fundamento de esta pretensión radica en la denominada condición resolutoria tácita prevista en el artículo 1546 del Código Civil, según la cual: “[...] en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplimiento por uno de los contratantes lo pactado [...]”. Esta pretensión, por regla general, solo opera para el contratista, ya que la entidad contratante, en los términos contemplados en el artículo 14 de la Ley

⁸⁸³ A propósito del megaproyecto del túnel de la línea, en opinión expuesta por el profesor José Luis Benavides en la publicación de ámbito jurídico de *Legis* del 20 de abril al 3 de mayo de 2009, página 22, se advirtió que “la documentación de la contratación del túnel de la Línea no presenta un exhaustivo análisis. Los riesgos aparecen descritos de manera genérica en torno a macroactividades y en la información publicada no se explica la metodología y forma de evaluación de cada uno de ellos. Algunos datos dejan dudas sobre el trabajo de planificación”.

⁸⁸⁴ Ver: Consejo De Estado, Sección Tercera, Sentencia 18762 de julio 7 de 2011, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

80 de 1993, posee cláusulas excepcionales del derecho común, que le permiten, por ejemplo, dar por terminado un contrato de manera unilateral o declarar la caducidad. Esta pretensión va acompañada de otra: la de reparación del daño a través de indemnización de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento del contrato.

Son dos los requisitos para que opere esta pretensión, así:

- Debe existir un incumplimiento culposo o doloso de las obligaciones contractuales por una de las partes o de la que resulta obligada si el contrato es de los calificados como unilaterales por el Código Civil. Por lo tanto: la diligencia y cuidado y las causales de rompimiento del nexo causal hacen inoperante la pretensión. Esto por regla general, salvo que las obligaciones sean objetivas, en cuyo caso la diligencia y cuidado no exonera.
- No puede existir incumplimiento por parte de quién demanda, porque, en tal caso, se podrá proponer la *exceptio non adimpleti contractus*, es decir, tal como lo contempla el artículo 1609 del Código Civil: “En los contratos bilaterales, ninguno de los contratante está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”. Sin embargo este principio se encuentra atemperado en la Contratación Estatal, en procura de satisfacer el interés general, ya que si es posible cumplir con el objeto contractual a pesar del incumplimiento mutuo de las partes, deberá realizarse, en caso contrario procederá la excepción, porque nadie está obligado a cumplir lo imposible⁸⁸⁵. Sobre los requisitos para que opere la *exceptio non adimpleti contractus*, la jurisprudencia se ha pronunciado en los siguientes términos:

En definitiva, esta corporación determinó entonces su aplicación condicionada principalmente al cumplimiento de estos requisitos: a) existencia de un contrato sinalagmático, fuente de obligaciones recíprocas o correlativas; b) no cumplimiento actual, cierto y real de obligaciones a cargo de cada una de las partes contratantes; c) un incumplimiento serio, grave, determinante, y si se trata de la administración tiene que poner al contratista en razonable imposibilidad de cumplir y d) que el que la invoca no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutar primero en el tiempo.⁸⁸⁶

⁸⁸⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de enero 31 de 1991, Exp. 5951, C.P. Julio César Uribe Acosta.

⁸⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Radicación: 25000-23-26-000-2002-01920-01. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de

Lo que sí está proscrito en el contencioso administrativo es la pretensión de cumplimiento del objeto contractual, por razones expuestas por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Así, se permite la aplicación restringida del artículo 1546 del Código Civil frente a la administración que establece la condición resolutoria tácita en relación con los contratos estatales con algunas modificaciones, dado que según se desprende el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo una de las pretensiones del contencioso contractual es que se declare el incumplimiento del contrato y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, lo que significa –se dice- que no está prevista la acción de cumplimiento, esto es, orientada a que ante el incumplimiento de la entidad pública o del contratista de las obligaciones contractuales a su cargo, pueda exigírseles que las cumpla o que el juez ordene la ejecución del contrato, pues en el primero de los casos se está frente a una responsabilidad contractual y cabe que se ordene a la administración reconocer y pagar los perjuicios y en el segundo, existen las medidas coercitivas y las potestades sancionatorias atribuidas a la administración para asegurar la ejecución del contrato⁸⁸⁷.

4. Pretensión de indemnización de perjuicios: La reparación del daño no necesariamente debe ir precedida de una declaratoria de incumplimiento del contrato, es decir, esta puede ser una pretensión autónoma e independiente, basta que se produzca un daño antijurídico por la ineficiencia en la ejecución o no cumplimiento del objeto contractual tal como lo explica el Consejo de Estado: “si es viable intentar la acción autónoma de indemnización de perjuicios cuando la administración incumple durante el término o lapso del contrato, y la misma se pone en marcha por el contratista cuando el contrato se encuentra vencido [...] la administración también puede proceder en la misma forma en todos los casos en que por ejemplo, acepta recibir la obra pública con especificaciones o calidades por debajo de las pactadas, para evitar mayores males a la comunidad[...]”⁸⁸⁸.

Los perjuicios que se pueden generar por las irregularidades en la actividad contractual (precontractual, contractual, poscontractual), son los siguientes:

2010, páginas 226 a 230.

⁸⁸⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de noviembre de 2009. Radicación: 25000–23–26–000–2002–01920–01. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2010, páginas 226 a 230.

⁸⁸⁸ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 17 de 1990, C.P. Julio César Uribe Acosta.

- Reconocimiento de los gastos efectuados para legalizar el contrato: Impuesto de timbre y publicación, pólizas de seguros y garantía, serían gastos a título de daño emergente.
- Reconocimiento de los gastos efectuados por el licitante para poder participar en el proceso de selección: Estos gastos no se reconocen porque la jurisprudencia les da la connotación del costo de la oportunidad, al cual deben acceder todos los proponentes por igual, por lo tanto no hay daño antijurídico⁸⁸⁹. Sin embargo, el Consejo de Estado ha establecido una excepción a esta regla general cuando el proceso licitatorio se adelanta con pretermisión de las formalidades legales, veamos:

Pero un licitante vencido puede pedir la nulidad de la adjudicación por haberse cumplido el proceso licitatorio irregularmente o con pretermisión de las formalidades legales. En este evento no puede pretender que, como consecuencia de esa nulidad, se le adjudique el contrato o se le indemnice porque tenía derecho a esa adjudicación; porque y esto es obvio, la nulidad del procedimiento afectaría a todos los particulares en la licitación por igual y no solo a los favorecidos con ella.

De allí que en eventos como el analizado la indemnización posible, en principio, no puede consistir sino en los perjuicios que ese procedimiento irregular le irrogó al demandante. Perjuicios que en el fondo podrían no ser otros que los gastos que debió efectuar para participar en la licitación fallida o irregular.⁸⁹⁰

- **Reconocimiento de la utilidad que se podría haber percibido si le hubieran adjudicado el contrato al proponente demandante:** No se reconoce todo el monto de la utilidad porque se considera que debe existir una disminución por no realizar o ejecutar el objeto contractual⁸⁹¹,

⁸⁸⁹ “Con respecto a los cuatro primeros conceptos, es importante destacar que no son factores indemnizables ni de reconocimiento al proponente que resulte vencido en una licitación, como quiera que se trata de los costos de oportunidad en los que tiene que incurrir para participar en el proceso de selección, gastos que, por lo demás debe asumir todo aquel que se presente al proceso de selección y que no obstante no ser elegido no le son reembolsables porque no constituyen un perjuicio para nadie”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de octubre 14 de 2011. Radicación 05001-23-26-000-1997-01032-01. Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publica en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2012, páginas 697 a 706.

⁸⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 9 de diciembre de 1998, expedientes 3528, 3529 y 3544.

⁸⁹¹ Sentencia de junio 15 de 2000, Expediente 10963. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

sin embargo el Consejo de Estado ha explicado que si de la propuesta y el pliego de condiciones se puede inferir de manera certera que la pérdida de la utilidad es del 100%, no hay duda que el juez contencioso administrativo debe acceder a una indemnización equivalente a ese 100%, veamos: “[...] dada la naturaleza del perjuicio futuro y cierto, en las más de las veces el quantum del mismo es determinable mediante la valoración de la propuesta que contiene por lo general los costos directos e indirectos en que incurrirá el ofertante de adjudicársele la licitación o el contrato, según su caso y de los demás medios de prueba que demuestren cual sería el monto probable de la utilidad esperada, es decir la que no incorpora la fuerza de trabajo ni los costos directos ni indirectos en la realización del trabajo”⁸⁹².

Posteriormente el Consejo de Estado aclara que los gastos de imprevistos y de administración no deben ser reconocidos, veamos: “Frente a la utilidad que esperaba la demandante de haber sido la adjudicataria –lucro cesante–, tal concepto se limita precisamente solo a la utilidad y no a los demás conceptos que conforman el AIU del valor total de la oferta, como lo son la administración y los imprevistos, pues en realidad los mismos no hacen parte de la ganancia o remuneración o utilidad que por sus servicios percibe el contratista”⁸⁹³.

En la misma providencia, cuyo aparte se acaba de transcribir, el Consejo de Estado establece la fórmula que se debe tener en cuenta para obtener el AIU y así precisar a cuánto ascendería la utilidad esperada por el demandante, veamos:

En el sub lite, la propuesta presentada por la sociedad demandante estimó el AIU en 25%, sin discriminar cuánto de este porcentaje corresponde al concepto “U” (utilidad). El demandante presentó propuesta por valor de \$25.560.123 y 25% de AIU, como se desprende del acta de apertura de la contratación directa No 0777 de 1996, de fecha 18 de noviembre de ese año (copia auténtica fls. 189 a 190 c. 1), de la carta de presentación (fls. 35 a 36 y 222 a 223 c. 1) y del

⁸⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002. Expediente 13.792. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Posición reiterada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de octubre de 2012. Radicación 05001–23–24–000–1995–00935–01. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2013, páginas 655 a 660.

⁸⁹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de octubre 14 de 2011. Radicación 05001–23–26–000–1997–01032–01. Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publica en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2012, páginas 697 a 706.

análisis de los precios unitarios (fls. 61 a 66 y 224 a 229 c. 1).
El AIU entonces se establece de la siguiente manera:

$$\text{AIU} = \frac{\text{Vp} \times 25}{100}$$

Donde:

AIU = Administración, imprevistos y utilidad.

Vp = Valor de la propuesta.

$$\text{AIU} = \frac{\$25.560.123 \times 25}{100}$$

$$\text{AIU} = \$6.390.030$$

Para determinar el lucro cesante, es preciso descomponer del AIU solo el componente “U”, mediante la siguiente operación:

$$\text{U} = \frac{\text{AIU}}{3}$$

Donde,

U = Valor de la utilidad esperada por la sociedad demandante.

AIU= Administración, imprevistos y utilidad.

$$\text{U} = \frac{6.390.030}{3}$$

$$\text{U} = \$2.130.010$$

Actualización de ese capital, aplicando los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, con base en la siguiente fórmula:

$$\text{Vp} = \text{Vh} \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

Donde:

Vp: Valor presente de la renta

Vh: Capital histórico o suma que se actualiza: \$2.130.010.

Índice final: Es el IPC vigente a la fecha de este fallo, certificado por el DANE: 108.01.

Índice inicial: Es el IPC vigente para la fecha en que debía haberse terminado la obra, esto es, a marzo de 1997: 40,45.

En efecto, el mes probable de vencimiento del plazo contractual, resulta de los siguientes datos a saber:

- i) La declaratoria de desierta adoptada por la Resolución 1517 acusada fue expedida el 3 de diciembre de 1996 (fls. 97 y 98 c. 1);
- ii) Conforme al pliego de condiciones (numeral 11, fl. 8 c. 1) se tenían 30 días (calendario) para la suscripción del contrato y aportación de la garantía de cumplimiento, esto es hasta antes del 2 de enero de 1997;
- iii) El plazo para la entrega de la obra era de sesenta (60) días según la cláusula octava de los pliegos de condiciones (fl. 7 c. 1) y
- iv) La demandante en la propuesta (fl. 36 ídem) señaló como plazo de ejecución de la obra el de 60 días.

Todo lo cual significa que en condiciones normales –sin prórrogas- el contrato debía terminar el 3 de marzo de 1997, fecha para la cual se habría entregado las obras y tendría el contratista derecho al pago del valor total del contrato y, por ende, a percibir el porcentaje de utilidad proyectado.

$$V_p = \$ 2.130.010 \frac{108.01}{40.45}$$

$$V_p = \$ 5.687.574$$

Ahora bien, para lograr que la sentencia salga favorable a las pretensiones de la demanda, en este caso, es menester acercar al plenario todas las ofertas que fueron objeto del proceso de selección, de tal suerte que las mismas puedan ser comparadas con la presentada por el accionante. Veamos lo que expone la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en este caso:

Observa la Sala que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora no tiene vocación de prosperidad, toda vez que los hechos en los que fundó sus pretensiones, no fueron debidamente acreditados en el plenario, en tanto omitió aportar al expediente copia de todas las ofertas que fueron presentadas para la mencionada licitación pública, de forma que se pudiera proceder a adelantar los análisis y cotejos pertinentes entre las mismas con el fin de determinar que el consorcio Henao-Rodríguez había presentado la mejor propuesta.⁸⁹⁴

- Reconocimiento de la utilidad que se podría haber percibido si le hubieran evaluado la oferta al proponente: Si el acto administrativo que se demanda declaró desierta la licitación, se reconoce el valor de la garantía de seriedad de la oferta porque lo que se pierde es la oportunidad de evaluación de la propuesta y no de la adjudicación⁸⁹⁵. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“[...] así como la garantía de seriedad de la oferta tiene como finalidad o razón de ser afianzar el mantenimiento de la oferta durante el plazo estipulado legalmente o en los pliegos de condiciones y asegurar la celebración del contrato por parte del contratista y esta garantía se hace efectiva en caso de incumplimiento del participante, esta misma razón debe tenerse en cuenta y aplicarse cuando sea la entidad estatal licitante, como en el presente caso, la que incumple y priva injustamente al proponente del derecho que le asiste de que su oferta sea valorada, ya que donde existe la misma razón debe aplicarse la misma disposición”.⁸⁹⁶

Es pertinente anotar que cuando el acto administrativo de adjudicación esta expedido de manera irregular por vicio sustancial en el procedimiento administrativo de selección, el proponente no puede solicitar la utilidad

⁸⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 8 de febrero de 2012. Radicación 17001-23-31-000-1997-08034-01. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2012, páginas 889 a 891.

⁸⁹⁵ En Sentencia de junio 15 de 2000, Expediente 10963. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque, se estableció que en este caso sucedía una disminución adicional a la efectuada por la no realización del objeto contractual, empero, esta tesis fue revaluada.

⁸⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de junio de 2004. Expediente 15.235. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Publicada en revista de Jurisprudencia y Doctrina, *Legis*, de marzo de 2005, páginas 357 y ss.

esperada, tal como lo ha reconocido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En tales circunstancias, como lo reconoció de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala, cualquier adjudicación estaría viciada de nulidad, de modo que, si bien los participantes en ese proceso de selección pueden demandar el acto administrativo que lo concluyó, por ser ilegal, así aleguen haber presentado la mejor oferta, no podrán obtener, de la declaratoria de nulidad del mismo y como restablecimiento del derecho, una condena al reconocimiento de las utilidades que hubieran derivado de la adjudicación y ejecución del contrato en cuestión, por cuanto en ese evento específico no habrían podido obtener una adjudicación válida legal.⁸⁹⁷

- Reconocimiento de los honorarios dejados de percibir debido a la inejecución de sus obligaciones por parte de la entidad contratante: solo en aquellos eventos en que el incumplimiento estatal hace imposible que el contratista ejecute el objeto contractual, en caso contrario, resultaría absurdo reconocer honorarios por una labor que no se realizó pudiéndose realizar. Prima el interés general.
- Reconocimiento de la utilidad o ganancia cierta: se trata de aquella utilidad dejada de percibir por el contratista cuando, por el incumplimiento de la entidad contratante, se hace imposible ejecutar el objeto contractual. Es necesario acotar en este rubro indemnizatorio lo manifestado por el Consejo de Estado en el sentido de que el contratista no puede obtener la utilidad esperada si el contrato no podía ejecutarse en virtud de la falta de cumplimiento de un requisito de ejecución del mismo, como por ejemplo, la inexistencia del registro presupuestal correspondiente. Sin embargo, en este caso, a nuestro modo de ver la cosas, el Consejo de Estado le exige al contratista una carga que el ordenamiento jurídico no le ha atribuido, habida cuenta que es a la parte contratante a la que le corresponde velar porque el cumplimiento de los requisitos para ejecutar el contrato, al menos en lo que atañe a ella, como sucede con el registro presupuestal, se materialice a cabalidad. Aunado a lo anterior, es importante recordar que en la ejecución del contrato estatal está de por medio el interés general y si el contratista observa que puede desarrollar el objeto contractual a pesar de la inexistencia de un requisito de ejecución del contrato del resorte de la entidad pública

⁸⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de mayo de 2007. Expediente 16209. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2007, páginas 2027 a 2038.

contratante, deberá desarrollarlo sin perjuicio de que posteriormente pueda solicitar la utilidad o ganancia esperada y demás conceptos indemnizatorios a que hubiere lugar.⁸⁹⁸

- Reconocimiento del daño emergente por lo invertido para ejecutar el objeto contractual: estos son los gastos efectuados con miras a la realización de la obra, incluida la indexación por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, así: “[...] el interés muerto de un capital de trabajo que se ha copiado para la movilización del equipo necesario para el desarrollo de la obra contratada. La inversión en el equipo mismo que durante cierto tiempo el contratista hubiera tenido disponible para la misma obra [...]”⁸⁹⁹.
- Reconocimiento de gastos de enganche: corresponde a todos aquellos gastos propios de las actividades dirigidas a obtener los recursos humanos necesarios para desarrollar el objeto de lo pactado.
- Reconocimiento de menores valores: se da normalmente en el contrato de compraventa, cuando la administración usa un bien que no compra y luego toca venderlo a un tercero por un menor valor.
- Perjuicios inmateriales: esto en el evento en que se logren probar aflicciones o congojas como consecuencia del daño o una alteración en las condiciones de existencia como corolario del mismo.
- Intereses y cláusula penal: siempre y cuando se deriven de una sentencia condenatoria de pagar una suma de dinero, toda vez que si la misma es negatoria de las pretensiones o inhibitoria, los intereses no se pueden generar⁹⁰⁰. Ahora bien, es pertinente anotar en este punto lo siguiente: si por parte del contratista se solicita el pago de la cláusula penal pecuniaria que se hubiere estipulado en el contrato, esta última pretensión excluye la de los intereses que se pactan sobre la obligación principal, sin embargo, la mora en el pago del monto que resulta de la cláusula penal pecuniaria si genera intereses moratorios. Lo anterior se explica por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

⁸⁹⁸ La posición que se critica está contemplada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 14669 de junio de 2007, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

⁸⁹⁹ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 24 de septiembre de 1987, exp.4039.

⁹⁰⁰ “Dicho en otras palabras, no procede condena por concepto de intereses porque los mismos solo resultan procedentes para reparar daños causados con el incumplimiento de obligaciones de pagar una suma de dinero y en el caso concreto mal se haría en considerar incumplida una obligación exigible a la ejecutoria de esta sentencia”. Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 24 de junio de 2004. Expediente 15.235. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Publicada en revista de Jurisprudencia y Doctrina, *Legis*, de marzo de 2005, páginas 357 y ss.

Contrario a lo afirmado por la apelante, los intereses moratorios que genera la falta de pago de la cláusula penal –que no constituyen la obligación principal- pueden ser cobrados a la deudora, como quiera que estos buscan sancionar la tardanza en el pago de una obligación insoluta, en este caso, el monto correspondiente a la exigida cláusula penal.

Los intereses que no pueden ser cobrados junto con la cláusula penal, son aquellos que se pactan con la obligación principal, en tanto que, previa estipulación realizada entre las partes, buscan compensar o retribuir –en término de ganancia- al acreedor por el retardo o el incumplimiento del deudor de una determinada prestación. Salvo lo dispuesto legalmente en sentido contrario, esta clase de intereses podría considerarse incompatible con la cláusula penal, en la medida en que la cláusula penal pretende el cumplimiento de una determinada obligación, a través de la exigibilidad de una pena establecida por las partes en el acto jurídico negocial y porque, de ser los moratorios, se estaría sancionando dos veces el no pago de la obligación principal, la primera mediante la exigibilidad de la cláusula penal y, la segunda, acumulando con aquella los intereses moratorios que generaría el mismo incumplimiento de la obligación principal.

Así pues, en principio, los citados intereses no podrían ser cobrados de manera simultánea con la cláusula penal, en tanto que ostentan similar naturaleza jurídica a la de esta y, por ende, su cobro independiente supondría un enriquecimiento injustificado por parte del acreedor.⁹⁰¹

Es importante anotar finalmente sobre este punto que, tal como lo dispuso el Consejo de Estado en la providencia cuyo extracto jurisprudencial se acaba de transcribir, la tasa del interés moratorio en la contratación estatal corresponde a una tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado (Ver: numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993 y el artículo 1° del Decreto 679 de 1994). Como corolario de lo anterior, se colige que el interés remuneratorio corresponderá a la tasa contemplada en el interés legal civil sobre el valor histórico actualizado (12% anual).

⁹⁰¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 30 de noviembre de 2006. Expediente 31941. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Extracti jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2007, páginas 770 y 771.

- **Indemnización por terminación unilateral del contrato:** En el evento de que la entidad contratante no la pague de conformidad a lo contemplado en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993.

5. Nulidad absoluta del contrato: Se podrá solicitar la nulidad absoluta del contrato, cuando se den las causales contempladas en el artículo 1741 del Código Civil (objeto o causa *illicita*, omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan y en los contratos de personas absolutamente incapaces), y 44 de la Ley 80 de 1993 (si se celebra con personas incursas en causales de inhabilidad o incompatibilidad previstas en la Constitución y la ley, cuando se celebren contra expresa prohibición constitucional o legal, cuando se celebren con abuso o desviación de poder, se declaren nulos los actos administrativos en que se fundamente o se hubiere celebrado con desconocimiento de los criterios previstos en el artículo 21 sobre tratamiento de ofertas nacionales y extranjeras o con violación de la reciprocidad de que trata la Ley 80 de 1993).

En esta pretensión se amplía un poco la legitimación en la causa para demandar⁹⁰², de conformidad a lo contemplado en el inciso tercero del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y en el último inciso del artículo 141 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que, “[...] la tienen en primer lugar las partes del contrato en virtud del acuerdo de voluntades que surge entre la Entidad Estatal y la persona natural o jurídica para la realización de la labor encomendada que genera derechos y obligaciones reciprocas. La posee también el Ministerio Público como defensor del orden jurídico y como parte en todos los procesos e incidentes que se promuevan ante la jurisdicción administrativa (CP, art 277, núm. 7) y por atribución que le otorgara

⁹⁰² “[...] cabe precisar que el requisito a que se ha aludido ha sido entendido por la Sala como de legitimación en la causa que consiste en la identidad del demandante con la persona a quien la ley le otorga vocación jurídica para reclamar la titularidad de un derecho y por pasiva la identidad del demandado, con aquel a quien se le puede exigir la obligación correlativa que se deriva del primero”. (Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 6 de diciembre de 2004. Expediente 13.259. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Publicada en Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de abril de 2005, Páginas 528 y ss.). Resulta oportuno manifestar que la ampliación en la legitimación en la causa para demandar en acción contractual no resulta exclusiva de la pretensión de nulidad absoluta del contrato, pues la naturaleza del contrato de concesión también ha permitido dicha ampliación, tal como lo contempla el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Tal y como el propio Escola –uno de los detractores de los planteamientos recién expuestos– lo admite, la principal ventaja de esta teoría radica en la circunstancia de explicar fácil y coherentemente la situación jurídica de los usuarios de los servicios públicos, quienes a pesar de no ser parte en la celebración del contrato de concesión, innegablemente acaban viéndose concernidos por sus cláusulas, en especial por las que les son directamente aplicables –concretamente las que tienen que ver con la utilización de los servicios y régimen tarifario–, lo que conduce a que puedan invocarlas tanto para usar el correspondiente servicio, como para obligar al concesionario a prestarlo en la forma debida”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Expediente 13074. Consejero Ponente: Dr. Alíer E. Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2007, páginas 920 a 958).

antes la Ley 50 de 1936 en los eventos de objeto o causa ilícitos y en interés de la moral y de la ley [...]”, y los terceros que tengan interés directo que serían “los intervinientes en el proceso licitatorio para la adjudicación del contrato los que tendrán «interés directo» en que se declare la nulidad del contrato cuando este se haya celebrado con otro proponente ya sea con pretermisión de las exigencias legales, ya sea porque este viciado el acto de adjudicación. También estarán legitimadas las personas que pudieron ser licitantes por reunir las condiciones para presentar al proceso licitatorio y sin embargo la entidad contratante les impidió hacerlo sin justificación legal”⁹⁰³.

Otros ejemplos que contempla la jurisprudencia⁹⁰⁴ de terceros con interés directo en que declare la nulidad absoluta del contrato, son los siguientes:

- Los cesionarios del consorcio vencido en la licitación.
- La Nación con participación mayoritaria e intervención en empresas de servicios públicos en proceso de liquidación o transformación interesada en la liquidación de una empresa eléctrica en la que tiene acciones.
- Los causahabientes a título singular o universal.
- Los antecesores en el dominio.
- Los acreedores en el caso excepcional de quiebra, respecto del contrato de compraventa.

Los requisitos necesarios para que se configure el interés directo son los siguientes⁹⁰⁵:

1. El interés debe saltar a la vista sin necesidad de acudir a intermediación de ninguna índole.
2. El contrato que se impugna debe causar un provecho o un perjuicio con relevancia jurídica.
3. Entre el contrato, como causa del interés y este como efecto debe existir un vínculo inmediato o próximo, más no mediato o remoto.

⁹⁰³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de siete de octubre de 1999. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Radicación 10610, actor: Sociedad Grancolombiana de Seguridad. Demandado: Empresa de Energía de Bogotá.

⁹⁰⁴ Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 6 de diciembre de 2004. Expediente 13.259. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Publicada en Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de abril de 2005, Páginas 528 y ss.

⁹⁰⁵ Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 6 de diciembre de 2004. Expediente 13.259. Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Publicada en Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de abril de 2005, Páginas 528 y ss.

4. La utilidad o la pérdida debe ser actual, directa y determinante para el que se diga lesionado.

Sobre este punto resulta útil advertir que cualquier persona podrá pedir la nulidad absoluta del contrato a través del Ministerio Público.

Ahora bien, es necesario considerar que la nulidad absoluta de un contrato de tracto sucesivo genera reconocimiento y pago para el contratista en cuanto a lo ejecutado. Sin embargo, si se trata de una nulidad por objeto y causa ilícita, habrá el reconocimiento y pago siempre y cuando la ejecución le hubiere reportado un beneficio a la entidad pública en términos de satisfacción del interés general y hasta el monto de tal beneficio, aunado a que la celebración del contrato no se hubiere celebrado “a sabiendas” de que se incurría en un objeto o causa ilícita. (Artículo 48 de la Ley 80 de 1993).

En el sentido expuesto en el párrafo anterior el Consejo de Estado se pronunció en estos términos: “La especialidad de la norma de la Ley 80 no radica, entonces, en impedir las sanciones que se derivan por violación del orden jurídico a sabiendas y así evitar un enriquecimiento sin causa en contra del contratista, pues, [...] esta figura exige que con su ejercicio no se pretenda violar el ordenamiento jurídico. En otras palabras, esta disposición se aplicaría únicamente cuando las partes no hubiesen celebrado un contrato con objeto o causa ilícitos a sabiendas”.⁹⁰⁶

Es importante anotar que la declaratoria de nulidad de un contrato estatal genera restituciones mutuas de tal manera que la ocurrencia de la misma regresa en la medida de lo posible las cosas a su estado anterior, esto es, como si el contrato no se hubiera celebrado, salvo por razones de interés público o cuando se hubiera celebrado el contrato con un incapaz sin cumplir con los requisitos de ley⁹⁰⁷. Sin embargo y tal como se observó cuando se trata de pagar lo ejecutado al contratista en el caso de objeto ilícito y causa ilícita, en este evento solo habría restituciones mutuas si el elemento a sabiendas no se encuentra presente, tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“El contrato que se estudia, como se precisó, es nulo porque está afectado de objeto ilícito, no obstante lo cual las partes tienen derecho a que se les restituya al estado inicial porque no se demostró la ocurrencia de alguna de las mentadas excepciones, particularmente,

⁹⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de noviembre del 2004, expediente 25.560. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar, publicada en revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de febrero de 2005, página 202 y ss.

⁹⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 22 de enero de 1971, Sala de Casación Civil. Citada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de julio de 2005, Expediente 12249. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de octubre de 2005, páginas 1377 a 1390.

porque no se probó que hubiesen obrado a sabiendas de la ilicitud, situación está que el decir de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consiste en una excepción de gran contenido pues tiene por fuente el clásico principio *in pari causa turpitudinem repetitio*".⁹⁰⁸

Es necesario acotar que las restituciones mutuas a que se hace referencia en el párrafo anterior, solo operan en la medida de lo posible, lo que quiere decir que existen eventos que hacen imposible tales restituciones, tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Y en cuanto a la posibilidad de volver las cosas al estado en que se hallaban antes del acto o contrato declarado nulo, se observa que ello se produce a través de las restituciones que surgen a partir de la declaratoria de nulidad, y que resultan admisibles sin ningún cuestionamiento en aquellos eventos en los que las obligaciones fueron de ejecución instantánea, como las de dar, en contratos de compraventa, permuta, etc., puesto que podrán restituir las cosas recibidas, por un lado, y los dineros pagados, por el otro, sin perjuicio de lo que corresponda por concepto de frutos, mejoras, corrección monetaria, etc., según el caso; pero es evidente que existen eventos en los cuales ello no es posible, no se pueden volver las cosas al estado anterior, como sucede por ejemplo, cuando no se puede deshacer lo ejecutado por una de las partes, que es el caso de los contratos de tracto sucesivo tales como los de suministro de bienes de consumo, prestación de servicios, obra pública, concesión, etc., en los cuales las prestaciones se han cumplido y no pueden restituirse [...].⁹⁰⁹

En el sentido expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito se pronunció el Consejo de Estado en relación con el contrato de arrendamiento, en los siguientes términos:

En dichas pruebas documentales no se hizo referencia al contrato de arrendamiento 53346 de 1989, aunque sí se indicó que se trataba de una "prórroga automática"; tales órdenes de servicio bien podrían tenerse como nuevos acuerdos de voluntades, pero independientemente de lo

⁹⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 6 de julio de 2005, Expediente 12249. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de octubre de 2005, páginas 1377 a 1390.

⁹⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 16 de febrero de 2006, expediente 13414 (R-7186), M.P. Ramiro Saavedra Becerra.

anterior, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala, de haberse producido la prórroga automática, pactada en la cláusula sexta del contrato de arrendamiento 52346 de 1989, la cual se encuentra afectada de nulidad absoluta, en manera alguna procederían las restituciones mutuas por cuanto resulta materialmente imposible que se pueda retrotraer el contrato al punto tal, que la entidad municipal arrendataria pueda restituir el uso y goce que hizo de los equipos de cómputo, para que a su vez, la empresa arrendadora, devolviera los cánones de arrendamiento pagados.⁹¹⁰

Ahora bien, en los casos de nulidad no se puede solicitar el pago por incumplimiento del contrato porque lo inválido no genera ninguna obligación (art. 48 de la Ley 80 de 1993)⁹¹¹ y no olvidemos que la nulidad absoluta se puede decretar de oficio por el juez (art. 87 del CCA y art. 141 del CPA). En este último caso, aunque se vulnere el principio de la *no reformatio in pejus* se debe declarar la nulidad absoluta del contrato de oficio, es decir, en caso de que el Juez detecte una causal de nulidad absoluta en segunda instancia, deberá decretarla, así dicha declaratoria reporte un perjuicio para el apelante único. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en un caso de promesa de compraventa de un bien inmueble, donde se omitió la copia del folio de matrícula inmobiliaria, o el certificado que hiciera sus veces, y el avalúo del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, o de quien hiciera sus veces, así: “En consecuencia, si en el trámite de la segunda instancia, que se surte en virtud del recurso de un apelante único, se advierte una causal de nulidad absoluta, es poder-deber del juez el decreto oficioso de ella porque se lo impone el control de legalidad que el ordenamiento le manda en aras de la protección del interés general que envuelve la defensa del orden público y las normas imperativas”.⁹¹²

Por otro lado, en caso de que un tercero con interés directo solicite la nulidad absoluta de un contrato estatal, la parte demandada estará conformada por un litisconsorcio necesario conformado por las partes contratantes, en el evento en que se esté ejecutando el contrato al momento de la admisión de la demanda, en

⁹¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Expediente 15239. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de 2007, páginas 456 a 461.

⁹¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 25 de noviembre del 2004, expediente 25.560. Consejero Ponente: Dr. Germán Rodríguez Villamizar: “La declaratoria de nulidad releva al fallador, como es apenas natural, de entrar a evaluar si se presenta o no cumplimiento del contrato, ya que el estudio del cumplimiento supone la validez misma del negocio jurídico”.

⁹¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 24 de enero de 2011. Radicación 76001-23-31-000-1996-02709-01. Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2011, páginas 582 a 584. Cabe anotar que este pronunciamiento tuvo un salvamento de voto del Dr. Enrique Gil Botero, quien consideró que las garantías mínimas de los ciudadanos (derechos fundamentales) deben ser superiores al interés general y a la mera legalidad.

caso contrario, será facultativo, esto es, cuando ya haya finalizado la ejecución. En estos términos se pronunció el Consejo de Estado, así:

“Lo anterior bajo el entendido de que existirá un litisconsorcio necesario pasivo entre la entidad estatal que adelantó el proceso licitatorio que culminó con la celebración del contrato, y el contratista que lo suscribió, siempre que al momento de admisión de la demanda el contrato se encuentre en ejecución, porque solo en este supuesto existe un interés directo y serio del contratista en las resultas del proceso dado que puede verse perjudicado con la sentencia que declare la nulidad del acto de adjudicación, por cuanto esa circunstancia se erige en causal de nulidad absoluta del contrato, y le impone a la entidad el deber de terminarlo unilateralmente. (L. 80/93, arts. 44-4 y 45).

Pero si el contrato que se celebró como producto del acto de adjudicación demandado, ya se ejecutó, desaparece el interés que el contratista tendría sobre el resultado del proceso, y podrá éste llevarse a término con o sin su presencia, por cuanto en este evento se configura un litisconsorcio facultativo”.⁹¹³

Por otro lado, cabe precisar que las prórrogas automáticas en contratación estatal están, por regla general, prohibidas, por tanto, dichas prórrogas estarán afectadas de nulidad absoluta. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Así pues, aunque ya hubiere sido derogado el referido artículo 58 del Decreto-Ley 222 de 1983, del contenido y alcance de los principios generales se desprende que, sin perjuicio de las particularidades que resulten del examen de cada caso concreto así como de la normatividad que debe aplicarse a cada asunto, por regla general en los contratos estatales solo pueden estipularse válidamente prórrogas automáticamente o cláusulas de exclusividad a favor de los particulares de manera excepcional, cuando para ello se cuente con expresa autorización legal, puesto que de lo contrario tales estipulaciones podrían resultar violatorias de la Constitución y de los principios que de ella emanan, así como también podrían resultar contrarias a los principios y finalidades de la Ley 80 y a lo de la buena administración, todos los cuales constituyen límites expresamente señalados en el artículo 40 de la Ley 80, norma que se

⁹¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 26 de mayo de 2005. Expediente 25.341. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Publicada en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis*, de agosto de 2005, página 1142

ocupa de regular el contenido de las cláusulas o estipulaciones que pueden incluirse en los contratos estatales.⁹¹⁴

Finalmente, cabe resaltar que el Consejo de Estado advirtió que el fraccionamiento de un contrato estatal en varios contratos, con el fin de contratar directamente y eludir el proceso de selección objetiva a través de licitación, genera la nulidad absoluta de todos los contratos derivados. Este pronunciamiento lo hizo al interior de un proceso donde se fraccionó un solo objeto contractual: la reparación de un edificio, aunado a que los contratos se celebraron con la misma persona natural. Veamos lo que el Consejo de Estado esbozó sobre el particular:

[...] los principios de la contratación estatal se violan cuando se celebran directamente varios contratos, cada uno de menor cuantía y todos con el mismo objeto, si sumadas sus cuantías resulta ser que se contrató un objeto único, por cuantía superior, que por lo mismo debió ser materia de licitación o concurso. Y eso es fraccionar lo que, en realidad, constituye un solo contrato, y eludir el cumplimiento de la ley [...] Pero, ¿Cuándo se trata de un mismo objeto? [...] La ley no lo dice, pero un objeto es el mismo cuando es naturalmente uno. Dicho en otros términos, se fracciona un contrato cuando se quebranta y se divide la unidad natural de su objeto.⁹¹⁵

6. Nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho frente a actos administrativos expedidos durante la ejecución, liquidación del contrato, o luego de finalizado y liquidado pero con ocasión del mismo:

En este caso estamos ante el ejercicio de las cláusulas excepcionales del derecho común⁹¹⁶ (Terminación Unilateral, Interpretación Unilateral, Modificación

⁹¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de diciembre de 2006. Expediente 15239. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de 2007, páginas 456 a 461.

⁹¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 17767 de enero 31 de 2011, Consejero Ponente: Olga Valle de La Hoz. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2011, páginas 584 a 594.

⁹¹⁶ Recordemos que la ley dispuso contratos donde no se requiere la estipulación expresa de este tipo de cláusulas para hacerlas efectivas (los que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, aquellos cuyo objeto sea la prestación de servicios públicos, los de explotación y concesión de bienes del Estado y los contratos de obra –art. 14, Ley 80 de 1993–); la ley también dispuso de contratos donde se pueden pactar las cláusulas excepcionales (los contratos de suministro y los de prestación de servicios –art. 14, Ley 80 de 1993–); de igual manera la ley señaló contratos donde está prohibido incluir cláusulas excepcionales (los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia, los interadministrativos, en los de empréstito, donación y arrendamiento, en aquellos cuyo objeto sea el desarrollo de actividades científicas o tecnológicas, los contratos de seguro tomados por las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2º del art. 14, Ley 80 de 1993–). Ahora bien, la jurisprudencia considera que en los demás contratos que no estén dentro de los contemplados en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, no se pueden pactar cláusulas excepcionales porque estas requieren de habilitación legal (contrato de consultoría, contrato de comodato, contrato de leasing, contrato de compraventa, etc...). Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de febrero 9 de 2011. Radicación 73001–23–31–000–1998–06662–01. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo

Unilateral y Caducidad⁹¹⁷) o ante cualquier otra decisión unilateral que emita la administración durante las etapas de ejecución y liquidación del contrato, como por ejemplo, la liquidación unilateral, los actos administrativos que resuelvan el derecho de petición en materia contractual, decisiones unilaterales arbitrarias, multas, declaratorias de siniestros. Incluso cuando se profieran actos administrativos después de la liquidación del contrato pero con ocasión del mismo, es perfectamente admisible la acción contractual, tal como acontece con el acto administrativo que declara el siniestro de pérdida de estabilidad de la obra y hace efectiva la garantía única, suscrita para el contrato de dicha naturaleza.

Es pertinente advertir que los actos administrativos que se profieran en la etapa precontractual (procesos de selección objetiva) no son objeto de la acción contractual, sino de la acción de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, esto es, actos administrativos como el que ordena la apertura de la licitación pública, los pliegos de condiciones o los actos de adjudicación o que declaran desierto el proceso de selección, tal como lo contempla el inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo y el inciso segundo del artículo 141 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Es necesario señalar que las normas violadas y el concepto de la violación son un requisito *sine quanon* en el contenido de la demanda, cuando se utiliza esta para impugnar actos relacionados con el proceso contractual. Por otro lado, se puede solicitar la suspensión provisional de actos contractuales⁹¹⁸.

7. Liquidación del Contrato en sede Jurisdiccional: El interesado puede acudir a la Jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial, cuando no se realiza en los términos y formalidades estipuladas por la ley, en sede administrativa.

Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2011, páginas 743 a 754. También resulta importante esta providencia porque aclara que el tipo de contrato no se da por la denominación que las partes le den al mismo sino por las obligaciones que se pacten, por las que por ley le pertenecen y por las que por el uso común se presumen aunque no se expresen (arts. 1501, 1603 y 1621 del C.C.) Por esta razón se concluyó que en el contrato objeto de discusión si se podía declarar su caducidad, pues en realidad se trataba de una actividad que constituía monopolio estatal y no de simplemente un contrato de compraventa.

⁹¹⁷ La caducidad debe imponerse durante el plazo de ejecución del contrato. 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.

⁹¹⁸ “Pero el hecho de que el control de legalidad de los actos administrativos que se expidan con ocasión de la actividad contractual lo sea a través de la acción prevista en el artículo 87 del CCA, no impide que frente a ellos proceda la medida cautelar de la suspensión provisional, toda vez que es evidente que dichos actos son también actos administrativos y tienen igualmente la aptitud de producir efectos en la esfera jurídica del administrado, en este caso el contratista”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de junio 25 de 1999. Expediente 16.550. Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de septiembre de 1999, página 1662.

8. Reconocimientos de los valores discutidos en la liquidación bilateral y que fueron objeto de salvedades:

La entidad contratante o el contratista pueden solicitar al Juez que salde las controversias que se dejaron de resolver en virtud de la liquidación bilateral y que fueron objeto de salvedades al interior de la misma. Es imprescindible que medien las salvedades anotadas, en caso contrario se rechazará la demanda por falta de jurisdicción o se proferirá sentencia inhibitoria, según el caso. Sin embargo, existen dos excepciones donde es posible discutir la legalidad de una liquidación bilateral en sede jurisdiccional que no posee salvedades, una es el caso de la discusión por vicios del consentimiento. Otra cuando se trata de asuntos que no fueron pactados en el contrato, ni reconocidos en la liquidación. Sobre este último punto el Consejo de Estado se pronunció en los siguientes términos:

[...] en el asunto sub judice no se discuten divergencias que existieran al momento de liquidar el contrato. Ambas partes reconocen que las sumas canceladas el 5 de julio de 1995 (\$8'060.270 y \$9'418.520), correspondían a contraprestaciones propias de la ejecución de la obra. La primera por la entrega parcial de obra y la segunda contenida en el acta de liquidación. Tampoco se discute el pago de las sumas antes referidas. La indexación y los intereses moratorios pretendidos en la demanda no fueron pactados en el contrato, ni reconocidos en la liquidación, por lo cual no constituyen una obligación clara, expresa y exigible. De otro lado, la demanda se dirige exclusivamente a obtener una indemnización de perjuicios por el no pago oportuno.⁹¹⁹

En consonancia con lo anterior, es pertinente acotar que se debe tratar de circunstancias posteriores a la suscripción del acta bilateral y desconocidas por las partes. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] en la actualidad también se concluye que para demandar es necesario que las partes hayan dejado constancias en el acta de liquidación, si esta se hizo de manera bilateral. Esta exigencia también rige para el Estado, no solo para el contratista. Sin embargo, este supuesto tiene un matiz que lo hace razonable, introducido por la sentencia del 5 de marzo de 2008 -16850-: Para exigir que las partes no se puedan demandar mutuamente, los hechos que sirven de fundamento a la reclamación debieron existir a más tardar al

⁹¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 29 de septiembre de 2011. Radicación 25000-23-26-000-1996-02565-01. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2012, páginas 689 a 695.

momento de la suscripción del acta de liquidación, o proyectarse desde allí hacia el futuro, de manera que se pueda suponer que ellas realmente están disponiendo de sus derecho y obligaciones de forma clara y libre.

Pero si la causa de la reclamación o demanda obedece a circunstancias posteriores y desconocidas para las partes, al momento de firmar el acta, es lógico que puedan reclamarse jurisdiccionalmente los derechos en su favor, pues en tal caso desaparece el fundamento que ha dado la Sala para prohibir lo contrario, es decir, que allí no se afectaría el principio de la buena fe contractual, con la cual deben actuar las mismas al momento de acordar los términos de la culminación del negocio, ya que no existiendo tema o materia sobre la cual disponer –renuncia o reclamo–, mal podría exigirse una conducta distinta.⁹²⁰

9. Nulidad relativa del contrato: Se podrá solicitar que se declare la nulidad relativa del Contrato estatal en aquellos eventos donde las irregularidades son susceptibles de sanearse y, sin embargo, no se obtiene la ratificación expresa de los interesados en sede administrativa, o aún no ha transcurrido el término de dos años para obtener el saneamiento, todo lo anterior a la luz de lo contemplado en el artículo 46 de la Ley 80 de 1993.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad absoluta, la nulidad relativa no puede ser declarada de oficio por el Juez de la causa. Sobre este particular y la naturaleza jurídica de la nulidad relativa, la doctrina se ha pronunciado en los siguientes términos:

Cuando el vicio no afecta la validez o existencia del acto, hay nulidad relativa que es saneable. Su carácter, a diferencia de la absoluta, le impide al Juez obrar de oficio. La ley (C.C., art. 1743) establece que, en tal caso, el ministerio público no podrá invocarla “en el solo interés de la ley”. Solo puede ser alegada por aquel en cuyo beneficio la estableció la ley, o por sus causahabientes. Finalmente, es saneable por el mero paso del tiempo o por ratificación de las partes. La ratificación puede ser expresa o tácita (C.C., art. 1752). En la ratificación expresa, su validez se condiciona a idénticas solemnidades que la ley impone respecto del acto que se sana

⁹²⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de julio 18 de 2012. Radicación 05001–23–24–000–1995–01110–01. Consejero ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2012, páginas 1811 a 1822.

(C.C., art. 1753). La ratificación tácita, por el contrario, se reduce a la ejecución voluntaria de la obligación pactada (C.C., art. 1754). En todo caso, la ratifica quien tiene derecho a alegar la nulidad (ibidem, art. 1755).⁹²¹

10. Nulidad parcial del Contrato: También se puede solicitar la nulidad de una de las cláusulas del contrato, sin que esto implique la ilegalidad o inexistencia de todo el negocio jurídico, salvo que, en este último caso, de dicha cláusula dependa la existencia del contrato, es decir, que con la declaratoria de nulidad de la misma se desnaturalice el contrato o simplemente pierda su razón de ser, como sería el caso de la cláusula contentiva del objeto contractual (art. 47 de la Ley 80 de 1993).

11. Restitución de inmueble arrendado: A pesar de que el contrato de arrendamiento, donde una de las partes sea una entidad pública, se rija por las normas del derecho privado, la restitución de inmueble arrendado se adelantará ante la jurisdicción contenciosa, dado que dicha característica (la aplicación de normas del derecho común) no desnaturaliza al contrato de arrendamiento de su carácter estatal. El Consejo de Estado, sobre el trámite que se debe adelantar para la restitución de inmueble arrendado en sede contenciosa, se pronunció en los siguientes términos:

Precisado lo anterior, resulta menester señalar que, en el presente caso, el trámite dispuesto para la restitución del bien inmueble arrendado, es el que prevé el Código de Procedimiento Civil, y, en materia sustancial, las normas aplicables, son las que señala el Código de Comercio, claro está, siempre y cuando estas regulen todas las situaciones surgidas del contrato de arrendamiento, pues, de lo contrario, serán aplicables las del Código Civil, por remisión que hace a dicho estatuto el artículo 822 del Código de Comercio.⁹²²

Al aparte jurisprudencial transcrito habría que hacerle unas precisiones:

- A pesar de que el trámite de que se debe adelantar en estos casos es el contemplado en las normas del derecho común, es pertinente advertir que el mismo se debe adecuar al procedimiento ordinario regulado en el Código Contencioso Administrativo, dado que la acción de restitución de inmueble arrendado es una pretensión que se hace valer al interior de la acción de controversias contractuales contemplada en el artículo 87 del CCA o en el artículo 141 del CPA

⁹²¹ 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 124.

⁹²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Expediente 25096. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2007, páginas 779 y 780.

- Como corolario de lo expuesto en el punto anterior, cuando se esgrime esta pretensión se podrán solicitar las medidas cautelares que contempla del derecho común sobre la materia, como por ejemplo el embargo de los muebles y enseres que se encuentren en el interior del inmueble arrendado, para asegurar el pago de los cánones de arrendamiento.
- El Juez al encontrarse con un proceso de este tipo, tendrá que tener en cuenta si una de las partes que celebró el contrato de arrendamiento ejerce actos mercantiles o no, pues, si se da el primer caso, las normas que se aplican de manera predominante son las normas mercantiles y en el otro evento las civiles (art. 13 de la Ley 80 de 1993).
- Para el caso que nos ocupa resulta incompatible la norma que exige el pago de los cánones adeudados para que sea escuchado el arrendatario (art. 424 del CPC), dado que se trata una exigencia procesal no contemplada en el proceso ordinario contencioso administrativo.

12. Nulidad del acto administrativo de adjudicación: Aunque esta es una decisión que se controla a la luz de la teoría de los actos administrativos separables que se explica a continuación, por las particularidades que esta reviste en razón a los motivos que pueden llevar a su anulación, preferimos explicar algunos puntos muy puntuales en este numeral, así:

a. Doble carga probatoria: El proponente no favorecido que pretenda la nulidad del acto administrativo de adjudicación, requiere probar un doble aspecto, así: “La Sala ha manifestado reiteradamente que cuando se demanda la nulidad del acto de adjudicación, criterio extensivo también a la declaratoria de desierta de licitación pública, y el actor pretende ser indemnizado por haber presentado la mejor propuesta, deberá cumplir una doble carga probatoria, de una parte, demostrar que el acto efectivamente lesionó normas superiores del ordenamiento jurídico y de otra, probar que su propuesta era la mejor y más conveniente para la administración”.⁹²³

b. Rechazo de la oferta por sobrecostos: El proponente no favorecido puede demandar la nulidad del acto administrativo de adjudicación por considerar que su oferta se ajustaba a los precios del mercado y al presupuesto oficial de la entidad y, por ende, no implicaba sobrecostos, tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Es al demandante a quien le corresponde la carga de probar que el precio oficial y los precios del mercado se encontraban desfasados y de esta manera sustentar que el precio ofertado se ajustaba a los

⁹²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 27 de abril de 2011. Radicación 25000–23–26–000–1997–03924–01, Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2011, páginas 1403 a 1430.

valores reales del mercado para la ejecución de la obra objeto de la licitación pública y por lo mismo que no podía ser descalificada su propuesta”.⁹²⁴

13. Graduación de la pena determinada en la cláusula penal pecuniaria:

Con base en el principio de proporcionalidad es posible solicitarle al Juez de la causa que reduzca el monto de la cláusula penal pecuniaria en atención al incumplimiento parcial de la ejecución del objeto contractual. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Considerando que la cláusula penal pecuniaria es una tasación anticipada de perjuicios, y que la entidad está exenta –para imponerla y cobrarla- de demostrar los daños sufridos a raíz del incumplimiento del contratista; se debe tener en cuenta que el juez tiene la competencia, previo juicio de proporcionalidad, para fijar su reducción, pues los postulados de dicho principio, así como el de equidad –este último como criterio auxiliar de la actividad judicial-, así se lo exigen”.⁹²⁵

Sin embargo, en el mismo pronunciamiento cuyo aparte se acaba de transcribir, el Consejo de Estado aclara que en caso de que los perjuicios superen el monto contemplado en la cláusula penal, es posible pretender el reconocimiento del excedente dado que la reparación debe ser integral, empero, lo que sí es absolutamente prohibido es solicitar al mismo tiempo el reconocimiento de la pena y la indemnización de perjuicios correspondiente. Veamos lo que explica la máxima corporación de lo contencioso administrativo sobre este asunto: no obstante, si de lo que se trata es de reclamar el valor no cubierto con la cláusula penal –es decir, un mayor perjuicio-, ya no es el principio de proporcionalidad el que actúa, sino el de la prueba debida del monto de los daños, pues es sabido que la reparación de todo daño, además de ser integral, debe ser plena.⁹²⁶

14. Declaratoria de nulidad de acta de terminación del contrato por mutuo disenso por vicios del consentimiento:

El Consejo de Estado acepta que en materia de contratación estatal es posible terminar los contratos por mutuo disenso, es decir, por acuerdo de voluntades entre las partes antes de que se termine la ejecución del negocio jurídico. Sin embargo, una de las partes puede considerar que el acta que contiene dicha terminación la suscribió compelida por un error, fuerza o dolo, por tanto, en dicho caso la parte afectada puede solicitar

⁹²⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 27 de abril de 2011. Radicación 25000–23–26–000–1997–03924–01, Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2011, páginas 1403 a 1430.

⁹²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Radicación 17009. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2009, páginas 69 a 91.

⁹²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de noviembre de 2008. Radicación 17009. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2009, páginas 69 a 91.

que se declare la nulidad de dicha acta y, como corolario, se reconozca la indemnización de perjuicios correspondiente, siempre y cuando pruebe que su consentimiento está viciado. Veamos lo que la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo opina sobre el particular:

Ahora bien, por ser la terminación por mutuo acuerdo, en principio, no habría lugar a indemnizaciones ni reclamaciones posteriores de las partes fundamentadas en el período restante que faltaba por cumplir del contrato de 1997 ni en el acta que lo extingue, pues, como se dijo, tiene que presumirse que esa estipulación de finalizar el convenio jurídico es el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, excepto, como también ya se vio, que mediara un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo) u otra causal de nulidad del negocio jurídico, que conduzca a la invalidación de la misma, porque las expresiones volitivas, mientras no se demuestre lo contrario, deben ser consideradas para producir los efectos que se dicen en las mismas. Premisa que también se fundamenta en el principio de que no es lícito a las partes venir contra sus propios actos, *venire contra factum proprium non valet*, que se sustenta en la buena fe que debe imperar en las relaciones jurídicas.⁹²⁷

C. La Teoría de los actos administrativos separables 928

El proceso contractual del Estado es complejo, es decir, se encuentra contemplado por diferentes etapas para poder llevar a cabo formalmente la realización del objeto contractual: una primera etapa que es la precontractual durante la cual se hacen los estudios de prefactibilidad y factibilidad, se elaboran los pliegos de condiciones y se tramita el proceso de selección, hasta culminar normalmente con la adjudicación del contrato; posteriormente se perfecciona el contrato y se ejecuta durante el plazo contractual respectivo; y se culmina con la etapa liquidatoria, donde se ponen a paz y salvo las partes y se hacen las restituciones a que haya lugar, sin perjuicio de las salvedades que se quieran incorporar en el acta de liquidación. A lo anterior habría que agregar la etapa poscontractual que se presenta eventualmente cuando se realizan los riesgos amparados en la póliza de cumplimiento y es necesario declarar formalmente el acaecimiento del siniestro a través del respectivo acto administrativo.

⁹²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 26 de julio de 2012. Radicación 13001-23-31-000-1998-00343-01. Consejero Ponente (E.: Dr. Danilo Rojas Betancourt. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de noviembre de 2012, páginas 2007 a 2017.

⁹²⁸ Sentencia C-1048 de octubre 4 de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, marzo de 2002, páginas 586 a 599.

Ahora bien, puede formularse la siguiente pregunta: ¿cuáles son las reglas que hay que tener en cuenta para manejar con claridad el asunto de que algunos actos administrativos del fenómeno contractual sean controlables a través de la acción contractual y otros sean controlables a través de las acciones de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho?

Las reglas son varias, veamos:

1. Se pueden impugnar los actos administrativos proferidos por las Entidades Públicas durante el procedimiento de formación y celebración del contrato (que en principio son los siguientes actos preparatorios: el pliego de condiciones, el acto que rechaza la propuesta, el acto que declara la apertura de la licitación pública, el acto que evalúa las propuestas⁹²⁹ y el acto de adjudicación, los demás son de trámite⁹³⁰), a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo o en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en tal caso, solo podrán demandar las partes contratantes, el ministerio público o terceros que tengan interés directo (normalmente los proponentes vencidos⁹³¹), o la acción de simple nulidad contemplada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuyo caso, por ser una acción pública, podrá demandar cualquier persona (Inciso segundo del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo e inciso segundo del artículo 141 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). A pesar de lo expuesto, en reciente pronunciamiento el Consejo

⁹²⁹ No se debe confundir con el informe de evaluación previo a la adjudicación de un contrato, dado que no es un acto administrativo preparatorio sino un acto de trámite incontrovertible judicialmente, dado que no crea una situación jurídica particular ni le pone fin a una actuación administrativa, por eso no se puede solicitar su nulidad. El acto de evaluación de las propuestas lo suscribe el representante legal y puede ser objeto de recurso de reposición al paso que los informes de evaluación son elaborados por un comité asesor o consultor, al que no se le puede trasladar la responsabilidad de la dirección y el manejo de la actividad contractual ni la de los procesos de selección, pues esta, por ley, solo le corresponde al jefe o representante de la entidad estatal. (Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 32148 de mayo 21 de 2008, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra).

⁹³⁰ “No resulta lógico concebir la procedencia de la acción de nulidad para controvertir la legalidad de los actos administrativos precontractuales de trámite, toda vez, que si se llegara a producir una decisión al respecto, esta sería inócua a menos que se hubiera controvertido también la legalidad de un acto administrativo precontractual de carácter definitivo, como por ejemplo el acto de adjudicación”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 19 de septiembre de 2007, radicación 11001-03-26-000-2004-00004-01 (26649), Actor: Carolina Arango Uribe, Demandado: Instituto Nacional de Concesiones, C.P. Enrique Gil Botero.

⁹³¹ “[...] solo quienes tuvieron un interés legítimo por haber formulado una oferta y la entidad que ha adelantado el proceso, tienen vocación para ocurrir ante la jurisdicción una vez concluya el procedimiento licitatorio en busca de la revisión de legalidad del acto de adjudicación, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 19936 de junio 13 de 2011. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2011, páginas 1877 a 1894.

de Estado considera que la única acción viable para impugnar en sede judicial el acto de adjudicación es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues considera que la expresión “según el caso” que trae a colación el artículo que nos ocupa, se refiere al tipo de acto y los efectos que conllevaría la sentencia de nulidad y no al tipo de pretensión⁹³². Sin embargo, no podemos compartir esta premisa porque son las pretensiones las que definen la acción y no el tipo de acto administrativo o los efectos de la sentencia de nulidad, aunado a que restringe el acceso efectivo a la administración de justicia, porque impide el control de la contratación pública que recae en cabeza de todos los ciudadanos.

2. Una vez celebrado el Contrato Estatal, la ilegalidad de los actos previos (los proferidos durante la etapa de formación y celebración del contrato), solamente podrá invocarse como fundamento de la nulidad absoluta del contrato y estarán legitimados para demandar las personas que se mencionaron cuando analizamos esta pretensión (art. 44 Ley 80 de 1993).

3. Cuando se va a ejercer la acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho sobre los actos previos, se reduce el término de caducidad de cuatro meses a treinta días, contados a partir del día siguiente a la comunicación, notificación o publicación del acto respectivo, según el caso, porque “Estos límites, a juicio de la Corte, pretenden dar agilidad al proceso licitatorio, y estabilidad a las etapas surtidas del mismo, proceso que se dificultaría en exceso si cada uno de los actos administrativos separables se sometieran a plazos de caducidad más extensos, y a la acción de simple nulidad sin términos de caducidad, según la regla general”⁹³³. Sin embargo, esta máxima se modificó sustancialmente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues los actos administrativos precontractuales con el advenimiento de la nueva codificación, se pueden acusar en sede judicial con base en los lineamientos generales de la acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho (Inciso segundo del artículo 141 del CPA).

4. Si aún no ha operado, se genera la preclusión o extinción anticipada del término de caducidad a que se hizo referencia en el numeral anterior, cuando se celebra el contrato, en tal caso, no podrá hacerse uso de las citadas acciones y no quedará más remedio que demandar la nulidad absoluta del contrato. *A contrario sensu*, si transcurre el término de 30 días y no se demandan los actos administrativos, habrá una nueva oportunidad para demandarlos, si el contrato se celebra luego de transcurrido el mencionado lapso, dentro de los lineamientos

⁹³² Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 19936 de junio 13 de 2011. Consejera Ponente: Ruth Stella Correa. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2011, páginas 1877 a 1894.

⁹³³ Corte Constitucional, Sentencia C- 1048 de octubre 4 de 2001. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

de la acción contractual y bajo la pretensión de la nulidad absoluta del contrato. Esta premisa continúa incólume en el nuevo código, es decir, vencidos los cuatro meses y celebrado el contrato estatal, la única acción viable por la ilegalidad de los actos previos es la acción contractual, a través de la cual se solicitará la nulidad absoluta del contrato.

5. Conforme a lo anotado en el numeral anterior, es necesario tener en cuenta la diferencia entre celebración y perfeccionamiento del contrato, así: La Ley 80 de 1993 considera que un contrato estatal se encuentra perfeccionado cuando hay acuerdo de voluntades y este se eleva por escrito, además la ley orgánica del presupuesto consagra un requisito adicional, el registro presupuestal, al paso que la celebración es simplemente el acuerdo de voluntades que se evidencia con la firma o suscripción del contrato escrito.

Ahora bien, a pesar de lo expuesto en este numeral, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento expuso que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no modificó la Ley 80 de 1993, dado que la misma establece los requisitos para el perfeccionamiento del contrato y señala que el registro presupuestal es un requisito de ejecución del contrato, al paso que el mencionado Estatuto al establecer que el registro presupuestal es un requisito para el perfeccionamiento de los actos administrativos que impliquen erogaciones presupuestales, no está incluyendo el contrato estatal, pues el acto administrativo bilateral no es un concepto de recibo en nuestro ordenamiento jurídico. La posición que se comenta se expuso en los siguientes términos:

A diferencia de lo afirmado en las precitadas providencias, la Sala considera que el estatuto orgánico de presupuesto no modificó la Ley 80 de 1993 en cuanto a los requisitos de existencia del contrato estatal, por las siguientes razones:

a. Cuando el estatuto orgánico del presupuesto alude a los actos administrativos no se refiere al contrato estatal.

El contrato estatal no es una especie de acto administrativo, pues aunque los dos sean actos jurídicos, el primero es esencialmente bilateral en tanto que el segundo es eminentemente unilateral. Lo que permite afirmar, como acertadamente lo hace Gordillo, que “El contrato es una construcción demasiado específica como para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los actos jurídicos administrativos”.⁹³⁴

⁹³⁴ Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, El acto administrativo; 1ª edición colombiana; Fundación de Derecho Administrativo; Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1999, p. 31.

b. La Ley 80 de 1993 no es contraria al estatuto orgánico de presupuesto, sus disposiciones son concordantes con los principios de dicha ley.

La Sala encuentra que la Ley 80 de 1993, más que contrariar las normas del estatuto orgánico de presupuesto, las desarrolla, porque i) condiciona la apertura de los procedimientos de selección del contratista a la realización de estudios que analicen, entre otros aspectos, su adecuación a los planes de inversión, de adquisición, de compras y presupuesto (art. 30) y porque ii) exige el registro presupuestal para la ejecución del contrato (art. 41, inc. 2º), en consideración a que las entidades públicas no pueden gastar lo que no tienen.

Así, el registro presupuestal, que consiste en la certificación de apropiación de presupuesto con destino al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato; es un instrumento a través del cual se busca prevenir erogaciones que superen el monto autorizado en el correspondiente presupuesto, con el objeto de evitar que los recursos destinados a la financiación de un determinado compromiso se desvíen a otro fin.

De conformidad a lo expuesto se tiene:

- Gramatical y jurídicamente el contrato es perfecto cuando existe, esto es cuando se cumplen los elementos esenciales que determinan su configuración.
- Por virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, “se perfecciona” cuando “se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito”, y es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretando en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del estatuto orgánico de presupuesto, Decreto-Ley 111 de 1996.
- El requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución”.⁹³⁵

La anterior posición expuesta por el Consejo de Estado es criticable por las siguientes razones:

⁹³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307; actor: Sergio David Martínez.

a. Los actos administrativos son de dos clases: los unilaterales y los bilaterales y pertenecen al género actos de la administración pública, por ende lo dispuesto en el artículo 71 del estatuto orgánico del presupuesto si se aplica al Contrato Estatal por ser un clásico acto administrativo bilateral.

b. El Consejo de Estado parte de un equívoco al exponer su posición en el aparte jurisprudencial transcrito. Equipara el perfeccionamiento del Contrato con la existencia del Contrato, cuando en realidad la existencia del contrato se manifiesta a partir de su celebración, de conformidad a lo contemplado en el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Es exactamente lo que ocurre con relación a los actos administrativos unilaterales que implican erogaciones presupuestales, dado que su existencia no depende de que exista registro presupuestal.

c. Como corolario de lo expuesto en el literal anterior, un contrato estatal puede existir y no encontrarse perfecto por carecer de registro presupuestal. Consideramos entonces que para el tema que nos ocupa se debe diferenciar con toda precisión los conceptos de celebración del contrato que implica existencia del mismo y perfeccionamiento del contrato, que solo se obtiene cuando se expide el correspondiente registro presupuestal.

d. Por último, una ley estatutaria debe prevalecer sobre una orgánica, por tanto, el artículo 71 del Decreto-Ley 111 de 1996 si modificó el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

6. La interposición de las acciones de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho contra los actos previos no interrumpe el proceso de selección objetiva respectivo. Esto no quiere decir que no sea posible solicitar la suspensión provisional frente a los mismos, la cual es perfectamente viable, siempre y cuando se reúnan los requisitos legales para su procedencia.

7. El artículo 77, parágrafo 1° de la Ley 80 de 1993, fue subrogado por el artículo 87 del CCA (modificado por la Ley 446 de 1998), subrogación confirmada en el inciso segundo del artículo 141 del CPA, por ende, el acto de adjudicación también debe ser demandado dentro de los 30 días siguientes a la notificación o dentro de los cuatro meses siguientes a la notificación, en este último caso si estamos en presencia del nuevo código y se utiliza la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando se trate del proponente favorecido, o a la comunicación, si se trata de los demás proponentes (Inciso primero, numeral 11 del artículo 30 de la Ley 80 de 1993).

8. Ofrece comentario aparte el acto administrativo que declara desierto el proceso de selección, en cuyo caso, tal decisión no puede ser considerada como un acto

precontractual objeto de las particularidades contempladas en el inciso segundo del artículo 87 del CCA y expuestas en los numerales anterior. Lo dicho anteriormente es lógico, habida cuenta que el acto administrativo que declara desierto un proceso de selección no precede la celebración de un contrato, por el contrario, la imposibilita y, por ende no tendría razón de ser que se siguieran los lineamientos de la norma anotada, toda vez que, no está de por medio la agilidad de un trámite de adjudicación, celebración y ejecución de un contrato estatal. Como corolario, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a la decisión que declara desierto un proceso de selección, seguirá los parámetros generales de caducidad contemplados en el numeral segundo del artículo 136 del CCA o en el literal j del numeral 2º del artículo 164 del CPA. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Sin embargo, no se puede perder de vista que la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que aquí se ventila, fue presentada contra una resolución que declaró desierto un proceso licitatorio, la cual, según la jurisprudencia de esta corporación, no constituye un acto precontractual toda vez que para que un acto sea catalogado como precontractual, ello supone una condición cual es la existencia posterior de un contrato, es decir que la consecuente culminación del proceso de selección sea necesariamente el acto de adjudicación del contrato, en tanto que la decisión de la administración que contenga una declaratoria de desierto, frustra el proceso licitatorio debido a que este no culmina exitosamente, lo que implica que no puede considerarse como un acto previo a la celebración del contrato y bajo estas circunstancias quedaría sometido a las reglas generales sobre caducidad de las acciones de los actos administrativos de carácter particular”.⁹³⁶

Ahora bien, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento modificó su posición e incluyó dentro de los actos administrativos precontractuales el acto administrativo que declara desierta la licitación pública, habida cuenta que el artículo 24 de la Ley 80 de 1993 señala expresamente que los actos administrativos que adjudican un contrato o declaran desierto un proceso licitatorio son contractuales.⁹³⁷ Esta modificación de la línea jurisprudencial es criticable por las siguientes razones:

⁹³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 21 de septiembre de 2005. Expediente 29236. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Publicado en Revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, diciembre de 2005, páginas 1791 a 1793.

⁹³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto 30141 del 2 de agosto de 2006, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra.

a. El numeral 7° del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, solo hace referencia a la actividad contractual al paso que el artículo 87 del CCA y el artículo 141 del CPA, precisan que se podrán demandar en acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho los actos administrativos que se profieran antes de la celebración del contrato, por ende, la disposición de la Ley 80 en nada cambia la posibilidad de demandar el acto administrativo que declara desierto el proceso de selección dentro del término de caducidad ordinario, toda vez que se trata evidentemente de un acto que se deriva de la actividad contractual⁹³⁸ pero no precede la celebración del contrato, tal como lo exige el artículo 87 citado o el 141 anotado.

b. En segundo lugar, la teleología de la teoría de los actos separables es no perturbar la celebración, perfeccionamiento y ejecución del contrato y por esta razón el término de caducidad es más corto, tal como se explicó en numerales anteriores, por ende, incluir dentro de la mencionada teoría el acto administrativo que declara desierto el proceso de selección no tiene ninguna razón de ser, pues no precede ninguna celebración, perfeccionamiento o ejecución de contrato.

c. Finalmente es importante recordar que el acceso efectivo a la administración de justicia es un derecho fundamental y las restricciones al mismo deben estar claramente establecidas en la ley, por ende, las interpretaciones que de las mismas se hagan siempre deben tratar de favorecerlo y no de entorpecerlo, por tanto, la interpretación tendiente a considerar que el acto administrativo que declara desierto el proceso de selección es una decisión que pertenece a la actividad contractual pero no precede la celebración del contrato, lo que imposibilita que frente a la misma se aplique el inciso segundo del artículo 87 del CCA, es una posición que armoniza con nuestro ordenamiento constitucional.

d. Lo explicado en el literal anterior es aún más evidente si tenemos en cuenta lo expuesto por el Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez en salvamento de voto a la providencia que se critica, donde advierte que la posición mayoritaria implica una desigualdad frente al control de legalidad de los otros actos administrativos precontractuales, pues estos últimos pueden ser controvertidos mediante su acusación directa y previa a la celebración del contrato, o posteriormente solicitando la nulidad absoluta del mismo, lo que no ocurriría con el acto administrativo que declara desierta la licitación pública, pues una vez transcurridos los 30 días ya no habría posibilidad de controvertir su legalidad. La exposición del Dr. Hernández Enríquez es del siguiente tenor:

⁹³⁸ El Consejo de Estado define la actividad contractual en los siguientes términos: "... la denominación legal actividad contractual es una manifestación de la actividad administrativa del Estado que comprende la totalidad de las actuaciones administrativas que giran en torno del contrato, sean ellas antecedentes, concomitantes o posteriores a su celebración y ejecución". Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Bogotá D.C., Sentencia de marzo 10 de 1994. Expediente No 9118. Consejero Ponente: Dr. Juan de Dios Montes H.

[...], mientras que el acto de adjudicación del contrato (acto que es igualmente separable del negocio jurídico), puede ser demandado a través de la acción de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con los preceptos del artículo 87 del Código Contencioso Administrativo o, en su defecto, mediante la acción contractual, de conformidad con lo estipulado en los artículos 87 y 136 numeral 10 *ibídem*, lo cierto es que el acto que declara desierta la licitación o el concurso no cuenta con la posibilidad adicional de ser controvertido con ocasión del ejercicio del ejercicio de la acción contractual, por cuanto, en ese preciso evento, se cercena el procedimiento dirigido a la celebración de un contrato, motivo por el que cuenta con la acción de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter general (C.C.A, art. 85), en los plazos ordinarios de caducidad señalados en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo.⁹³⁹

e. Ahora bien, con el advenimiento del nuevo código esta discusión se vuelve baladí, dado que la acción contra los actos precontractuales sigue los lineamientos generales en torno a la caducidad.

9. Ahora bien, cabe anotar que el inciso segundo del artículo 87 del CCA y el inciso segundo del artículo 141 del CPA establecen que la acción que se ejerce en contra de los actos administrativos precontractuales no es la acción de controversias contractuales, por tanto, en estos eventos las reglas de competencia son las propias de la acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho y en ningún momento es factor de competencia el lugar donde se ejecutó o debe ejecutarse el contrato.

10. Finalmente, cabe criticar reciente pronunciamiento del Consejo de Estado⁹⁴⁰, al interior del cual se considera que los actos previos a la celebración del contrato deben ser demandados dentro de los 30 días o 4 meses siguientes a su notificación, comunicación o publicación, según el caso, tal como lo establece el inciso segundo del artículo 87 del CCA y el inciso segundo del artículo 141 del CPA, sin que importe si durante dicho interregno se celebra o no el contrato. Por ende, en caso de que se celebre el mismo durante dicho lapso, el término de los 30 días o de los

⁹³⁹ Salvamento de voto a la providencia proferida por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 2 de agosto de 2006. Expediente 30141. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2006, páginas 2130 a 2136

⁹⁴⁰ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 4 de febrero de 2010, Radicación 25000-23-26-000-1994-09827-01. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2010, páginas 1236 a 1238.

4 meses no se extingue de manera anticipada y, al parecer del Consejo de Estado, se debe ejercer la acción contractual acumulando las pretensiones de nulidad del acto administrativo previo y el consecuente restablecimiento del derecho, acompañado de la respectiva reparación del daño y de la nulidad absoluta del contrato estatal. Ahora, siguiendo esta línea argumentativa, si transcurren más de los 30 días o 4 meses atrás referidos, ya no se podrán acumular las pretensiones anotadas al interior de la acción contractual y, por ende, ya no se podrá pedir la reparación de daño alguno, pues la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ya habría caducado. Piénsese por ejemplo en el caso del proponente no favorecido que demanda la nulidad absoluta del contrato estatal con base en la nulidad del acto administrativo de adjudicación, empero, luego de transcurrido el término plurimencionado; bajo la óptica anotada el interesado ya no podrá solicitar, al interior de la acción contractual, el pago del lucro cesante dejado de percibir como consecuencia de la no celebración y ejecución del contrato que le debió ser adjudicado.

La crítica que se expone en este momento consiste en afirmar que el artículo 87 del CCA y el artículo 141 del CPA en ninguna parte exigen la pretendida acumulación de pretensiones a que se hace referencia en la providencia que se objeta, por ende, el Consejo de Estado está planteando una exigencia no contemplada por la ley y que se constituye en un obstáculo para la realización del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, pues la persona que sufre un daño antijurídico se podría ver impedida para obtener su reparación en sede judicial, como consecuencia de un requisito que no contempla la ley procesal y que es del orden jurisprudencial.

D. Caducidad en la acción contractual (art. 136 del CCA y art. 164 del CPA)

El numeral décimo del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y el literal j del numeral 2º del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, consagran la caducidad de la acción contractual en los siguientes términos: “En las relativas a contratos, el término de caducidad será de dos (2) años que se contará a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que le sirvan de fundamento”. A pesar de la aparente claridad de esta disposición, el fenómeno contractual es complejo, por lo tanto, el término de caducidad se empieza a contabilizar de diferentes maneras dependiendo de la situación jurídica que se presente. Es así como el artículo en el numeral que se analiza, se complementa con una serie de literales que regulan de manera enunciativa esta casuística, y de la cual haremos los siguientes comentarios:

1. Regla general: cuando se presenten dudas serias en el término de caducidad, es decir, no se infiera con claridad si tal fenómeno se presentó, se deberá admitir la demanda y en la sentencia se decidirá si operó o no la caducidad de la acción, a través de un análisis pormenorizado de los elementos probatorios recogidos durante el proceso y los fundamentos de derecho pertinentes. Este sería el caso, por ejemplo, de la duda frente a la notificación en debida forma de un acto administrativo contractual como el que declara la caducidad del contrato, ya que el término de caducidad debe correr a partir del día siguiente de efectuada la notificación de manera legal. No sobra decir que esta regla general se predica para todas las acciones contencioso administrativas.

2. Nulidad absoluta del contrato: el literal e del numeral décimo del artículo 136 del CCA estipula que cuando se ejerce la acción contractual con el objeto de solicitar la nulidad absoluta del contrato, el término de caducidad empezará a correr dentro de los dos años siguientes a su perfeccionamiento⁹⁴¹ (cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y se eleve por escrito –art. 41, Ley 80 de 1993-, además de la correspondiente disponibilidad previa y registro presupuestal comunicado en debida forma al contratista –art. 71, Decreto-Ley 111 de 1996-⁹⁴²). Sin embargo, si la vigencia de la ejecución del contrato es mayor a dos años, el término de caducidad será el mismo a la vigencia, en este caso, sin que en ningún caso exceda de cinco años. Esta última premisa fue sustancialmente modificada por el nuevo código, dado que, si la vigencia del contrato supera los cinco años referidos, la posibilidad de demandar en nulidad absoluta el mismo permanece latente sin estar sometida a término preclusivo alguno (Inciso segundo del literal j del numeral 2º del artículo 164 del CPA).

Ahora bien, si se da una adición o modificación del contrato que genere una causal de nulidad absoluta, esta podrá ser alegada dentro de los dos años (o más hasta un máximo de 5 años si estamos en presencia del antiguo código, o en cualquier tiempo mientras permanezca vigente el contrato adicional, en relación

⁹⁴¹ Aunque esto no es óbice para que el tercero interesado, excepcionalmente, intente la acción contractual desde antes del perfeccionamiento del contrato, en el evento de que no haya disponibilidad previa y registro presupuestal, lo cual por sí solo es una causal de nulidad absoluta del contrato, a pesar de que aún no se ha iniciado la contabilización del término de caducidad, toda vez que la sola celebración del contrato, es decir, la suscripción del documento escrito por las partes, sin necesidad de su perfeccionamiento, extingue de manera anticipada el término de caducidad para demandar los actos separables del contrato, tal como lo señala el inciso segundo del artículo 87 del CCA y el inciso segundo del artículo 141 del CPA y lo explica la Corte Constitucional en los siguientes términos: “[...] la suscripción del contrato extingue anticipadamente el término de caducidad (como consecuencia de la extinción de las acciones no contractuales)[...]”. Sentencia C-1048 de octubre 4 de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁹⁴² El doctrinante Rodrigo Escobar Gil, en su obra: “Teoría General de los Contratos de la Administración Pública, explica sobre el particular lo siguiente: “La disponibilidad de recursos es un requisito esencial para el perfeccionamiento del contrato y no una simple condición para su ejecución, como lo proclama desafortunadamente el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, en oposición al régimen jurídico consagrado por el Estatuto Orgánico del Presupuesto para la adquisición de obligaciones por parte de las entidades públicas”. Editorial *Legis*, Página 90.

con el nuevo código, tal como se explicó en el párrafo anterior) siguientes al perfeccionamiento de la adición (contrato adicional que puede tener nuevo registro presupuestal o resultar cobijado por el registro presupuestal del contrato primigenio, en cuyo caso la caducidad corre a partir del día siguiente a la celebración de la adición) o suscripción de la modificación (arreglo directo) o notificación de la misma (cláusula excepcional), según el caso. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional, en sentencia C-709, del 5 de julio de 2001, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, veamos: “Con todo, en virtud de que el contrato inicialmente celebrado puede ser objeto de adiciones o modificaciones posteriores convenidas por las partes, en esa hipótesis resultaría inaceptable que si se incurre en una nulidad absoluta en esa adición o modificación, pudiera luego aducirse para impedir el nacimiento del proceso en el que se impetre su declaración, que ya transcurrió el término de caducidad, contado a partir del perfeccionamiento del contrato primigenio. Semejante conclusión desprotegería los intereses de la sociedad y del Estado en la transparencia de la gestión administrativa y de la observancia rigurosa del principio de legalidad”.

Por otro lado, si aparece una causal de nulidad absoluta sobreviniente a la celebración del negocio jurídico y el mismo se encuentra en ejecución, no opera el término de caducidad. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En ese orden de ideas, al margen de que el ordenamiento aplicable fuera el contenido en el Decreto 2304 de 1989, o el vigente consagrado en la Ley 446 de 1998, lo cierto es que es posible señalar sin anfibología alguna que cuando se invoca la nulidad absoluta sobreviniente de un contrato estatal, no es posible computar el término de caducidad –bien sea de dos o más años– desde que entró en vigencia el nuevo ordenamiento superior, sino que, en este tipo de situaciones muy especiales y específicas el término de caducidad aplicable solo iniciará su conteo hasta tanto no se produzca la terminación del contrato estatal.⁹⁴³

3. Liquidación del Contrato Estatal: De conformidad a lo contemplado en la última parte del inciso primero del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, los

⁹⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 9 de mayo de 2011. Radicación 17001–23–31–000–1996–03070–01. Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2011, páginas 1895 a 1909. En este caso se trató de un contrato de alumbrado público que exoneró a todo un Municipio del pago tarifario, lo cual es contrario al artículo 34 de la Ley 142 de 1994, que prohíbe a las empresas de servicios públicos, en todos sus actos o negocios, otorgar privilegios o introducir discriminaciones injustificadas, a como obliga a abstenerse de toda práctica que tenga la capacidad de generar o restringir en forma indebida la competencia.

contratos Estatales que sean susceptibles de liquidación, serán objeto de la misma, de común acuerdo, dentro del término contemplado en el pliego de condiciones o términos de referencia o en su defecto, dentro de los cuatro meses siguientes a la expedición del acto administrativo que ordene la terminación, o a la fecha del acuerdo que lo disponga. Si no se hace la liquidación bilateral la entidad contratante deberá realizarla de manera unilateral dentro de los dos meses siguientes al vencimiento del plazo convenido por las partes o, en su defecto, del fijado por la ley (4 meses). Ahora, en este punto es importante anotar que el Consejo de Estado ha aceptado que la administración pública no pierde competencia para liquidar unilateralmente a pesar de que deje fenecer el término anotado, a menos que el contratista haya instaurado la acción judicial correspondiente, veamos:

[...] cuando la administración, pese a haber dejado vencer el término para liquidar el contrato, lo liquida puesto que en tal evento la persona afectada podrá impugnar ese acto dentro de los dos años siguientes a aquél en que quedó en firme. Se entiende esto porque la administración no pierde la competencia para liquidar con el vencimiento del término que tiene para hacerlo, a menos que el contratista, con anterioridad, haya instaurado la acción judicial correspondiente.⁹⁴⁴

A pesar de lo expuesto en el aparte jurisprudencial transcrito, el inciso tercero del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007, limitó la posibilidad de la liquidación unilateral en cualquier tiempo salvo la impetración de la acción correspondiente, a los dos años concomitantes a los de caducidad de la acción, lo cual es contrario a derecho e impide la posibilidad de que se dé certeza a muchas situaciones que se encuentran en indefinición jurídica.

Por otro lado, tal como lo dispone la última parte del literal d del numeral décimo del artículo 136 del CCA y el ordinal v del literal j del numeral 2º del artículo 164 del CPA, luego de vencido el plazo de la liquidación unilateral sin efectuarse, el interesado puede acudir a la jurisdicción para obtener la liquidación en sede judicial, para lo cual cuenta con un término de caducidad de la acción de dos (2) años, siguientes al incumplimiento de la obligación de liquidar⁹⁴⁵. Sin embargo, consideramos que si transcurren los dos años a que se hizo referencia, es viable una liquidación bilateral en cualquier tiempo y en ejercicio de la autonomía de la voluntad, empero, el inciso tercero del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007

⁹⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª, sentencia de mayo 30 de 1996, expediente No 11759, Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

⁹⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1230, dic. 1/99, M.P. Augusto Trejos Jaramillo.

cercena esta posibilidad a solamente dos años concomitantes al término de caducidad anotado, lo cual contraría el principio de la autonomía de la voluntad que en este caso y a nuestro modo de ver, no riñe con el interés general, por el contrario lo procura porque busca impedir la indefinición jurídica.

Es necesario advertir, que el acto administrativo de liquidación unilateral también es objeto de la acción contractual, en cuyo caso, la caducidad de la acción, es decir, el término de los dos años, empieza a contabilizarse a partir del día siguiente de la ejecutoria del acto que la apruebe (Literal d del numeral 10 del artículo 136 del CCA y ordinal iv del literal j del numeral 2° del artículo 164 del CPA). Por otro lado, es importante anotar que la liquidación unilateral también puede girar en torno a las salvedades, esto es, no solo opera cuando no se realiza la liquidación bilateral sino, también, cuando se realiza con salvedades, en cuyo caso la liquidación unilateral se circunscribirá a este (último inciso del artículo 11 de la Ley 1150 de 2007).

Cuando sea efectuada la liquidación de común acuerdo por las partes con salvedades o por vicios del consentimiento, se podrá demandar a más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a la firma del acta. (Literal c, del Numeral 10, del artículo 136 del CCA y ordinal iii del literal j del numeral 2° del artículo 164 del CPA). Sin embargo, si del acta de liquidación se desprende un contenido obligacional a cargo de las partes o de una de ellas, el término de caducidad solo puede empezar a correr, en el momento en que la parte obligada incurra en mora, en este sentido se pronunció el Consejo de Estado, en los siguientes términos: “[...] en aquellos eventos en que el negocio de liquidación dé origen a un contenido prestacional de futura realización, el momento oportuno a partir del cual puede predicarse que ha empezado a correr el término de caducidad de la acción contractual, será en estos precisos eventos, aquél en que las partes puedan conocer que se materializa un incumplimiento de las prestaciones originadas en el acta de liquidación. Esta por lo demás es la orientación consagrada en el artículo 44 de la Ley 446 de 1998”.⁹⁴⁶

Es importante acotar que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha permitido demandas a pesar de que exista un acta de liquidación bilateral sin salvedades y no se esgrima vicios del consentimiento. Este evento se ha puntualizado en materia de contratos regidos por el Decreto-Ley 222 de 1983, donde era posible la no estipulación de intereses de mora en caso de incumplimiento en el pago de una obligación. Veamos lo expuesto por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en este sentido:

⁹⁴⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de octubre 15 de 1998, Expediente 11966, Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández.

Así las cosas, la Sala considera que la situación analizada se enmarca en un típico evento de responsabilidad poscontractual por el incumplimiento de la entidad de la obligación legal de hacer el pago oportuno de los valores pactados. De acuerdo con lo anterior, al pretender el pago de indexación e intereses moratorios a título indemnizatorio se está en presencia de una controversia contractual, sobre todo porque se trata de un contrato regido por el Decreto-Ley 222 de 1983, en el que resulta procedente la discusión sobre la procedencia del reconocimiento de intereses de mora.⁹⁴⁷

4. Impugnación de los actos administrativos contractuales: la nulidad se deberá alegar dentro de los dos años siguientes a la notificación en legal forma del acto administrativo respectivo. Sin embargo, estas decisiones unilaterales de la administración deben ir precedidas de un proceso administrativo que le proteja el debido proceso al interesado, como es el caso de la declaratoria de la caducidad, donde el Consejo de Estado ha dicho: “[...] cuando el contratista incumplido al menos esta advertido de las consecuencias de su proceder en cuanto la administración le haya dado a conocer los diferentes factores que constituyen incumplimiento (requerimientos, apremios por retardo, órdenes previas, avisos por faltantes, etc.), con lo cual la declaratoria de caducidad no siempre será intempestiva y permitirá un análisis particular de los antecedentes en cada caso.”⁹⁴⁸

Ahora bien, cuando se trate de actos administrativos que dicten con ocasión de la actividad contractual pero luego de vencido el contrato, la caducidad empieza a correr a partir del día siguiente de la notificación en debida forma de la decisión. En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en los siguientes términos: “Si bien la Sala ha venido sosteniendo que los reclamos provenientes de un contrato ordinariamente caducan dentro del plazo de dos años contados a partir del vencimiento del mismo, también ha dicho que con posterioridad a ese vencimiento la administración podrá expedir ciertos actos administrativos de carácter contractual, no separables del contrato. [...] Incuestionablemente ese acto, controvertible por la vía prevista en el artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, tendrá su propio término de caducidad, así mismo de dos años”⁹⁴⁹.

5. Nulidad Relativa del Contrato Estatal: deberá ser alegada por las partes dentro de los dos años, contados a partir de su perfeccionamiento (Literal f del numeral 10 del artículo 136 del CCA). Las nulidades relativas son aquellas que

⁹⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 29 de septiembre de 2011. Radicación 25000–23–26–000–1996–02565–01. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2012, páginas 689 a 695.

⁹⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de septiembre 24 de 1998, expediente 14.281, Magistrado Ponente Ricardo Hoyos Duque.

⁹⁴⁹ Sentencia C–221, abril 14 de 1999, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

se sanean por ratificación expresa de las partes o por el transcurso del tiempo (Dos años contados a partir de la ocurrencia del hecho generador del vicio, art. 46 de la Ley 80 de 1993). Sería el caso de equivocación en algunos ítems del objeto contractual, empero, los nuevos ítems también son aceptados por las partes. El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no precisa este evento, por ende, consideramos que los dos años se deben contar a partir del día siguiente al perfeccionamiento del contrato, siguiendo los lineamientos contemplados en el inciso segundo del literal j del numeral 2° del artículo 164 del CPA

6. Cuando la controversia contractual se origina por hecho de ejecución o cumplimiento (Responsabilidad poscontractual): sobre el particular, el Dr. Santofimio Gamboa ha dicho: “De manera genérica se ha indicado que tratándose de hechos de ejecución o cumplimiento del objeto contractual la caducidad se deberá contar a partir del momento en que surja la controversia y no al vencimiento del contrato⁹⁵⁰. No obstante lo anterior, de manera especial se han excepcionado de esta regla, en otras providencias, *los hechos de ejecución relativos a pagos parciales o controversias derivadas de actas parciales o reconocimientos por actualizaciones*, para los cuales la caducidad se debe contar a partir de la terminación o liquidación del contrato. Sobre la Base de que la relación negocial entre las partes es una sola, que nace al momento de su perfeccionamiento y termina definitivamente con la finalización del contrato o su liquidación[...]”⁹⁵¹ Esta posición es ratificada por el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Ahora bien, la Sala ya ha precisado en providencias anteriores la forma de computar el plazo para el ejercicio de la acción contractual; en tal sentido ha sido reiterada la jurisprudencia al señalar que todas las acciones que a bien tenga promover el contratista con ocasión de la ejecución del contrato, debe formularlas a más tardar dentro de los dos años siguientes a su terminación o a su liquidación, si esta era necesaria, so pena de que opere el fenómeno de caducidad de la acción”.⁹⁵²

7. Acción Contractual de responsabilidad civil: El artículo 55 de la Ley 80 de 1993 preveía un término prescriptivo de 20 años en materia de responsabilidad civil (es decir aquella que se controla a través de la jurisdicción ordinaria) – situación que aún se mantiene para aquellos eventos que hubiesen ocurrido antes de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998-, cuando se presentaran los siguientes casos:

⁹⁵⁰ Posición contraria a la de la Corte Constitucional expuesta en la sentencia C-221 de abril 14 de 1999, pero más acorde con lo señalado en el primer inciso del numeral 10° del artículo 136 del CCA

⁹⁵¹ Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Universidad Externado de Colombia, Página 584.

⁹⁵² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 29 de septiembre de 2011. Radicación 25000-23-26-000-1996-02565-01. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2012, páginas 689 a 695.

- Las entidades, responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que le sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas [...] (art. 50, Ley 80 de 1993).
- El servidor público, responderá civilmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de ley (art. 51).
- Los contratistas responderán civilmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de ley (art. 52).
- Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes en los términos del artículo 7 de la Ley 80 de 1993 (art. 52).
- Los consultores, interventores y asesores, responderán civilmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría (art. 53).

Es pertinente advertir que cuando se presenten estas situaciones luego de la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, solo se pueden alegar en sede contencioso administrativa y a través de la acción contractual (si es una de las partes contratantes la que la ejerce) o la acción de reparación directa (si es un tercero), pero dentro del término de caducidad de dos años, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los hechos descritos.

En el anterior sentido se pronunció el Consejo de Estado, Sección tercera, Auto de marzo 9 de 2000, Expediente 17.333, Magistrado Ponente: María Elena Giraldo Gómez, así: “Se precisa que posteriormente a la expedición de la Ley 80 de 1993 y con la entrada en vigencia de la Ley 446 de 1998, que unificó en dos años el término de caducidad de tales acciones contractuales, no se alteró, para este caso, el transcurso de los veinte años, en consideración, en primer lugar, a lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, dispone: «La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aun al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir»”. Como corolario, las situaciones (de las cuales se hizo referencia anteriormente) que se presenten luego de entrada en vigencia la Ley 446 de 1998, se regirán por la caducidad de dos años y no por la prescripción de 20 años de que habla la Ley 80 de 1993.”

8. Contratos de ejecución instantánea: A más tardar dentro de los dos (2) años siguientes a cuando se cumplió o debió cumplirse el objeto del contrato (Literal a del numeral 10 del artículo 136 del CCA y ordinal i del literal j del numeral 2º del artículo 164 del CPA).

9. En los que no requieren liquidación: A más tardar dentro de los dos (2) años siguientes contados desde la terminación del contrato por cualquier causa. (Literal b, del numeral 10 del artículo 136 del CCA y ordinal ii del literal j del numeral 2º del artículo 164 del CPA).

10. Responsabilidad postcontractual: Los dos años se cuentan a partir del día siguiente de la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho poscontractuales que den origen a la controversia. Como por ejemplo, cuando al contratista le toca devolver el pago por problemas presupuestales atribuibles a la entidad contratante, asunto que genera intereses moratorios y evidencia una pérdida del poder adquisitivo de la moneda, pues el pago se difiere en el tiempo.⁹⁵³

E. Anexo Indispensable para poder accionar contractualmente

El Consejo de Estado había sido enfático en señalar que para poder ejercer la acción contractual, sin importar el tipo de pretensión que se incoara, se debía anexar a la demanda en copia auténtica el contrato estatal del cual se derivaba la controversia o, al menos, pedirlo como prueba en el acápite correspondiente del libelo y verificar que se allegara efectivamente al expediente. Veamos lo que explicaba la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en torno a este anexo indispensable de la demanda:

[...]

con base en lo expuesto, concluye igualmente la Sala que si bien a través de esta acción es posible ventilar cualquier conflicto que se suscite no solamente con el contrato mismo, sino también en torno a los actos contractuales con motivo del cual se expidan o los hechos que se presenten en su ejecución y cumplimiento, es característica fundamental y presupuesto *sine quanon* para la prosperidad de las pretensiones que por esta vía procesal se incoen, que se acredite dentro del proceso el contrato origen de la controversia, excepto únicamente, claro está, cuando lo que se solicite sea la declaración de existencia del mismo, dado que, el contrato como fuente obligacional generadora de los derechos y obligaciones de las partes, es el que permite que el juzgador pueda analizar la materia de la acción, esto es, que el contenido de aquél se encuentre ajustado a la ley o que los hechos que se presenten en su ejecución y cumplimiento y los actos

⁹⁵³ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 29 de septiembre de 2011. Radicación 25000-23-26-000-1996-02565-01. Consejero ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2012, páginas 689 a 695.

contractuales que se expidan con motivo del mismo están acordes con lo pactado y con las disposiciones jurídicas a él aplicables.⁹⁵⁴

Sin embargo, esta posición jurisprudencial se morigeró recientemente, dado que el Consejo de Estado consideró que se debía analizar la pretensión de la acción contractual, con el fin de establecer si esta prueba documental es necesaria o no para un fallo sustancial. Por ejemplo, si la pretensión es cuestionar la competencia de las entidades estatales para declarar el siniestro contractual, con la copia simple del contrato es suficiente, pues los documentos centrales en estos procesos son el acto administrativo que declaró el siniestro y la póliza. Otro caso se da cuando se pretende declarar la existencia de un contrato, donde evidentemente lo que se discute es precisamente la materialización del instrumento negocial, lo que implica que obviamente no se encuentre en el plenario. Por el contrario, si la pretensión es la nulidad del contrato, de una de sus cláusulas o un debate sobre el cumplimiento de un plazo parcial acordado en el mismo contrato, se requiere el documento contractual original o una copia auténtica. En estos casos, la ausencia del contrato dentro del proceso generaría la negación de las pretensiones o las excepciones según el caso.⁹⁵⁵ Esta posición es reiterada por la jurisprudencia, aunque en reciente pronunciamiento pareciera circunscribir la excepción de no acreditar el contrato en el proceso judicial a solo cuando se pretenda la existencia del mismo, veamos: “como es bien sabido, el ejercicio de la acción contractual exige como presupuesto indispensable la existencia de un contrato cuya acreditación, como resulta apenas natural, debe realizarse de manera regular y oportuna dentro del proceso, con la excepción que cabe predicar respecto de los eventos en los cuales se discuta o se pretenda la declaratoria de la existencia misma del vínculo contractual”.⁹⁵⁶

La línea jurisprudencia que se viene analizando en este acápite se reitera en reciente providencia, sin embargo, se precisa que la obligación de allegar en copia auténtica el contrato estatal al plenario se circunscribe a todos los eventos donde se pretenda acreditar obligaciones o el negocio jurídico en tanto fuente de estas en particular del contrato estatal, en virtud de la declaratoria de exequibilidad del artículo 254 del CPC Veamos lo que señala la máxima corporación de lo Contencioso Administrativo en esta oportunidad:

⁹⁵⁴ Consejo de Estado, Sala De lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de mayo 2 de 2007. Expediente 16211. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de julio de 2007, páginas 1185 a 1189.

⁹⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 16494 de junio 23 de 2010, Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

⁹⁵⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de agosto de 2010. Radicación 850001-23-31-000-1998-0006201. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2010, páginas 1942 a 1946.

Por otra parte, siguiendo la citada decisión con efecto de cosa juzgada constitucional que por lo mismo es de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y particulares (art. 243 superior, art. 45 LEAJ y art. 21 D. 2067/91), la jurisprudencia de la Sala en forma reiterada ha sostenido que las copias que se aporten al proceso deben cumplir con las previsiones del citado artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y a fortiori si con ellas se pretende acreditar obligaciones o el negocio jurídico en tanto fuente de éstas en particular del contrato estatal, en tanto dicho mandato –por su contenido– reviste el carácter de norma imperativa y por lo mismo no puede ser modificada por sus destinatarios (partes o jueces).⁹⁵⁷

⁹⁵⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio, Radicación: 23001–23–31–000–1999–00355–01 (21128). Actor: La Previsora S.A. Demandados: Municipio de Tierralta (Córdoba). Referencia: Asuntos contractuales (apelación sentencia). Bogotá, D.C., diecinueve de septiembre de dos mil once. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de marzo de 2012, páginas 521 a 531.

CAPÍTULO VII. LA ACCIÓN ELECTORAL (Art. 223 y ss. del CCA).

Introducción

Antes de adentrarnos en el estudio de la acción electoral, conviene hacer unos comentarios sobre *la justicia electoral colombiana*, así:

a) El Doctor Pedro Pablo Vanegas Gil la define “como el conjunto de mecanismos o instituciones de control de la regularidad de los procesos electorales, como condición necesaria para la existencia de elecciones libres”.⁹⁵⁸ Es decir, todos los procesos electorales están sometidos a controles que permiten mantener a los mismos dentro de los cauces de la legalidad y en caso de separación de tales cauces, a través de reclamaciones en vía gubernativa y acciones contencioso administrativas, se atacan las irregularidades respectivas y se corrigen para la retoma de los caminos jurídico legales correctos de los plurimencionados procesos. Esto mismo se predica para todos los procesos de nombramiento.

b) El sistema de justicia electoral Colombiano es mixto, es decir, es controlado tanto por autoridades administrativas como por autoridades judiciales, el tratadista Vanegas Gil, hace la siguiente explicación sobre el particular, tratándose de elecciones populares:

“El ordenamiento jurídico colombiano adopta el modelo mixto de sistema de justicia electoral, por cuanto existe dualidad en los órganos que conocen de controversias electorales: de una parte, las autoridades administrativas electorales - encabezadas por el Consejo Nacional Electoral, órgano autónomo e independiente de las ramas del poder público -, quienes conocen de las “reclamaciones electorales”, controversias que se fundamentan en las causales que se encuentran reguladas en el artículo 192 del Código Electoral (Documento. 2241 de 1986); de otra parte se encuentran los Tribunales de naturaleza jurisdiccional -Consejo de Estado y tribunales contencioso administrativos - ante los cuales se interpone la “acción contenciosa electoral” [...]”⁹⁵⁹.

⁹⁵⁸ Y agrega dicho autor: “No es suficiente entonces la universalidad, igualdad, libertad y secreto del sufragio para que este sea democrático, sino que es necesaria la neutralidad de los organismos electorales y un sistema de controles que permita que los procesos electorales se desarrollen dentro de los principios de transparencia, imparcialidad y autenticidad, es decir, como garantía de la democracia que implica la subordinación del poder al derecho”. (Memorias de las Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Universidad Externado de Colombia, páginas 739 y 740).

⁹⁵⁹ Páginas 742 y 743, de la obra reseñada en el pie de página número 1.

I. Naturaleza jurídica de la acción electoral

A. Concepto

La acción electoral es una modalidad de la acción de nulidad desarrollada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, por lo tanto de naturaleza objetiva, pública, popular, general, indesistible y, a diferencia de la de simple nulidad, de carácter temporal, esto es, sujeta a un término de caducidad para su ejercicio y sometida a un procedimiento especial regulado en los artículos 223 y ss. del Código Contencioso Administrativo.

Por otro lado, al compartir la naturaleza de toda demanda contra actos administrativos, debe poseer también sus requisitos mínimos, entre ellos un capítulo donde se señalen las normas violadas y el concepto de la violación.

B. Procedencia

La acción electoral procede contra los actos administrativos de elección por voto popular y no popular o por cuerpos electorales y contra los nombramientos que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden (Inciso primero del artículo 139 del CPA). En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Revisada las competencias que en torno al proceso electoral tienen las distintas autoridades que integran la jurisdicción de lo contencioso administrativo, no cabe la menor duda de que ese proceso especial está instituido, y lo ha estado desde tiempos inmemoriales, para juzgar los actos expedidos por la administración atinentes a la declaración de elecciones populares o colegiadas, e igualmente para someter a examen de legalidad los actos de nombramiento expedidos por las distintas autoridades administrativas de todos los niveles, todo lo cual se confirma irrefutablemente al haber previsto un mismo término de caducidad para la acción que juzga unos y otros actos, como así se puede apreciar en el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por la ley 446 de 1998, artículo 44, [...].⁹⁶⁰

Como corolario, un nombramiento puede ser demandado a través de dos vías judiciales diferentes. Así: si el accionante es el directamente afectado con

⁹⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 10 de mayo de 2007. Expediente 73001-23-31-000-2006-00419-01. Magistrada Ponente: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2007, páginas 1387 a 1389.

el nombramiento como quien queda primero en la lista de elegibles y no es nombrado en el cargo para el que concursó, la acción que debe interponer es la de nulidad y restablecimiento del derecho. En este caso el actor pretende ser nombrado en el cargo y obtener los perjuicios que le causó el nombramiento cuestionado. Por su parte, la acción de nulidad electoral es la procedente si el demandante no es el particular afectado, sino cualquier ciudadano que busca el respeto del ordenamiento jurídico. Obviamente en este último caso el afectado puede ejercer la acción electoral, empero, solo en procura de mantener integro el principio de legalidad.⁹⁶¹

C. Características de la acción electoral

1. Es una acción objetiva y general porque busca proteger y preservar el ordenamiento jurídico electoral y de nombramientos, el sistema democrático y la pureza del sufragio. En ningún momento se busca el restablecimiento del derecho por medio de una elección o nombramiento o reintegro del accionante. Si se demanda, por ejemplo, un acto de nombramiento y se solicita el reintegro en el cargo en que se venía desempeñando el accionante y pago del salario y demás prestaciones sociales dejadas de percibir, estaremos ante una acción de nulidad y restablecimiento y no una acción electoral, ya que esta última nunca persigue el restablecimiento de derechos subjetivos⁹⁶². Por otro lado, los actos administrativos que se controlan mediante esta acción no son susceptibles de ser controvertidos mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998, es decir, las acciones populares.

2. Es una acción pública y popular, sin embargo solo los ciudadanos pueden intentarla, habida cuenta que se trata de una acción que se impetra en ejercicio de un derecho político consagrado en el artículo 40 de la Constitución Política. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Bien es cierto que el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, faculta a toda persona para solicitar por si, o por medio de representante que se declare la nulidad de los actos administrativos, comprendiendo el enunciado a todo el que por virtud de la ley tenga tal calificación, pero también lo es que en materia electoral esa facultad por voluntad del constituyente está restringida a los ciudadanos pues solo a éstos otorga la titularidad

⁹⁶¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto 11001032500020080005200 de mayo 23 de 2011, Consejero Ponente: Mauricio Torres.

⁹⁶² Ver: Sentencia del 3 de mayo de 2002. Expediente 1379-99. Consejero Ponente: Dr. Tarsicio Cáceres Toro, Revista: *Jurisprudencia y Doctrina, de Legis*, del mes de septiembre, páginas 1889 a 1892.

de la acción en ejercicio de los derechos políticos consagrados en el artículo 40 de la Carta”.⁹⁶³

En este orden de ideas, solo podrán ejercer esta acción las personas que reúnan las siguientes características:

- Las personas naturales: porque son las titulares del poder político (elegir y ser elegidas).
- Los nacionales: por razones de soberanía y autonomía de los pueblos (art. 9º de la Constitución Política).
- Los ciudadanos: son aquellos nacionales mayores de 18 años, (parágrafo del artículo 98 de la Constitución Política), habida cuenta: “la ciudadanía es el nexo que une al Estado con un nacional para efectos de concederle derechos y obligaciones políticas, siempre que la persona reúna los requisitos de ley”⁹⁶⁴.

Como corolario, se excluye de este derecho a las personas jurídicas y a las personas naturales que no son ciudadanas: extranjeros, menores de 18 años y los condenados a penas privativas de la libertad que aparejan como pena accesoria la supresión de los derechos políticos⁹⁶⁵.

Es pertinente advertir, sin embargo, que la jurisprudencia del Consejo de Estado no ha sido pacífica en torno a la titularidad de la acción electoral y, en reciente jurisprudencia asume una posición contraria a la expuesta en los párrafos anteriores, esto es, la posibilidad de que cualquier persona ejerza la acción en comento y no solamente los ciudadanos, habida cuenta que la acción electoral es una modalidad de la de simple nulidad. Posición que no compartimos, toda vez que la acción electoral gira en torno al orden institucional nacional y por ende, solo incumbe a los ciudadanos nacionales que participan en su conformación. La tesis que se critica es del siguiente tenor:

“La excepción de incapacidad de la Nación para demandar la nulidad de la elección, fundada en el precepto del artículo 40 de la Constitución Política no está llamada a prosperar por lo siguiente:

La referida norma constitucional sustantiva consagra los derechos políticos de los ciudadanos y entre ellos el de interponer acciones

⁹⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Bogotá D.C., octubre 9 de 1997, Exp. No 1708, Municipio de Circasia, Segunda Instancia Electoral.

⁹⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Bogotá D.C., octubre 9 de 1997, Exp. No 1708, Municipio de Circasia, Segunda Instancia Electoral.

⁹⁶⁵ Ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 20100038 y 20100100 de febrero 23 de 2012, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

públicas en defensa de la Constitución y de la ley; por su parte, la acción electoral es una acción pública, instituida para salvaguardar la integridad del derecho a elegir y ser elegido así como la determinación del titular legítimo del poder del Estado; fue confiada por el legislador a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como resulta de lo establecido, principalmente, en los artículos 128-3, 132-8, 134B-9, 136-12, 223, 227, 228, 229 y 231 del Código Contencioso Administrativo. Es una modalidad de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, en cuyo ejercicio se debate exclusivamente la legalidad objetiva de los actos de elección o nombramiento de los actos de contenido electoral.

En ese orden, tal como lo establece el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, para la acción de nulidad en general y los artículos 223, 227, 228 *ibídem*, en particular para la acción electoral, la misma no es una acción exclusiva de los ciudadanos sino que puede ser ejercida por cualquier persona.”⁹⁶⁶

Cualquier persona que reúna las características anotadas, puede demandar una elección popular o no popular o cualquier nombramiento que se realice al interior de la Administración Pública (art. 227, CCA e inciso primero del art. 139 del CPA), en caso contrario será inadmitida la demanda por falta de interés. Por lo tanto, el accionante puede prescindir de la mediación de un abogado. El problema es que este tipo de demandas requieren de un conocimiento especializado, debido a que las acusaciones a actos administrativos, incluyendo los de nombramiento o elección, exigen que las demandas incluyan un acápite que se llama: normas violadas y concepto de la violación, el cual obliga poseer un conocimiento jurídico, con el cual, normalmente, solo cuentan los abogados.

3. “La acción electoral se origina por la transgresión de las disposiciones que regulan lo relacionado con los procesos y decisiones electorales, con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que afecte a los elegidos”, y “procede contra los actos por medio de los cuales se declara una elección [...]”⁹⁶⁷. También procede contra los actos de nombramiento de los servidores públicos, cuando estos se expidan y beneficien a personas que no reúnan las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo (art. 228, CCA). Es pertinente advertir que la elección se origina cuando el candidato resulta favorecido por un número plural de personas. La elección puede ser popular, como la de los congresistas, o

⁹⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 5 de febrero de 2004. Expediente 3119. Consejero Ponente: Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá. Publicada en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2004, páginas 606 a 612.

⁹⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de mayo 4 de 1992.

no popular, como la del contralor departamental, que es elegido por la Asamblea Departamental, de terna conformada por un candidato que selecciona el Tribunal Administrativo y dos candidatos seleccionados por el Tribunal Superior de la respectiva jurisdicción. El nombramiento, por el contrario, solo lo efectúa una persona, denominada nominador, como sería el caso del Presidente de la República al designar a sus ministros.

Por otro lado, también es necesario señalar que las inhabilidades (son eventos taxativos que consagra la ley que impiden el nombramiento o la elección de una persona) e inelegibilidades (son las eventualidades que se constituyen en el hecho de no reunir los requisitos o calidades mínimas para acceder a un cargo⁹⁶⁸) son situaciones inherentes a las calidades, requisitos y situaciones personales de los candidatos que se presentan al momento de aspirar a un cargo, que hacen imposible el nombramiento de quién las sufra, al paso que las incompatibilidades, ocurren cuando ya se es un servidor público y por tal condición, se hace imposible ser elegido o nombrado en otro cargo o se obliga a abandonar el que ostenta para ocupar el nuevo cargo dentro de la Administración Pública. El Consejo de Estado ha dicho: “[...] la inelegibilidad se basa en imposibilidad jurídica de ser elegido válidamente y en consecuencia invalida de raíz la investidura, la incompatibilidad se produce como consecuencia de la imposibilidad jurídica de conservar el cargo en la administración cuando se ha designado para otro por un funcionario o por un cuerpo colegiado”⁹⁶⁹. Por ejemplo, un caso de incompatibilidad es cuando un gobernador no puede ser elegido para ser miembro del Congreso mientras ostente tal cargo. Por otro lado un ejemplo de inhabilidad sería el caso de un servidor público que sea sancionado disciplinariamente con la imposibilidad de desempeñar cargos públicos por determinado tiempo y un caso de inelegibilidad sería que la persona a elegir se encuentre muerta.

4. La acción electoral no es desistible, tal como lo contempla el inciso tercero del artículo 235 del Código Contencioso Administrativo. Esta disposición en su aparte pertinente es entendible porque al ser la acción electoral pública y popular, las resultas del proceso que se inicie en virtud de su ejercicio, interesan a toda la comunidad, ya que la pulcritud en el sistema electoral y democrático compete a todo el conglomerado social.

⁹⁶⁸ El Consejo de Estado ha definido estos dos aspectos de la siguiente manera: “Requisitos son aquellas circunstancias o situaciones básicas que debe tener o en que debe estar colocada una persona para el ejercicio de un empleo, y que no pertenecen a su naturaleza, sino que se adquieren. Calidades, son virtudes o condiciones personales de contenido moral que debe tener una persona para dar lustre y prestigio al empleo y que sirven como garantía social de su correcto ejercicio.” (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia de julio 22 de 1971, citada en Código de *Legis*, Hojas Sustituibles, Página 217).

⁹⁶⁹ Consejo de Estado, Sentencia de mayo 25 de 1972.

5. Para demandar una elección o un nombramiento⁹⁷⁰ no es necesario agotar la vía gubernativa, es decir, interponer recursos contra el acto administrativo de nombramiento o contra los actos administrativos expedidos durante el trámite de los escrutinios por las comisiones escrutadoras⁹⁷¹ o el Consejo Nacional Electoral. El Consejo de Estado ha dicho sobre el particular: “Como solo a los candidatos, sus representantes y los testigos electorales⁹⁷² se les permite hacer uso administrativamente de las causales de reclamación (L. 96/85, art. 42), quedaría restringido a los primeros el ejercicio de la acción electoral con fundamento en ellas y excluidos los demás ciudadanos a quién la ley la concede por razones de interés general”⁹⁷³. Sin embargo, esta línea jurisprudencial ha sido modificada por el Consejo de Estado en recientes providencias y, en tratándose de reclamaciones electorales, ha exigido que se incoen en sede administrativa antes de ser discutidas en sede judicial, lo cual a todas las luces resulta una transgresión al acceso efectivo de la administración de justicia pues, como ya se anotó, solo los candidatos, sus representantes o los testigos electorales pueden impugnar los actos de los escrutadores.⁹⁷⁴ Veamos aparte de la posición jurisprudencial que se critica: “en síntesis en sede jurisdiccional es posible la revisión de hechos que constituyen el sustento fáctico de las causales de reclamación a condición de que las mismas hayan sido decididas durante el trámite administrativo electoral y la acusación respectiva dentro del proceso judicial se dirija contra dichas decisiones.”⁹⁷⁵

El anterior panorama se torna más dramático en materia de acceso efectivo de administración de justicia, en lo atinente a la acción electoral impetrada contra actos de elección popular, si tenemos en cuenta el acto legislativo 01 del 2009,

⁹⁷⁰Esta acción no es viable para discutir la legalidad del contrato de trabajo, es decir, la vinculación laboral de los trabajadores oficiales.

⁹⁷¹Las comisiones escrutadoras distritales y municipales estarán integradas por dos ciudadanos de filiación política distinta, designados por el Tribunal Superior de Distrito Judicial, que serán jueces, notarios o registradores de instrumentos públicos. A estas comisiones les corresponderá hacer el escrutinio de los votos depositados para alcaldes, concejales, ediles o miembros de las juntas administradoras locales, declararán la elección y expedirán las respectivas credenciales (arts. 157 y 166 Código Electoral).

⁹⁷²Los testigos electorales son ciudadanos presentados por los directorios o movimientos políticos que hayan inscrito candidatos, cuya función es vigilar las elecciones y velar porque las votaciones se desarrollen en un marco de pureza y publicidad. En cada mesa actuará a razón de un testigo y para tal efecto el registrador municipal o distrital les expedirán las credenciales respectivas (arts. 121 y 122 Código Electoral).

⁹⁷³Consejo de Estado, Sala Contenciosa electoral, Sentencia de mayo 19 de 1987.

⁹⁷⁴Artículo 192 del Código Electoral: “El Consejo Nacional Electoral o sus Delegados tienen plena y completa competencia para apreciar las cuestiones de hecho o de derecho y ante reclamaciones escritas que les presenten durante los escrutinios respectivos **los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituidos** y apreciando como pruebas para resolver únicamente los documentos electorales, podrán por medio de resolución motivada decidir las reclamaciones que se les formulen [...]” Negrillas fuera de texto.

⁹⁷⁵Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo. Bogotá, D.C., once (11) de junio de dos mil nueve (2009). Radicación número: 20001-23-31-000-2007-00239-01. Actor: Rocío del Milagro Cortés Carrillo. Demandado: Concejales del Municipio de Valledupar.

mediante el cual se agregó un nuevo numeral al artículo 237 de la Constitución Política y, así mismo, un párrafo a dicho numeral del siguiente tenor: Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.

Ante el señalado aparte constitucional cabe preguntarse: ¿dicha norma a que hace referencia?, ¿hace referencia a las causales de reclamación del código electoral, a las causales de nulidad electoral referidas a los procesos de elección popular o a todas las irregularidades que se puedan presentar en dichos procesos?, por otro lado, ¿Cuál es el trámite que se debe agotar para llevarlas a cabo?, ¿el contemplado en el Código Electoral? Son muchos los cuestionamientos que deja el aparte transcrito, empero, a nuestro parecer, el requisito de procedibilidad contemplado en tal precepto aún no tiene aplicación, dado que el proceso gubernativo diseñado en el Código Electoral solo se aplica para unas causales taxativas contempladas en dicha codificación y se necesita de una especial cualificación para poder alegarlas.

Aunado a lo anterior, es pertinente tener en cuenta que los actos a través de los cuales se ejerce la facultad de libre nombramiento o remoción también son demandables por medio de esta acción a pesar de que no se aplica el proceso administrativo regulado en la primera parte del Código Contencioso Administrativo, incluida la vía gubernativa. (Último inciso del artículo 1ro del C.C. A.). Finalmente, si el interés es preservar la legalidad en los mecanismos de acceso al desempeño de los cargos públicos a través de los cuales se le sirve a la comunidad, a esta no se le puede restringir la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa con requisitos procedimentales que no compaginan con la naturaleza de la acción (no hay que olvidar que es una acción pública y popular).

6. La acción electoral es una acción temporal, tal como lo consagra el numeral 12 del artículo 136 del C.C. A., así: “La acción electoral caducará en veinte (20) días contados a partir del siguiente a aquel en el cual se notifique legalmente el acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento de cuya nulidad se trata. Frente a los actos de confirmación, el término de caducidad de la acción se contará a partir del día siguiente a la fecha en la cual se confirme la designación o el nombramiento”. Este término de caducidad fue aumentado por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a 30 días (Literal a del numeral 2º del artículo 164 del CPA). Esta norma resiste varios comentarios, veamos:

- La caducidad en la acción electoral se justifica porque “ (a) responde al libre ejercicio de las funciones que la propia carta fundamental otorga al legislador —libertad de configuración legislativa— y (b) tiene la finalidad de dar certeza a actos que, como los que declaran un elección o hacen un nombramiento, no pueden quedar suspendidos indefinidamente en el tiempo, so pena de vulnerar los derechos reconocidos por la propia Carta Política a los aspirantes a ocupar un cargo o a los funcionarios ya electos (art. 40, inc. 1 y núm. 1), y las garantías de la comunidad, expresadas en la aspiración a gozar de un sistema administrativo, legislativo y judicial — un orden político — estable, en clara concordancia con el principio de seguridad jurídica.”⁹⁷⁶
- En materia de actos de elección popular, la notificación de los mismos se hace a través de audiencia pública donde la comisión escrutadora, luego de realizar el conteo respectivo, lee a viva voz la elección, ya que el escrutinio es público, por lo tanto, la caducidad empieza a contar al día siguiente de tal audiencia (Es una notificación en estrados) –Literal a del numeral 2º del artículo 164 del CPA-.
- Si los testigos electorales, los candidatos mismos y sus apoderados, realizan reclamaciones contra la decisión de la comisión escrutadora, el término de caducidad empieza a correr a partir del día siguiente de la audiencia pública, habida cuenta que tales impugnaciones también se resuelven y notifican en estrados. Sin embargo, si se interpone recurso de apelación, la caducidad solo correrá a partir del día siguiente en que se notifique el acto administrativo que confirme la decisión de primera instancia (en este caso no se aplica el numeral décimo del artículo 136 del CCA y el literal a del numeral 2º del artículo 164 del CPA). El último inciso del artículo 42 de la Ley 96 de 1985, dispone lo expuesto así:

Si las corporaciones escrutadoras no encontraren fundadas las reclamaciones, lo declararán así por resolución motivada. Esta resolución se notificará inmediatamente en estrados y contra ella el peticionario o interesado podrá apelar por escrito antes que termine la diligencia de los escrutinios y allí mismo deberá concederse el recurso en el efecto suspensivo.

- Los actos administrativos de nombramiento no se notifican, se comunican, porque al ser algunos de ellos manifestación de la facultad de libre nombramiento y remoción, no se someten al procedimiento administrativo regulado en la primera parte del CCA o del CPA y, además, obedecen a una

⁹⁷⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-781, octubre 13 de 1999, Magistrado Ponente Carlos Gavina Díaz.

naturaleza jurídica especial como lo es de que son actos condición⁹⁷⁷ y de ejecución inmediata, ya que la planta de personal de las entidades públicas no se puede ver sometida a la inseguridad jurídica que crearía la interposición de recursos contra este tipo de actos. “Sujetos tales actos al recurso de reposición, se provocaría un interregno de difíciles consecuencias, durante el cual el servicio público se vería afectado”⁹⁷⁸. Es por esta razón que la caducidad en estos casos empieza a contar a partir del día siguiente de la expedición del acto de nombramiento cuya nulidad se trata, sin importar si son cargos de carrera administrativa o de libre nombramiento y remoción. Si son actos de nombramiento que exigen confirmación, la caducidad se contará a partir del día siguiente a la fecha en que se expida el acto de confirmación (art. 136, numeral 11 del CCA e inciso segundo del literal a del numeral 2° del artículo 164 del CPA).

- Con relación a la elecciones que realizan las corporaciones públicas (Juntas Administradoras Locales, Concejos Municipales, Asambleas Departamentales, con excepción del Congreso de la República como se advierte en el siguiente punto), la caducidad se cuenta a partir del día siguiente de expedirse el acta que contiene el acto de declaratoria de la elección, la cual se entiende notificada en audiencia pública. Sin embargo, si la elección no se realiza en audiencia pública, se debe publicar el acto administrativo en el medio oficial correspondiente y solo a partir del día siguiente corre el término de caducidad. El Consejo de Estado explica que las elecciones de las Corporaciones Públicas no siempre operan en audiencia pública, en los siguientes términos:

“No obstante, como ya se anotó, la mera notificación al interesado del acto administrativo que declara una elección, no es suficiente para garantizar a los ciudadanos la posibilidad de oponerse a dicho acto mediante los recursos y acciones judiciales pertinentes, salvo que la elección de que se trate se declare en audiencia pública, lo cual no está demostrado en el presente proceso y no puede inferirse, como lo hizo el aquo, porque no existe en el ordenamiento jurídico disposición alguna que así lo permita; así se evidencia de lo dispuesto en los artículos 23 a 40 de la Ley 136 de 1994, en relación con las sesiones de los concejos municipales en cuanto no establecen que las mismas sean públicas. Por lo tanto la conclusión del

⁹⁷⁷ “[...] el acto administrativo por medio del cual se designa a una persona para desempeñar determinado cargo, es un acto condición y no requiere ser notificado. 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 en una situación ya existente y determinada por ley o reglamento”. (Consejo de Estado, Auto de septiembre 3 de 1998, Expediente 2034, Consejero Ponente: Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía).

⁹⁷⁸ Consejo de Estado, Sala plena, sentencia de febrero 16 de 1980.

tribunal según la cual, la elección que del personero municipal de Puerto Concordia, Meta, la hizo el concejo de dicho municipio en audiencia pública, carece de fundamento”.⁹⁷⁹

Esta regla fue adoptada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el literal a del numeral 2° del artículo 164 del CPA

- Cuando se trate de actos de elección o nombramiento de autoridades del orden nacional donde no opere la audiencia pública, la caducidad empieza a contabilizarse a partir del día siguiente de la publicación en el diario oficial, publicación que la exige el parágrafo del artículo 95 del Decreto-Ley 2150 de 1995. Así lo dispuso el Consejo de Estado en los siguientes términos: “[...]pero tratándose de actos electorales, que pueden ser controvertidos por cualquier ciudadano con el uso de la acción pública, la mera notificación no satisface este segundo objetivo, por lo que es necesario activar el mecanismo de la publicación, a partir del cual se presumen conocidos por todos y quedan sometidos a la censura de la comunidad mediante el ejercicio de la acción de nulidad electoral, dentro del término de 20 días, vencido el cual opera la caducidad”.⁹⁸⁰

Esta regla fue adoptada por el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el literal a del numeral 2° del artículo 164 del CPA

- Cuando se trata de demandar el segundo en la lista ya sea por orden descendente o en virtud del sistema de cifra repartidora, en materia de elecciones populares a cargos de corporaciones públicas, se debe demandar el acto administrativo que llama al miembro de la lista para que cubra la vacancia⁹⁸¹, empero, la caducidad de la acción solo empezará a correr a

⁹⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto de septiembre 18 de 2003. Expediente 3151. Consejero Ponente: Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá. Publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de enero de 2004, páginas 78 a 80.

⁹⁸⁰ Sección Quinta, Expediente 2833, de octubre 24 de 2002, Consejero Ponente: Roberto Medina López. En este mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de marzo 21 de 2007. Expediente 4148. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Quiñones Pinilla. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2007, páginas 1021 a 1026.

⁹⁸¹ “[...] es posible demandar judicialmente el llamado que, conforme al artículo 5° de la ley 5ª de 1992 – Reglamento del Congreso– haga el presidente de la respectiva Cámara a ese candidato para pedir, entonces, la nulidad del correspondiente acto por la configuración de alguna inhabilidad o por la falta de calidades, o, incluso, por alguna otra causal de nulidad”. Sentencia 1891 de noviembre 24 de 1999, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Aunque la máxima Corporación en el pronunciamiento judicial cuyo aparte pertinente se transcribe en este pie de página, solo se refiere al Congreso de la República, consideramos que este pronunciamiento jurisprudencial es perfectamente aplicable a las otras Corporaciones Públicas.

partir del día siguiente de la posesión del llamado en la curul respectiva.⁹⁸² Sobre la posibilidad de pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo reguló esta hipótesis en el inciso segundo del artículo 139 del CPA

- Por último, los actos de inscripción de candidaturas que no reúnen los requisitos de ley, los cómputos o escrutinios irregulares, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios no se demandan individualmente, sino junto con el acto que declara la elección, ya que hacen parte del proceso administrativo electoral
- Por último, los actos de inscripción de candidaturas que no reúnen los requisitos de ley, los cómputos o escrutinios irregulares, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios no se demandan individualmente, sino junto con el acto que declara la elección, ya que hacen parte del proceso administrativo electoral (actos preparatorios), que normalmente termina con la designación del elegido⁹⁸³, tal como se explica en el siguiente numeral. En estos casos el demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección (Inciso 3º del artículo 139 del CPA).

7. Al demandar una elección, se debe demandar precisamente el acto a través del cual se declara, es decir, se debe individualizar de manera precisa, tal como lo contempla el artículo 229 del CCA El Consejo de Estado ha dicho: “Es, pues el acto final y no uno previo o intermedio el que debe impugnarse y de ahí que no pueda impetrarse la nulidad de tales actos administrativos electorales (los de inscripción de candidaturas presidenciales), en forma autónoma, sino

⁹⁸² “[...] si producida una vacancia temporal o absoluta de un miembro de corporación pública, uno de los integrantes de la correspondiente lista no elegido ingresa a esa corporación en reemplazo de aquel, es a partir de la posesión que se puede entrar a examinar si se encuentra incurso en las inhabilidades e incompatibilidades establecidas para la correspondiente corporación”. Sentencia 1891 de noviembre 24 de 1999, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta.

⁹⁸³ “En la formación del proceso eleccionario participan distintos sujetos que intervienen directa o indirectamente en la elaboración y perfeccionamiento de los pliegos, registros, actas; los sufragantes, los registradores del estado civil, etc. etc. Todos ellos aportan su contingente para la culminación de ese acto jurídico complejo, y cada actuación puede contribuir a la verdad o a la falsedad de los registros de las actas electorales; comenzando por el sufragante, mediante la emisión de sus votos; los registradores en virtud de la preparación y de la entrega de aquellos elementos de control necesarios para la pureza del sufragio y que permitan el desarrollo normal de los comicios, como las listas electorales, los formularios para las actas de escrutinio, etc.; los escrutadores con la contabilización escrita de los votos y la consignación de los verdaderos datos en los pliegos electorales, o con la sustracción o destrucción de papeletas, o el registro inexacto de ellas en las actas, o la inoportuna entrega de los pliegos electorales a los claveros etc.” (Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia de abril 20 de 1983).

impugnando directamente la nulidad de la declaratoria de elección, aunque los vicios de nulidad se prediquen de tales actos previos o de trámite[...]”⁹⁸⁴— lo que está entre paréntesis está fuera de texto-. Sobre este asunto, es pertinente hacer unos comentarios:

- Para individualizar el acto a través del cual se declara una elección, hay que buscar en la documentación electoral, así: en el acta de escrutinio en la cual concluyó la elección electoral y en el acta final donde se resuelve la elección. Normalmente tal acto final se encuentra en el acta de escrutinio, por lo tanto se debe argumentar en la demanda: “demando el acto final donde se eligió a tal persona contenido en el acta de escrutinio respectiva”.
- Cuando se trata de elecciones de corporaciones públicas, el acta a través de la cual se declara la elección, la cual se expide durante la reunión respectiva, es la que se demanda.

8. Existen acciones complementarias a la acción electoral, veamos:

- **La acción de pérdida de investidura**, si se trata de un problema de incompatibilidades o inhabilidades para aspirar a una curul en las Corporaciones públicas (Concejo Municipal, Asamblea Departamental, Congreso de la República y Juntas Administradoras Locales). A diferencia de la acción electoral, este proceso es eminentemente sancionador de tipo político-disciplinario⁹⁸⁵. Es importante acotar que la corte Constitucional señaló que la autonomía e independencia de las acciones electorales y de pérdida de investidura de los congresistas hace que los fallos proferidos, con independencia de su resultado, tengan efectos propios, a pesar de que dichas acciones puedan fundarse en la misma causal de inhabilidad.⁹⁸⁶ Un ejemplo de un evento que puede generar pérdida de investidura es la configuración del conflicto de interés moral donde se debe verificar la obtención por parte del congresista de un beneficio personal, directo, actual y real; el perjuicio al interés general y que la conducta no esté protegida por la disciplina del partido.⁹⁸⁷
- **La acción de tutela electoral** como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, mientras se demanda o mientras se falla en la jurisdicción contencioso administrativa. El artículo 40 de la Constitución

⁹⁸⁴ 1. Consejo de Estado, Sala Contenciosa Electoral, Auto de mayo 21 de 1986.

⁹⁸⁵ 2. SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, p 795.

⁹⁸⁶ Corte Constitucional, Sentencia SU-400 de mayo 31 de 2012, Magistrado Ponente: Adriana Guillén Arango.

⁹⁸⁷ Consejo de Estado, Sala Plena, 11001031500020100132900 de mayo 29 de 2012, Consejero Ponente: Danilo Rojas.

Política establece el “derecho a ser elegido”, es este el derecho fundamental que se esgrime como violado al momento de ejercerse la acción de tutela. La acción de tutela también procede cuando se incurre en vías de hecho en sentencias electorales (se pasan por alto pruebas contundentes o fundamentos de derecho o se aplican normas derogadas, omisión que de no haberse concretado, la decisión se hubiera adoptado en otro sentido e incluso por vicios protuberantes de procedimiento, como la incompetencia). También es procedente la acción de tutela en el caso de violación del debido proceso electoral.

Es recomendable ejercer las dos acciones al tiempo (Con excepción de la acción de tutela por las sentencias electorales que incurren en vías de hecho, en cuyo caso lo que se discute es la correcta administración de justicia y no el sistema electoral); la electoral y la de tutela, ya que la de tutela va caminando de inmediato (es prevalente) al paso que la acción electoral puede verse afectada por múltiples factores, como por ejemplo: la vacancia judicial, sin embargo, ya no se somete al orden de entrada de los procesos judiciales⁹⁸⁸.

Además, a un Juez de Tutela se le pueden pedir toda clase de medidas cautelares (en materia contencioso administrativa cuando se atacan decisiones de la administración pública solo existe la suspensión provisional del acto administrativo)⁹⁸⁹, por lo tanto no existe restricción legal en esta materia, aunado a lo anterior, el fallo de tutela puede adoptar todas las decisiones que encuentre prudentes para proteger el derecho fundamental, por ejemplo: ordenar a la administración pública ejecutar obligaciones de hacer o imponer plazos para la realización de actividades.

9. La Jurisdicción Contencioso Administrativa obedece a una justicia rogada, por lo tanto, la capacidad de decisión del Juez está delimitada a lo que pida el demandante. Aún más debemos precisar que la única vía para demandar actos administrativos de nombramiento o elección es la acción electoral, por tanto, la utilización de otras acciones como las de reparación directa, contractuales, de nulidad y restablecimiento del derecho (salvo si se trata del interesado) o

⁹⁸⁸ Es importante advertir que la Constitución Política en el parágrafo del artículo 264, consagra lo siguiente: “La Jurisdicción Contencioso Administrativa decidirá la acción de nulidad electoral en el término máximo de un año. En los casos de única instancia, según la ley, el término para decidir no podrá exceder de 6 meses”. Ante esta máxima constitucional no cabe más que concluir lo siguiente: luego de la acción de tutela, la acción de cumplimiento y la acción popular preventiva, la acción electoral adquiere prevalencia sobre las demás acciones y su trámite se vuelve preferente, por tanto, ya no se somete al orden de entrada de los procesos ordinarios.

⁹⁸⁹ Aunque es pertinente advertir que también se pueden esgrimir medidas cautelares en el proceso ejecutivo que se rige por el procedimiento civil o en acciones contractuales donde se pretende, por ejemplo, la restitución de inmueble arrendado.

de simple nulidad, están proscritas por seguridad jurídica y estabilidad de las instituciones públicas. Así lo explica el Consejo de Estado de la siguiente manera:

“En efecto, el Código Contencioso Administrativo tiene prevista en los artículos 227 y 228 la acción de nulidad de carácter electoral para controvertir la legalidad de los actos administrativos mediante los cuales se declara una elección o se haga un nombramiento. De manera que existiendo esa acción especial, no puede el demandante escoger libremente una distinta de las que igualmente consagra el CCA para la impugnación de actos administrativos – la de nulidad (artículo 84) y restablecimiento del derecho (artículo 85)-.

Ahora, si bien la pretensión que el demandante dice formular a título de reparación directa para que se condene a la Registraduría Nacional del Estado Civil a pagarle los perjuicios que se causaron al no haber declarado su elección como Concejal del Municipio de Calarcá, no es propia de la acción de nulidad electoral, tampoco puede dar lugar al ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues para el momento en que se expidió el acto que declara la elección de concejales aquel no ostentaba la calidad de concejal. Es decir que como consecuencia de la expedición del acto demandado el Señor Patiño Hoyos no fue despojado de un derecho que se le hubiese reconocido con antelación”.⁹⁹⁰

D. Causales de nulidad de los actos sujetos a la acción electoral (arts.223, 227, 228 y 84 del CCA Y arts. 137 y 275 del CPA).

Fue jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado que la acción electoral solo procedía por las causales contempladas en el artículo 223 del CCA, cuyo equivalente en el nuevo CPA es el art. 275, por razones de política legislativa y conveniencia pública, ya que al necesitarse decisiones prontas de la justicia (la normativa electoral es de orden público), es prudente que se cierren todas las posibilidades de controversia del sistema electoral, porque las causales de nulidad serían las que expresa y taxativamente se consagren en la ley no susceptibles de aplicación analógica, en caso contrario, se produciría zozobra social en materia electoral. Siguiendo esta línea jurisprudencial, el artículo 17 de la Ley 62 de 1988, al modificar el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, suprimió entre sus causales de nulidad las de las reclamaciones en los procedimientos electorales administrativos (son eventualidades expresamente consagradas en el artículo

⁹⁹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Darío Quiñónez Pinilla, Bogotá D.C., 17 de febrero de 2005, Radicación Número: 630012331000200400616-01. Radicación Interna: 3740. Actor: Néstor Patiño Hoyos.

192 del Código Electoral, que generan impugnaciones en vía gubernativa), por considerar que los eventos previstos en estas deben ser corregidos en la etapa de escrutinio⁹⁹¹ y no alargar los procesos electorales desconociendo los principios de brevedad y celeridad que los rigen⁹⁹².

Sin embargo esta línea jurisprudencial fue modificada recientemente por el Consejo de Estado, en el sentido de que se amplió totalmente el compás de las causales que originan la acción electoral, argumentándose que tal acción no solo procede por las causales contempladas en el artículo 223 del CCA, que bajo la égida del nuevo Código de Procedimiento Administrativo corresponde al artículo 275, sino por las causales genéricas contempladas en el artículo 84 del CCA, cuyo equivalente en el nuevo CPA es el artículo 137⁹⁹³ (Ver: jurisprudencia del Consejo de Estado, Exp 2234, Sección 5ta, julio 1ro de 1999, Magistrado Ponente: Mario Alano Méndez), lo que en la práctica deja sin efecto la derogación de que se habló líneas atrás y, por ende, las reclamaciones electorales se tornarían en causales para anular actos de elección, toda vez que las mismas pueden encuadrarse perfectamente en las causales contempladas en el artículo 84 del CCA y el artículo 137 del CPA⁹⁹⁴

En materia de elecciones populares y no populares y de nombramientos se dan dos tipos de demandas teniendo en cuenta la causal o causales que se esgriman como susceptibles de anular el acto de elección o de nombramiento, veamos:

a. Demanda para invalidar votos: En este caso, que se da para las elecciones populares, se ataca el resultado de las elecciones por mesas, es decir, se impugna la totalidad de los votos, mesa por mesa. Es en este evento en que se esgrimen las

⁹⁹¹ Los escrutinios los realizan las comisiones escrutadoras, a las cuales hicimos referencia líneas atrás y los delegados del Consejo Nacional Electoral, los cuales son dos ciudadanos de filiación política distinta, designados por el Consejo mismo, a razón de dos por cada Departamento, quienes practican los escrutinios de los votos para representantes, gobernadores, alcalde mayor de Bogotá y diputados, declaran la elección y expiden las respectivas credenciales; así mismo computan los votos para Presidente y Vicepresidente de la República y senadores.

⁹⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de diciembre de 1988.

⁹⁹³ “Finalmente, se advierte que lo ha expresado esta Sala en anteriores oportunidades, “los actos de elección y nombramiento se pueden declarar nulos por las causales de violación de norma superior, de incompetencia de la autoridad que profiera el acto, de expedición irregular y desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, de falsa motivación y por desviación de poder. Esto quiere decir que, además de las causales generales anteriores, los actos que declaran una elección de carácter popular, como ya se anotó, se pueden anular por las causales de los artículos 223, 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo. Y los de nombramiento y de elección expedidos por corporaciones públicas también pueden ser demandados adicionalmente por las causales establecidas en el artículo 228 del Código Contencioso Administrativo”. En tal virtud, la violación de normas constitucionales o legales, como las descritas en precedencia, pueden originar la nulidad de las actas de escrutinio, que contienen registros irregulares”. (Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de agosto 16 de 2002, expediente 2933, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla).

⁹⁹⁴ Ver por ejemplo, Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, de octubre 11 de 2002. Expediente 2888. Consejero Ponente: Dr. Darío Quiñones Pinilla. Revista Jurisprudencia y Doctrina de *Legis*, de enero de 2003, páginas 81 a 86.

causales de nulidad contempladas en los artículos 223 del CCA y 275 del CPA, con excepción de las causales 5ta contempladas en dichos artículos, las cuales no se refiere a irregularidades en los votos.

Principio de la eficacia del voto: Las irregularidades en los votos deben tener la entidad suficiente de alterar los resultados de la votación, en caso contrario no es posible declarar la nulidad de la elección, por lo tanto si se vulnera la eficacia del voto, es aquí donde se puede solicitar la nulidad del acto de elección (que normalmente está en el acta de escrutinio). Este principio fue consagrado en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, así: “Artículo 287. Presupuestos de la sentencia anulatoria del acto de elección popular. Para garantizar el respeto de la voluntad legítima mayoritaria de los electores habrá lugar a declarar la nulidad de la elección por voto popular, cuando el juez establezca que las irregularidades en la votación o en los escrutinios son de tal incidencia que de practicarse nuevos escrutinios serían otros los elegidos”.

Causales de nulidad:

1. Se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los nominadores, los electores o las autoridades electorales: La anterior causal contemplada en el antiguo CCA solo se refería a la violencia contra escrutadores, sin embargo, el Consejo de Estado señalaba que esta causal se debía ampliar a los electores y otras autoridades, es decir, si la violencia⁹⁹⁵ se imprime contra los electores u otras autoridades y tiene la entidad suficiente de alterar el resultado de la elección, en virtud del principio de la eficacia del voto, vicia de nulidad el acto de elección. Veamos:

“¿En caso de demostrarse la violencia sobre electores no procede la nulidad del acta de escrutinio que registra los votos coaccionados? La respuesta a ese cuestionamiento es negativa, puesto que si bien es cierto el numeral 1º del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo solo se refiere a la violencia que se ejerce sobre los escrutadores, no lo es menos que existen otras disposiciones que permiten inferir que los votos depositados por personas sometidas a la coacción física o psicológica son nulos, y, por lo tanto, son nulas las actas de escrutinio que registran esa votación irregular.”⁹⁹⁶

⁹⁹⁵ El Consejo de Estado define violencia de la siguiente manera: “[...] ésta debe entenderse en un sentido general como coacción por medio de la fuerza física o psicológica que coloca en situación de inferioridad a la persona contra la cual se ejerce”. Sección Quinta, Sentencia de agosto 16 de 2002, expediente 2933, Consejero Ponente: Darío Quiñónez Pinilla

⁹⁹⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de agosto 16 de 2002, expediente 2933, Consejero Ponente: Darío Quiñónez Pinilla

Aunado a lo anterior y tal como se advirtió a propósito del principio de la eficacia del voto, el Consejo de Estado insiste en señalar que la no participación de ciudadanos legalmente habilitados en una contienda electoral por amenazas de grupos al margen de la ley que no fueron evitadas por el Estado, vulnerándose por ende los artículos 40, 258 y 260 de la carta, debe alterar el acto electoral en determinado sentido ⁹⁹⁷.

Ahora bien, el Consejo de Estado ha expresado que en este caso la violencia puede ser física o psicológica, veamos:

Así, la violencia a que alude esa disposición corresponde a los actos de coacción por medio de la fuerza física o psicológica que colocan en situación de inferioridad a una persona.

Como violencia física se califica toda conducta que directa o indirectamente esté dirigida a ocasionar un daño o sufrimiento físico sobre las personas, mientras que la violencia psicológica corresponde a aquellos actos que puedan ocasionar un daño emocional, que disminuyan la autoestima, que perturben el libre desarrollo de la personalidad, que puedan producir descrédito, deshonra o menosprecio del valor personal o de la dignidad. ⁹⁹⁸

Además del ámbito físico o psicológico que puede adquirir la violencia que se infrinja, esta no necesariamente se debe ejercer el día de la elección, basta que la misma tenga la entidad suficiente de alterar el resultado electoral, tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En efecto, actos de violencia como los denunciados no siempre se traducirán en maniobras ocurridas, exclusivamente, en la fecha de los comicios, pues la lógica indica que ellas pueden manifestarse desde épocas muy anteriores a ese día. Si la intención de quién ejerce la presión es la de obtener el favor popular a través de la intimidación, lógico es entender que esa finalidad y el medio escogido para ello exigen un tiempo considerable que supera el que comprende la jornada electoral propiamente dicha. En ese sentido, no es acertado plantear, como lo hizo el tribunal que, en casos como este, la prosperidad de la pretensión de nulidad está condicionada a que la violencia determinante del resultado electoral se haya

⁹⁹⁷ Consejo de Estado, Sentencia del 23 de agosto de 2004, expediente 3361, Sección quinta.

⁹⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección quinta, sentencia de 19 de enero de 2006, expediente 3875, Consejero Ponente: Dr. Darío Quiñones Pinilla. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2006, páginas 846 a 857.

manifestado en algún hecho ocurrido el día de los comicios, pues una exigencia en ese sentido desestima, sin razón jurídica que la sustente, la demostración de actos de violencia que, a pesar de haber ocurridos antes de esa fecha, lograron afectar de nulidad el resultado electoral.⁹⁹⁹

También es importante resaltar de la nueva codificación la tipificación de la violencia sobre los nominadores, lo que amplía el alcance de esta causal de nulidad a los actos administrativos de nombramiento.

2. Se hayan destruido los documentos, elementos o el material electoral, así como cuando se haya ejercido cualquier tipo de violencia o sabotaje contra estos o contra los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones: El anterior Código Contencioso Administrativo solo se refería a la destrucción o mezcla de las tarjetas electorales, lo cual constituía una disposición obsoleta frente a la parafernalia de los nuevos sistemas electorales, por ende, esta causal se nos antoja más acorde a los nuevos tiempos por su alcance frente a cualquier procedimiento eleccionario.

3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales: Siempre y cuando se altere el resultado de la elección, de conformidad al principio de la eficacia del voto¹⁰⁰⁰, como ya se advirtió y lo explica el Consejo de Estado: “En reiteradas oportunidades esta corporación ha dicho, en efecto, que la falsedad o apocrifidad de los registros electorales o de los elementos que sirvieron para su formación deben alterar el resultado electoral para constituir causal de nulidad del registro electoral, por ser ese resultado el bien protegido por la ley”.¹⁰⁰¹

Un ejemplo bastante dicente en armonía con lo señalado lo trae la misma jurisprudencia: “En el caso sub lite, el número total de votos obtenido por el señor Rafael Bolaños Guerrero, elegido como Gobernador del Departamento del Cesar

⁹⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección quinta, sentencia de 19 de enero de 2006, expediente 3875, Consejero Ponente: Dr. Darío Quiñones Pinilla. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de mayo de 2006, páginas 846 a 857.

¹⁰⁰⁰ Sobre el principio de la eficacia del voto, el Consejo de Estado señala lo siguiente: “[...]dada la jerarquía de los valores implicados no hay duda que en el juzgamiento contencioso electoral debe prevalecer el principio de la eficacia del voto para la interpretación del numeral 2º del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, que impone que solo cuando el número de votos inválidos registrados en una elección tenga el efecto de mutar el resultado electoral, se debe declarar la nulidad de la elección”. Sentencia del 15 de julio de 2002. Expediente acumulados 2456 y 2482. Magistrado Ponente: Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá.

¹⁰⁰¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de abril 10 de 1997, expediente 1655, Consejero Ponente: Amado Gutiérrez Velásquez”.

fue de 91.512 y el número de votos obtenidos por el candidato Alfonso Campo Soto, quien le sigue en orden descendente, fue de 85.007, siendo la diferencia entre ellos de 6505 votos. Así las cosas, los 1066 casos comprobados no mutan el resultado electoral y por lo tanto no procede el decreto de nulidad impetrado”¹⁰⁰².

En la jurisprudencia cuya cita se transcribió líneas atrás¹⁰⁰³, se precisó, además, que la ausencia de firma en un tarjetón por parte de un jurado de votación, no vicia de nulidad el mismo. Así mismo el Consejo de Estado ha precisado la diferencia entre lo falso y lo apócrifo de la siguiente forma: “Lo falso es delito, mientras que lo apócrifo no es punible. En la falsedad hay esencialmente la intención de engañar mientras que en lo apócrifo no la hay. Lo apócrifo es lo totalmente inexistente, fabulado, supuesto, lo que no es verdad, pero en donde tampoco hay intención de hacerlo aparecer como verídico, siendo que no lo es. En ese factor subjetivo, intencional, estriba la gran diferencia, que se comprende mejor en el caso de las firmas de los funcionarios”¹⁰⁰⁴.

Es por lo anterior que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo omitió referirse a la apocrifidad, tal como lo señalaba el antiguo CCA, así: falsedad o apocrifidad en los registros y demás elementos que hayan servido para su formación, exige la presencia del elemento subjetivo para la tipificación de esta causal.

Siguiendo con el análisis de esta causal, es menester manifestar que la nulidad parcial de un acta de escrutinio implica su prescindencia total cuando haya de practicarse nuevo escrutinio, tal como lo explica el profesor Mario Alario Méndez de la siguiente manera: “Desde luego que cuando el número de los votos que resulten de registros falsos determine la nulidad de la elección y haya de practicarse nuevo escrutinio, habrá de prescindirse del acta toda, aun cuando solo sea parcialmente nula, ante la imposibilidad de excluir solo los votos que correspondan a esos registros falsos, pues siendo que son secretos, conforme al artículo 258 de la Constitución, es imposible establecer su sentido”¹⁰⁰⁵.

Así mismo, cabe resaltar que el antiguo Código Contencioso Administrativo se refería expresamente a las alteraciones sustanciales en las actas después de firmadas. En este evento no se presenta una irregularidad en los votos propiamente dichos sino en las actas que dan fe de su depósito en las urnas. Bajo la égida del nuevo CPA, esta irregularidad debe entenderse inmersa en el numeral 3° del artículo 275 del CPA

¹⁰⁰² Sentencia del 15 de julio de 2002. Expediente acumulados 2456 y 2482. Magistrado Ponente: Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá.

¹⁰⁰³ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de abril 10 de 1997, Expediente 1655. Consejero Ponente: Amado Gutiérrez Velásquez.

¹⁰⁰⁴ Sentencia del 17 de mayo de 1990, publicada en Anales del Consejo de Estado, Tomo CXIX, página 1378

¹⁰⁰⁵ Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Riohacha, junio de 2003.

Finalmente, es importante señalar que si la comisión escrutadora al revisar las actas de escrutinio de los jurados de votación, evidencia que hay irregularidades en el escrutinio, debe proceder al recuento para depurar los resultados electorales, so pena de que el resultado no sea el reflejo exacto de la voluntad del electorado. En caso de que el recuento oficioso de la votación arroje nuevos resultados, esta situación per se no implica una falsedad de los registros resultantes del recuento, situación que le correspondería demostrarla al demandante. Las irregularidades que puede encontrar la comisión escrutadora en las actas de escrutinio que impliquen un recuento oficioso de la votación son: anomalías en los sobres, tachaduras o borrones (art. 163 del C.E.) e incluso, se debe tener en cuenta que la doble posibilidad de votación a través de voto preferente o marcación simple de lista, también puede generar error en la contabilización de los votos, pues al marcarse la lista se torna en inocua la marcación adicional que se haga a un candidato de la lista ¹⁰⁰⁶.

4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer: Actualmente está causal se circunscribe a la Violación del sistema de cifra repartidora, de conformidad a la reforma que hiciera el acto legislativo 01 de 2003. Para entender esta reforma se trae a colación ejemplo sobre el cálculo del umbral y la cifra repartidora por listas, extraído del manual de claveros y escrutinios preparado por la organización electoral y que resulta bastante pedagógico y práctico para entender el sistema de cifra repartidora y detectar las posibles irregularidades al aplicar el mismo. Puede encontrar esta información en el anexo 1.

5. Los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil: El antiguo CCA se refería a esta causal de nulidad por parentesco o ser cónyuge los jurados y miembros de comisiones escrutadoras con los candidatos, sin agregar nada más. Es evidente que la nueva codificación amplía el alcance de la causal. Por otro lado, en este evento si se ven afectados los votos a favor del candidato perjudicado con esta causal y, por ende, se puede ordenar un escrutinio parcial respecto a la mesa donde se presentó la irregularidad.

6. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción:

¹⁰⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Radicación 07001-23-31-000-2009-00034-01. Consejero ponente: Dr. Mauricio Torres Cuervo. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2010, páginas 1962 a 1968.

Jurisprudencialmente el trasteo de votos es una causal de nulidad, fenómeno conocido como la trashumancia, el cual, como se observa, es tipificado en la nueva codificación. Esta causal tiene raigambre en un imperativo constitucional consagrado en el artículo 316 de la Carta Magna, que establece: En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, solo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio.

En este caso hay que comprobar que en cada mesa votaron ciudadanos inscritos no residentes en el municipio respectivo, a través de las actas que llevan el registro de los ciudadanos y luego con constancias de la alcaldía. En estos eventos se anula la votación de todos los votos de la mesa, sin embargo, si son pocos los votos, no se anula la votación general, en caso contrario sí, sin embargo, de todos modos, el Juez administrativo debe anular o no la mesa de votación, es decir, no le es dable adoptar decisiones parciales.

Esta causal debe afectar el principio de la eficacia del voto, es decir, la diferencia entre el candidato vencedor y el vencido debe ser a tal punto, que tenga la entidad suficiente de alterar el sentido de la decisión, en caso contrario no procede la nulidad por esta causal.¹⁰⁰⁷

7. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política al momento de la elección: Esta causal es novedosa en comparación con el antiguo Código Contencioso Administrativo y obedece a la nueva normativa constitucional sobre la materia.

b. Demanda a uno de los candidatos o a una persona nombrada porque carece de calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad, o se encuentre incurso en inhabilidades: (art. 228 CCA y numeral 5° del art. 275 del CPA): Sobre este particular hay que tener en cuenta los siguientes apuntes:

- Se puede tratar de una elección popular o no popular o de un nombramiento.
- Puede girar en torno de un candidato uninominal o de un miembro de una lista, por ejemplo, un segundo renglón. En este último caso es necesario tener en cuenta que la acción electoral únicamente procede contra candidatos elegidos, por tal razón, si el 2do renglón no es elegido no se puede demandar la lista, aunque el 2do esté inhabilitado, si el 2do sube a reemplazar al primero (ya sea por orden descendente o en virtud del sistema de cifra repartidora), se demanda el acto administrativo de llamado

¹⁰⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sala de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Dra. María Noemí Hernández Pinzón, sentencia del 9 de septiembre de 2004, expediente 3448.

realizado por el presidente de la Corporación, empero, la caducidad empezará a correr a partir del día siguiente en que se dé la posesión del segundo de la lista para que asuma la curul o el cargo que se encuentra en vacancia. Es criticable esta posición del Consejo de Estado porque aquí se da es un llamamiento más no una elección y muchas irregularidades se pueden subsanar por el transcurso del tiempo.

- El régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas se aplica a los diputados siempre que se cumpla con dos requisitos que expone el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Será necesario, entonces, verificar la satisfacción de dos exigencias a fin de determinar la aplicación a los diputados de una determinada causal propia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas. De un lado, que el legislador no haya previsto para los diputados una causal igual o más estricta que la prevista por el constituyente para los congresistas. Y, de otro lado, que la causal propia de los congresistas –frente a la que se mide la severidad de la causal propia de los diputados- sea de aquellas que corresponda a los diputados.¹⁰⁰⁸

Del aparte jurisprudencial transcrito se infiere que algunas causales de los Congresistas son inaplicables total o parcialmente frente a los diputados, por las características de estos últimos cargos, tal como se evidencia en los siguientes ejemplos extraídos de la providencia cuyo aparte se transcribió líneas atrás, así: el término de vigencia de las incompatibilidades que genera el cargo de los diputados es menor que el de los congresistas (artículo 36 de la Ley 617 de 2000 frente al artículo 181 de la Constitución Política), las inhabilidades e incompatibilidades de los diputados solo rigen dentro del ámbito de la circunscripción departamental, a diferencia de los congresistas que están afectados a nivel nacional y los diputados si pueden desempeñar un cargo o empleo privado mientras ejercen su curul al paso que los congresistas no.

- Por otro lado, cabe anotar que la procedencia de la nulidad de una elección o nombramiento, abriría la posibilidad de pensar en una posible acción de reparación directa en contra de la persona natural que presentó su candidatura a sabiendas de su inhabilidad, inelegibilidad o incompatibilidad, generando un desgaste presupuestal y administrativo

¹⁰⁰⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 23 de febrero de 2007. Expedientes acumulados 3982, 3951, 3968 y otros. Consejero Ponente: Dr. Darío Quiñones Pinilla. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de junio de 2007, páginas 1006 a 1013.

con evidentes perjuicios materiales para la NACIÓN, quién sería la entidad legitimada para solicitar la reparación del daño.

- En relación con las incompatibilidades, cabe anotar que la causal que se estudia hace caso omiso a las mismas, en otras palabras, podría pensarse que las incompatibilidades solo officiarían para la acción de pérdida de investidura y no operarían para la acción electoral. Sin embargo, es necesario acotar que quien resulte elegido o vaya a ser nombrado en determinado cargo y se encuentre ostentando un cargo que lo torna en incompatible con el que busca asumir, en este evento, consideramos que la acción electoral es perfectamente viable, pues para el nuevo cargo la persona elegida o nombrada es inelegible.
- La inhabilidad consistente en haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas se refiere solo a aquellos trámites de los que puede aprovecharse el candidato para lograr una posición de privilegios y preeminencias ante sus electores.¹⁰⁰⁹
- El numeral 5° del artículo 33 de la Ley 617 del 2000 impide elegir como diputado a quien esté vinculado con otro candidato por matrimonio, unión permanente o parentesco en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil y se inscriba por el mismo partido que aquel y para elecciones que se realicen en igual departamento y fecha. Sin embargo, el Consejo de Estado aclara que la primera persona en inscribirse nunca estaría inhabilitada, pues al momento de hacerlo no se materializan los elementos de la causal, en tanto ningún familiar estaba inscrito aún.¹⁰¹⁰ Así mismo la máxima corporación de lo contencioso administrativo precisó que el vínculo de afinidad termina al cesar el matrimonio o la unión marital de hecho, en lo relativo a la inhabilidad para ser elegido. Entonces, la inhabilidad solo se configura, si el nexa que produjo el grado de afinidad está vigente en la época de la coexistencia de las inscripciones.¹⁰¹¹

II. Aspectos Procesales de la acción electoral

El proceso electoral tiene como principal características su celeridad, es decir, es más expedito que el ordinario, toda vez que está de por medio la estabilidad de las instituciones democráticas del Estado y, por ende, las decisiones que se emitan para finiquitarlo deben proferirse dentro de los términos previstos en la ley.

¹⁰⁰⁹ Ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 20100038 y 20100100 de febrero 23 de 2012, Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

¹⁰¹⁰ Ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencias 68001233100020110105701 (201101057) y 50001233100020110069101 de mayo 6 de 2013. Consejero Ponente: Alberto Yepes.

¹⁰¹¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia 08001233100020110141701 del 2 de mayo de 2013.

En comunión con lo expuesto, La constitución Política en el párrafo del artículo 264, consagra lo siguiente: “La Jurisdicción Contencioso Administrativa decidirá la acción de nulidad electoral en el término máximo de un año. En los casos de única instancia, según la ley, el término para decidir no podrá exceder de 6 meses”. Ante esta máxima de carácter constitucional, no cabe más que concluir lo siguiente: luego del habeas corpus, la acción de tutela, la acción de cumplimiento y la acción popular de carácter preventivo, la acción electoral adquiere prevalencia sobre las demás acciones y su trámite se vuelve preferente, por tanto, no se somete al orden de entrada de los procesos ordinarios.

Teniendo en cuenta la anterior perspectiva, pasamos a precisar algunos aspectos procesales puntuales de la acción electoral, así:

1. Contenido de la demanda: En las pretensiones de la demanda electoral se pide la anulación del acto administrativo de elección y como consecuencia la cancelación de la credencial (art. 228, CCA). Si el acto administrativo de elección fue objeto de recursos en vía gubernativa, se deben demandar también los actos administrativos que los resuelven y confirman la decisión inicial, así:

En efecto, individualizar el acto con toda precisión como dice el artículo, exige la inclusión de todos los producidos en la vía gubernativa, aunque sean confirmatorios del primero, porque estos son tan importantes para el acto principal, que son ellos finalmente los que permiten saber si antes de la decisión judicial, el acto principal se mantiene vigente o no. Anulado el acto principal, estos actos no quedan sin piso jurídico, porque al contrario, son ellos los que le dan firmeza jurídica al principal, pues mientras ellos no se dicten no se puede decir que el acto principal está en firme, a no ser el caso del silencio administrativo.¹⁰¹²

Petición previa y suspensión provisional: Ahora bien, la demanda en electoral puede contener petición previa y en ella o en capítulo separado, se puede solicitar la suspensión provisional del acto. Contra el auto que decide la suspensión provisional procede la reposición en los procesos de única instancia o la apelación en los de primera, dentro de los 2 días siguientes a la notificación de la providencia (inciso segundo del artículo 232 y último inciso del artículo 233 del CCA). Sobre la suspensión provisional del acto acusado se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección (último inciso del artículo 277 del CPA). Sobre este último tópico cabe anotar que el nuevo

¹⁰¹² Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia E-136 de enero 27 de 1989, Consejero Ponente: Amado Gutiérrez Velásquez. Extracto publicado en Código Contencioso Administrativo, Hojas Sustituibles de *Legis*, página 409.

Código de lo Contencioso Administrativo no precisa el término para interponer los recursos contra el auto que decide sobre la suspensión provisional, por tanto, frente a esta omisión se debe recurrir al término de ejecutoria contemplado en el proceso ordinario.

Por otro lado, la demanda va dirigida contra la *Nación (Organización Electoral, Consejo Nacional Electoral)*, toda vez que es ella quién profiere el acto administrativo acusado, siempre y cuando se trate de elecciones populares, o contra la entidad pública que profiera el acto administrativo de elección o nombramiento. Quién resulta elegido o nombrado oficia como tercero interesado. La única excepción donde los elegidos son considerados directamente como demandados, es la contemplada en el quinto inciso del artículo 233 del CCA, esto es, los ciudadanos declarados elegidos cuya elección es acusada en un proceso judicial donde se busca la declaratoria de nulidad y como consecuencia, la realización de un nuevo escrutinio. En este último caso, los elegidos junto con la entidad anotada forman un litisconsorcio necesario por pasiva.

Ahora bien, la posición expuesta en el párrafo anterior no es acogida por el Consejo de Estado, pues considera que el artículo 83 del CPC no se puede aplicar en el contencioso electoral, así:

Así las cosas, en cuanto al proceso electoral se refiere, no es posible aplicar el artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, para inferir que al mismo debe vincularse a la persona jurídica o entidad pública que dictó el acto administrativo, ya que si bien en la expedición del Decreto 3359 del 7 de septiembre de 2009 – acto acusado-, intervino tanto el señor Presidente de la República como el Ministro de Relaciones Exteriores, frente a ello no existe el deber legal de vincularlos procesalmente a la acción, dado que el legislador extraordinario previó, a través de un procedimiento de naturaleza especial, que las personas legitimadas para integrar el extremo pasivo de la relación jurídico-procesal, fueran los elegidos o nombrados, como así lo preceptúa el artículo 233 del Código Contencioso Administrativo (sub. D.E. 2304/19, art. 60) [...] ¹⁰¹³

La anterior posición es criticable dado que el artículo 233 del CCA en ninguna parte dice que los nombrados o elegidos offician como parte demandada en estos asuntos, a excepción de lo expuesto sobre los ciudadanos declarados elegidos cuya elección es acusada en un proceso judicial donde se busca la declaratoria

¹⁰¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 3 de junio de 2010. Radicación 1001-03-28-000-2009-00043-00. Consejera Ponente: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2010, páginas 1420 a 1434.

de nulidad y como consecuencia, la realización de un nuevo escrutinio. Como corolario, pensar que en estos casos los elegidos o nombrados no ofician como terceros interesados y que no hay necesidad de demandar a la entidad pública que expidió el acto o de vincularla al proceso como tal en ejercicio del artículo 83 del CPC, es un criterio que no tiene ningún sustento normativo. Por otro lado, la necesidad de demandar o vincular a la entidad demandada en estos procesos si tiene una lógica procesal clara en virtud del principio de responsabilidad, pues las personas públicas deben asumir las consecuencias de sus decisiones y una de ellas es precisamente el ejercicio de la acción electoral buscando enervar la presunción de legalidad de la decisión de elección o nombramiento emitida, frente a la cual están llamadas a defender dicha presunción (Numeral 7° del artículo 3° del CPA).

2. Conformación de la litis: La acción electoral se tramita, como ya se vio, a través de un procedimiento especial que tiene como característica, que es expedito, es decir, breve, porque está en juego el sistema electoral y la función pública, veamos:

a. Inadmisión, rechazo y remisión por falta de competencia o jurisdicción: Recibida la demanda deberá ser repartida el mismo día o a más tardar el siguiente hábil. Ahora bien, el inciso primero del artículo 276 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, no contempla variación en este aspecto, pues señala que recibida la demanda, deberá ser repartida a más tardar el día siguiente hábil. Agrega el inciso anotado que sobre la admisión de la demanda, se debe decidir dentro de los tres (3) días siguientes a su reparto.

La demanda electoral se puede inadmitir, rechazar o remitir en los términos del artículo 143 del CCA o de los artículos 168, 169 y 170 del CPA. Contra el auto admisorio o el que admite la reforma de la demanda no procede ningún recurso (Inciso segundo del artículo 276 del CPA), contra el rechazo proceden los recursos de súplica (juez colegiado), reposición (juez individual) o apelación, dependiendo si el proceso es de única o doble instancia y se deben interponer debidamente sustentados dentro de los dos días siguientes a la notificación, los cuales se resolverán de plano (último inciso del artículo 276 del CPA).

El auto admisorio de la demanda se ejecutará al día siguiente de su notificación al demandante, pues queda en firme al día siguiente al de la notificación por estado al accionante (Inciso segundo del artículo 276 del CPA). Contra el auto inadmisorio de la demanda no procede ningún recurso por no contemplarlo de manera expresa el artículo 232 del CCA, modificado por el artículo 102 de la Ley 1395 de 2010. La imposibilidad de interponer recursos contra el auto inadmisorio de la demanda, se mantiene incólume en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo (Inciso 3° del artículo 276 del CPA). El auto inadmisorio concede al demandante tres (3)

días para que se subsanen los defectos formales de que adolece la demanda. En Caso de no hacerlo se rechazará (Inciso tercero del artículo 276 del CPA).

b. La fijación en lista del auto admisorio de la demanda es de 3 días (numeral 4to del art. 233, CCA). Ahora bien, el nuevo Código Contencioso Administrativo no se refiere a un término de fijación en lista sino a un término de contestación de la demanda, el cual es de 15 días contados a partir del día siguiente de la notificación personal del auto admisorio de la demanda al demandado o al día de la publicación del aviso, según el caso (Artículo 279 del CPA).

c. Corrección de la demanda: De conformidad al artículo 230 del Código Contencioso Administrativo, la demanda electoral puede ser corregida antes de que quede en firme el auto que la admita. Por tanto, en este tipo de procedimiento no se admiten correcciones de la demanda durante el término de fijación en lista, como ocurre en el procedimiento ordinario. Por otro lado, la demanda solo puede ser corregida por una sola vez, tal como lo precisó el Consejo de Estado en los siguientes términos: “Ha de entenderse, en consecuencia, que la corrección de la demanda clausura definitivamente otra ulterior, habida circunstancia de que el proceso se cumple por etapas, cada una de las cuales va cerrando la anterior, con el singular efecto de que las oportunidades y ocasiones procesales se van aprovechando consumativamente, o sea, que el ejercicio de cualquier facultad procesal comporta la necesidad de ser ejercitada integralmente impidiéndose su repetición. Es esa la razón de ser de la prohibición de que la demanda pueda ser corregida en más de una oportunidad, que se olvidó señalar en la norma especial del artículo 230 del Código Contencioso Administrativo, pero que en todo caso de manera general se indica en el artículo 208 de la misma obra”¹⁰¹⁴.

Haciendo eco al aparte jurisprudencial transcrito, el nuevo Código Contencioso Administrativo consagra de manera expresa que solo se puede corregir la demanda electoral por una sola vez, así:

Artículo 278. Reforma de la demanda. La demanda podrá reformarse por una sola vez dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda al demandante y se resolverá dentro de los tres (3) días siguientes. Podrán adicionarse cargos contra el acto cuya nulidad se pretende siempre que no haya operado la caducidad, en caso contrario se rechazará la reforma en relación con estos cargos. Contra el auto que resuelva sobre la admisión de la reforma de la demanda no procederá recurso.

Se reitera, la demanda electoral se puede corregir por una vez, por tal razón es recomendable hacer una demanda que reúna los requisitos mínimos para evitar su

¹⁰¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de agosto 1º del 86, Código Contencioso Administrativo, Hojas Sustituibles, *Legis*, página 412.

rechazo¹⁰¹⁵ y antes de que quede en firme el auto que la admita o que se cumpla el término de tres (3) días de que habla el nuevo Código, se podrá complementar, empero, en todo caso si se adicionan vicios invalidantes contra el acto electoral, deberá hacerse dentro del término de caducidad, en caso contrario dicha reforma en relación con los nuevos vicios invalidantes será rechazada mediante auto contra el cual no procede recurso alguno (art. 278 del CPA). Sobre la corrección se resolverá dentro de los dos días siguientes a la presentación de la misma según el antiguo código (art. 230, CCA primer inciso)¹⁰¹⁶ o dentro de los tres días siguientes a la finalización del término para corregir o reformar la demanda a la luz del nuevo código (art. 278 del CPA). Es también prudente manifestar que en materia electoral, como ya se advirtió, procede la suspensión provisional, sin embargo, esta medida no se puede plantear a través de una corrección de la demanda luego de admitida la misma, porque pierde su naturaleza de medida cautelar (inciso 2do del artículo 230 del CCA).

d. Oportunidades para pedir y aportar pruebas: El término de fijación en lista es el oportuno para contestar la demanda, proponer excepciones y aportar pruebas por parte del demandado o de los terceros intervinientes. El demandante puede aportar y solicitar pruebas en el libelo demandatorio y en su corrección, si la hubiere, la cual solo se puede realizar por una sola vez como se advirtió en el numeral anterior.

El Consejo de Estado aclara esta situación: “De lo expuesto resulta que el demandante dispone realmente de dos oportunidades para aportar pruebas y para pedir la práctica de las mismas, así: al presentar la demanda y con el escrito de aclaración o corrección de la misma. El demandado, en cambio, únicamente podrá solicitar pruebas al contestar la demanda dentro del término de fijación en lista. Y si bien es cierto que los terceros intervinientes para prohiar u oponerse a las pretensiones de la demanda pueden ser admitidos hasta cuando quede ejecutoriado el auto que ordene el traslado a las partes para alegar, para aportar y pedir pruebas están igualmente limitados al término de fijación en lista, pues de lo contrario se haría imposible el cumplimiento de los términos perentorios que garantizan la celeridad del proceso electoral, inspirado en la necesidad de asegurar la certeza del resultado de las elecciones y nombramientos, como base para el funcionamiento del sistema democrático de gobierno.”¹⁰¹⁷ .

¹⁰¹⁵ En materia electoral se aplican las figuras jurídicas de inadmisión y rechazo de la demanda en los términos del artículo 143 del CCA

¹⁰¹⁶ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Electoral, Auto de agosto 1ro de 1986, *Legis*, hojas sustituibles, página 408.

¹⁰¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de marzo 5 de 1992, *Legis*, página 410.

Las irregularidades en el proceso electoral solo se pueden acreditar a través de los papeles electorales y no a través de pruebas supletivas como las inspecciones judiciales, tal como lo precisa el Consejo de Estado en los siguientes términos:

De manera que los posibles errores denunciados en este juicio, pueden obedecer a que el candidato no formuló reclamo ante la organización electoral que produce los documentos oficiales habilitados por el Código Electoral como prueba de lo ocurrido durante los comicios. Cualquiera otra prueba con esa finalidad, como la del juez que realiza otro recuento de votos, es ineficaz; el objeto de prueba descansa en hechos que han debido ser demostrados con los documentos electorales producidos en el decurso de la reclamación por vía administrativa. El acta de inspección judicial adelantada por la Fiscalía Once Delegada, carece de valor probatorio, no obstante haberla levantado un funcionario público, no es documento electoral y por lo tanto la información que de ella se desprende no puede ser tenida en cuenta en este proceso, pues proviene de un funcionario incompetente para ejercer la función de escrutador electoral. Por tanto la demanda de nulidad no prospera [...].¹⁰¹⁸

e. Hay que tener en cuenta que la demanda va dirigida, en el caso de elecciones colectivas a corporaciones públicas, a anular la declaratoria de elección de todos los candidatos que resultaron elegidos en la elección (todos los concejales o todos los diputados), esto en el caso de que por virtud de la declaratoria de nulidad hubiera de practicarse nuevo escrutinio. No es dable, entonces, individualizar al concejal o al diputado elegido irregularmente empero, la sentencia afecta a ese concejal. Esta situación jurídico-procesal se da porque es una Corporación Pública y el nuevo escrutinio afecta a todos los candidatos.

f. La notificación del auto admisorio (art. 277 del CPA): La notificación personal al elegido o nombrado para un cargo unipersonal o cuando se demanda la nulidad del acto por las causales 5 y 8 del artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo, se surtirá en la dirección suministrada por el demandante, mediante entrega de copia de la providencia que haga el citador a quien deba ser notificado, previa identificación de este mediante documento idóneo, y suscripción del acta respectiva en la que se anotará la fecha en que se practica la notificación, el nombre del notificado y la providencia a notificar.

¹⁰¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta. Consejero Ponente: Roberto Medina López. Sentencia del 14 de diciembre de 2001. Radicación número; 27001-23-31-000-2000-0895-01 (2756). Actor: Eduardo Moreno Martínez. Demandado: Diputados del Departamento del Chocó.

Si no se puede hacer la notificación personal de la providencia dentro de los dos (2) días siguientes a su expedición en la dirección informada por el demandante o este manifiesta que la ignora, se notificará al elegido o nombrado, sin necesidad de orden especial, mediante aviso que se publicará por una vez en dos (2) periódicos de amplia circulación en el territorio de la respectiva circunscripción electoral.

El aviso deberá señalar su fecha y la de la providencia que se notifica, el nombre del demandante y del demandado, y la naturaleza del proceso, advirtiendo que la notificación se considerará surtida en el término de cinco (5) días contados a partir del día siguiente al de su publicación.

Igualmente, en el aviso de publicación se informará a la comunidad de la existencia del proceso, para que cualquier ciudadano con interés, dentro del mismo término anotado en el párrafo anterior, intervenga impugnando o coadyuvando la demanda, o defendiendo el acto demandado.

La copia de la página del periódico en donde aparezca el aviso se agregará al expediente. Igualmente, copia del aviso se remitirá, por correo certificado, a la dirección indicada en la demanda como sitio de notificación del demandado y a la que figure en el directorio telefónico del lugar, de lo que se dejará constancia en el expediente.

Es de aclarar que bajo la normativa del antiguo CCA, se notifica personalmente al elegido o nombrado, con sujeción a las siguientes reglas: Se hace a través de edicto (que dura fijado 5 días en la secretaria) y por medio de una publicación, si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, que se efectúa una sola vez en dos (2) periódicos de amplia circulación en la respectiva circunscripción electoral (5to inciso del Art, 233 CCA). Si el demandante no comprueba la publicación dentro de los 20 días siguientes a la notificación al Ministerio Público, se declarará el abandono del proceso y se archivara el expediente. Por otro lado, es pertinente señalar que el nuevo Código Contencioso Administrativo continúa regulando la figura del abandono, empero, la extiende a todas las notificaciones por aviso. (Literal g del artículo 277 del CPA).

Bajo la égida de la antigua codificación, solo se dará el caso de la notificación personal aplicando el 315 del CPC, cuando se trate del Ministerio Público y de nombrado o elegido por junta, consejo o entidad colegiada, tal como lo establece el numeral 3º del artículo 233 del CCA Aunque el legislador en esta disposición fue anti técnico al hablar de nombramientos por cuerpos colegiados, quienes en realidad eligen no nombran, la Corte Constitucional la declaró exequible en providencia cuya *ratio decidendi* se transcribe: “Las citadas normas solucionan la dificultad procesal que se presenta cuando la notificación personal resulta

demasiado engorrosa y dispendiosa, en razón del considerable número de destinatarios de la acción electoral, cuya localización no es fácil, o muchas veces resulta imposible por hechos o actos imputables a aquellos”.¹⁰¹⁹

Aunado a lo anterior, en el proceso electoral está de por medio la institucionalidad y gobernabilidad del país, por tanto, no se puede ver paralizado o dilatado ante notificaciones personales que en un momento dado se podrían “empantanar” por múltiples razones. Recordemos que la intención del legislador es que los procesos electorales se tramiten de manera ágil y sin interrupciones injustificadas. En este caso prevalece el interés general de la estabilidad de la función pública y es carga de los interesados elegidos o nombrados, el estar pendientes si se presentan demandas electorales contra sus actos administrativos de nombramiento o elección. Esta filosofía compagina con el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, tal como se evidencia de la notificación personal a través de entrega de la demanda o de sus anexos o del aviso, tal como se vio líneas atrás.

No compartimos la tesis del Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa en el sentido de que la notificación por edicto solo se circunscribe a elecciones uninominales, toda vez que en ningún momento la antigua ley la restringe solo para este evento, al contrario, es la regla general y la personal la excepción, por tanto, frente a elecciones plurinominales y nombramientos también opera el mencionado mecanismo de publicitación¹⁰²⁰. Aunado a lo anterior, la nueva codificación contempla como regla general la notificación por entrega en la residencia del elegido o nombrado o en su defecto por aviso.

Cuando se demande la elección por voto popular a cargos de corporaciones públicas con fundamento en las causales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 275 del CPA relacionadas con irregularidades o vicios en la votación o en los escrutinios, se entenderán demandados todos los ciudadanos elegidos por los actos cuya nulidad se pretende y se les notificará la providencia por aviso en los términos explicados en este literal (Literal d del artículo 277 del CPA).

Los partidos o movimientos políticos y los grupos significativos de ciudadanos quedarán notificados mediante la publicación de los avisos a que se ha hecho referencia en este literal. (Literal e del artículo 277 del CPA).

¹⁰¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia de octubre 26 de 1995, C-481.

¹⁰²⁰ La tesis que se critica es del siguiente tenor: “[...] en tratándose de la notificación del auto admisorio a los demandados el artículo 233.1 CCA se aparta de la regla general del Código en el sentido de que ésta debe ser siempre personal y adopta de manera especial la notificación por edicto como norma propia para estos procesos, siempre y cuando no se trate de demandas relacionadas con elecciones o nombramientos a que se refiere el numeral 3, para los cuales sí procede la notificación personal, y los incisos 2º y 3º numeral 4º del mismo artículo, en donde opera un sistema mixto de edicto con publicación; se trata de una regla altamente excepcionada que en la práctica tan solo procede en tratándose de elecciones uninominales.” Tratado de Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Tomo III, Páginas 625 y 626.

Las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la Secretaría a disposición del notificado, y el traslado o los términos que conceda el auto notificado solo comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según el caso. (Literal f del artículo 277 del CPA).

Si el demandante no acredita las publicaciones en la prensa requeridas para surtir las notificaciones por aviso previstas en los párrafos anteriores, dentro de los veinte (20) días siguientes a la notificación al ministerio Público del auto que la ordena, se declarará terminado el proceso por abandono y se ordenará archivar el expediente. (Literal g del artículo 277 del CPA).

El auto admisorio de la demanda también debe ordenar que se notifique personalmente a la autoridad que expidió el acto y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en los términos previstos en el CPA (Numeral 2° del artículo 277 del CPA). Cuando se habla de interviniente obviamente estamos en presencia de actos administrativos complejos, porque más de una autoridad participa en la preparación de la decisión acusada. Así mismo, dicha providencia debe ordenar que se notifique personalmente al Ministerio Público, en los términos previstos en el CPA (Numeral 3° del artículo 277 del CPA) y que se lleve a cabo la notificación por estado al actor (Numeral 4° del artículo 277 del CPA).

También en el auto admisorio de la demanda se debe ordenar que se informe a la comunidad la existencia del proceso a través del sitio web de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o, en su defecto, a través de otros medios eficaces de comunicación, tales como radio o televisión institucional, teniendo en cuenta el alcance o ámbito de aplicación del acto de elección demandado. (Numeral 5° del artículo 277 del CPA).

Así mismo, en el auto admisorio de la demanda se debe disponer que, en tratándose de elección por voto popular, se informe al Presidente de la respectiva corporación pública, para que por su conducto se entere a los miembros de la corporación que han sido demandados. (Numeral 6° del artículo 277 del CPA).

3. Consecuencias de la sentencia de anulación: (art. 226, CCA y art. 288, CPA). Las sentencias que disponen la nulidad del acto de elección tendrán las siguientes consecuencias:

a. Cuando la demanda lo que busca es declarar inválidos votos (Causales de nulidad objetivas):

- Si se trata de una elección uninominal, se debe constatar cuantos votos sacó cada candidato. En este caso se ordena realizar nuevamente el escrutinio.

- Si se trata de una elección a corporaciones públicas, se ordenará realizar nuevamente el escrutinio.
- Si se trata de elección plurinominal, la sentencia se notifica a través de edicto y publicaciones.
- Si se declara la nulidad de un registro o de un acta, se deberá ordenar que se excluya del cómputo general los votos contenidos en tal registro o acta (Inciso 1ro del artículo 226 del CCA). Sin embargo si aparece que el acta o registro ha sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que la expide o cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema de cifra repartidora adoptado por la Constitución Política y las leyes de la República, el nuevo escrutinio se volverá a realizar sin excluir ningún voto¹⁰²¹.
- Cuando se declare la nulidad del acto de elección porque se haya ejercido cualquier tipo de violencia sobre los electores o las autoridades electorales, se ordenará repetir o realizar la elección en el puesto o puestos de votación afectados (Numeral 1º del artículo 288 del CPA). Si los actos de violencia afectaron el derecho de voto a más del veinticinco (25) por ciento de los ciudadanos inscritos en el censo de una circunscripción electoral, se ordenará repetir la elección en toda la circunscripción (Inciso 2º del numeral 1º del artículo 288 del CPA).
- Cuando se anule la elección, la sentencia dispondrá la cancelación de las credenciales correspondientes, declarará la elección de quienes finalmente resulten elegidos y les expedirá su credencial, si a ello hubiere lugar. De ser necesario el juez de conocimiento practicará nuevos escrutinios (Numeral 2º del artículo 288 del CPA).
- Cuando la nulidad del acto de elección sea declarada con fundamento en que los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges, compañeros permanentes o parientes de los candidatos hasta en tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, se anularán únicamente los votos del candidato o candidatos respecto de quienes se configure esta situación y no afectará a los demás candidatos. (Numeral 4º del artículo 288 del CPA).
- Si como consecuencia de lo resuelto debiere practicarse por el juez, tribunal o por el Consejo de Estado un nuevo escrutinio, se señalará en la misma sentencia día y hora para ello. Este señalamiento no podrá hacerse para antes del segundo día hábil siguiente al de la ejecutoria del fallo ni para después del quinto, contado en la misma forma. Estos términos podrán ampliarse prudencialmente cuando para la práctica de la diligencia fuere necesario allegar documentos que se encuentren en otras dependencias. En tal caso se dispondrá solicitarlos a la autoridad, funcionario, corporación en cuyo poder se encuentren, a fin de que los envíen a la mayor brevedad posible, bajo pena de multa de quince (15) a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigente por toda demora injustificada, sin perjuicio de que se envíen copias de las piezas pertinentes del expediente a las

¹⁰²¹ Sentencia C-142, de febrero 7 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre, *Legis*, página 404.

autoridades competentes con el fin de que se investiguen las posibles infracciones a la legislación penal, como prevaricato por desatender de manera dolosa orden judicial (Inciso segundo del numeral 4° del artículo 288 del CPA).

- Corresponderá al Consejo de Estado ejecutar las sentencias que ordenen la práctica de un nuevo escrutinio, cuando hubieren sido dictadas en procesos de que conoce esta entidad en única instancia. En los demás casos la ejecución corresponderá al juez o tribunal que hubiere dictado el fallo de primera instancia. Estas reglas se aplicarán igualmente cuando se trate de la rectificación total o parcial de un escrutinio (Inciso 3° del numeral 4° del artículo 288 del CPA).

- En los casos de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y de escrutinios, la autoridad judicial que haga el nuevo escrutinio expedirá el acto de elección y las respectivas credenciales a quienes resulten elegidos y, por el mismo hecho, quedarán sin valor ni efecto las expedidas a otras personas (Parágrafo del artículo 288 del CPA).

b. Cuando la demanda lo que busca es declarar nula la elección de un candidato inelegible, inhabilitado o incurso en incompatibilidad (Causales nulidad subjetivas):

- La consecuencia no es la realización de un nuevo escrutinio, lo que sucede es que el candidato se declara inelegible por carecer de calidades o requisitos para desempeñar el cargo, inhabilitado por estar incurso en alguna de las causales taxativamente consagradas en la ley o por estar presente en un evento de incompatibilidad contemplado en la ley y, como consecuencia, se ordena que se realicen nuevas elecciones. Esto en el caso de una elección uninominal ya que el candidato inelegible o inhábil representa al partido político más poderoso en la respectiva circunscripción electoral, por lo que se descarta, de suyo, el candidato que haya obtenido la segunda mayor votación

- Si el candidato que resulta inelegible obedece a una elección a una corporación pública, lo reemplaza quién sigue en el orden de la lista, ya que se da la vacancia definitiva del cargo como consecuencia de una decisión judicial. Esto es porque el partido político del candidato cuya elección fue declarada nula seguirá gobernando a través de quién sigue en el orden dentro de la respectiva lista como edil, concejal, diputado o congresista. Es pertinente anotar que en virtud del sistema de voto preferente, el cual es opcional, la lista que va a ser votada se ordena de acuerdo con el número de votos que obtenga cada miembro de la lista. El orden inicial de los candidatos de cada lista antes de las elecciones, es solo temporal, porque la asignación de curules se otorgará a quienes más votos obtengan dentro de la respectiva lista y, para el caso concreto, quién quede de segundo en la lista y no resultare elegido reemplazará al que resultó inelegible, inhábil o incurso en incompatibilidad. (Artículo 263A de la Constitución Política).

- Si se eligen candidatos que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad o si se trata de candidato que incurra en doble militancia política al momento de la elección, la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia (Numeral 3º del artículo 288 del CPA).

c. En una misma demanda electoral no pueden acumularse pretensiones de nulidad relativas a vicios en las calidades, requisitos e inhabilidades del elegido o nombrado, con las que se funden en irregularidades en el proceso de votación y en los escrutinios. La indebida acumulación de pretensiones es causal de inadmisión de la demanda para que el demandante, dentro del término legal, las separe en demandas diferentes y se proceda al reparto. (Artículo 236A del CCA, adicionado por el artículo 104 de la Ley 1395 de 2010). El nuevo Código Contencioso Administrativo consagra esta prohibición en el inciso primero del artículo 281, en los siguientes términos: “En una misma demanda no pueden acumularse causales nulidad relativas a vicios en las calidades, requisitos e inhabilidades del elegido o nombrado, con las que se funden en irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio”.

Así mismo, el inciso segundo del artículo 281 del CPA advierte que la indebida acumulación dará lugar a la inadmisión de la demanda para que se presente de manera separada, sin que se afecte la caducidad del medio control. Cabe destacar en este punto que la presentación de la demanda inicial interrumpe la caducidad para ambos libelos, lo que implica que una vez se haga el reparto por la oficina judicial y tales demandas lleguen a los Despachos correspondientes, estos no podrán rechazar dichas demandas por caducidad de la acción, lo que evidencia una protección del legislador al derecho fundamental de acceso a la administración de justicia.

4. Acumulación de procesos: Son procesos acumulables aquellos donde se impugne una misma elección o un mismo nombramiento, cuando la nulidad se impetire por irregularidades en la votación o en los escrutinios (Inciso primero del artículo 282 del CPA). También cuando los procesos se funden en falta de calidades, requisitos o inhabilidades referidas al mismo elegido o nombrado (Artículos 237, 238, 239, 240 y 241 del C.CA. e inciso segundo del artículo 282 del CPA). El trámite que se debe seguir es el siguiente:

a. En el Consejo de Estado y en los Tribunales Administrativos, vencido el término para la fijación en lista en el proceso que llegue primero a esta etapa, el Secretario informará al Magistrado Ponente el estado en que se encuentren los demás procesos posibles de acumulación, para que se proceda a ordenar su

acumulación. El nuevo Código Contencioso Administrativo reitera prácticamente esta regla, sin embargo ya no se refiere a la fijación en lista sino al término para contestar la demanda, lo cual es lógico dado que la nueva codificación no contempla la fijación en lista para los procesos contenciosos administrativos (Inciso tercero del artículo 282 del CPA). Como consecuencia, es importante anotar que el término para contestar la demanda puede ser independiente si se trata de varios demandados, en otras palabras, pueden correr varios plazos en momentos diferentes, por ende, hasta que no se agote el último plazo no se puede llevar a cabo el informe para ordenar la acumulación.

En los Juzgados administrativos y para efectos de la acumulación, proferido el auto admisorio de la demanda el Despacho ordenará remitir oficios a los demás Juzgados del Circuito Judicial comunicando el auto respectivo (Inciso cuarto del artículo 282 del CPA).

b. Los expedientes a acumularse deben pasar al Magistrado o Juez que tramite el proceso más antiguo, de conformidad al criterio expuesto en el literal anterior, es decir, al Magistrado o titular del primer proceso donde se venza la fijación en lista o el término para contestar la demanda único o el que se cumpla por último en caso de varios demandados, dependiendo si se aplica el antiguo código o el nuevo, con el objeto de que oficie como ponente o Juez unipersonal en lo relacionado con la decisión de acumulación.

b. Si se cumple con las causales de acumulación contempladas en el artículo 238 del CCA la sala, sección, o Juez la decretará, en caso contrario, no se decreta y se procede a la apertura del término probatorio.

c. Si se decreta la acumulación se sortea, mediante audiencia pública, el ponente o Juez que conocerá de los procesos acumulados. Esto es, se fija un aviso en la secretaría por un día con el objeto de convocar a las partes a una audiencia pública donde se sorteará y designará al ponente o al Juez que se encargará de darle trámite al proceso electoral contenido de la acumulación. Contra estas decisiones no procede recurso (Inciso 5° del artículo 282 del CPA).

d. Agrega el nuevo código que el señalamiento para la diligencia se hará para el día siguiente a la desfijación del aviso, similar a lo dispuesto en el antiguo CCA el cual prescribe que para la diligencia se señalará el día siguiente a la desfijación del aviso (Inciso 5° del artículo 282 del CPA). Esta diligencia se practicará en presencia de los jueces o de los magistrados del Tribunal Administrativo o de los magistrados de la sección quinta del Consejo de Estado, a quienes fueron repartidos los procesos y del secretario. Al acto podrán asistir el Ministerio Público, las partes y los demás interesados (Inciso 6° del artículo 282 del CPA).

e. La inasistencia de alguna o algunas de las personas que tienen derecho a hacerlo no invalidará la audiencia, siempre que se verifique la asistencia de la mayoría de los jueces o magistrados o, en su lugar, del Secretario correspondiente y dos testigos (Inciso 7° del artículo 282 del CPA).

5. Pruebas: El término para la práctica de pruebas se aplica de manera estricta en el antiguo CCA; es de 20 días contados desde el día siguiente que decreta su práctica, término que podrá prorrogarse por 15 días más en caso de necesitarse practicar pruebas fuera de la sede. Al momento de decidir el Juez también puede decretar pruebas por un término de 10 días para esclarecer puntos dudosos (art. 234, CCA). Su desconocimiento implica causal de mala conducta susceptible de provocar proceso disciplinario, por lo tanto, si la prueba llega con posterioridad, no se puede valorar, salvo que se trate de un despacho comisorio (art. 183 del CPC, modificado por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003).

Según la antigua codificación, el auto de pruebas se debe proferir al día siguiente al del vencimiento del término de fijación en lista (Artículo 235 del CCA). En este evento el auto de pruebas siempre será de ponente, en el caso de jueces colegiados, así se nieguen pruebas, porque solo es susceptible del recurso ordinario de súplica (art. 234, CCA).

Ahora bien, con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo el panorama se modifica sustancialmente, pues se adoptó un sistema mixto donde se destacan audiencias que desarrollan el ámbito oral del nuevo procedimiento. Es así como el inciso primero del artículo 283 del CPA consagra: “Al día siguiente del vencimiento del término para contestar la demanda, el Juez o Magistrado Ponente, mediante auto que no tendrá recurso, fijará fecha para la celebración de la audiencia inicial, la cual se llevará a cabo en un término no menor de cinco (5) días ni mayor de ocho (8) días a la fecha del auto que la fije. Dicha audiencia tiene por objeto proveer el saneamiento, fijar el litigio y decretar pruebas”. En este caso lo ideal es expedir un auto que no se limite simplemente a fijar la fecha de la audiencia; es necesario que en dicha providencia se dicte el auto de pruebas, se adopten las decisiones de saneamiento pertinentes y se fije el litigio, de tal suerte de que en la audiencia inicial simplemente se le pregunte a las partes si están de acuerdo con el contenido del auto anotado; así se gana tiempo y se honra la economía procesal. En caso de desacuerdo, será en el devenir de dicha audiencia que se realizaran los ajustes del caso frente al contenido del plutimencionado auto.

En caso de que se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, se procederá en la forma establecida en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el proceso ordinario.

El inciso primero del artículo 285 del CPA, señala que la audiencia de pruebas se regirá por lo establecido en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el proceso ordinario. Así mismo, el inciso segundo de dicho artículo dispone que cuando se trate de pruebas documentales

constitutivas de los antecedentes del acto de elección por voto popular, se deberán solicitar al Registrador Nacional del Estado Civil o al Consejo Nacional Electoral, quienes tendrán la obligación de enviarlos de manera inmediata. Obviamente esta solicitud se realiza en la audiencia inicial al momento de decretar la prueba documental.

6. Alegatos: A la luz del antiguo Código Contencioso Administrativo, en estos procesos el término para alegar es de 5 días contados a partir del día siguiente de culminado el periodo probatorio. Culminados los alegatos se le entrega el expediente al ministerio público por un término de 10 días, para que conceptúe de fondo (art. 236, CCA).

En lo atinente al nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, practicadas las pruebas el Juez o Magistrado Ponente fijará la fecha para la audiencia de alegaciones y de juzgamiento, la cual se sujetará a lo previsto para el proceso ordinario en el CPA

7. Intervención de terceros: Es pertinente manifestar que hasta cuando finalice el término de fijación en lista se permiten las intervenciones adhesivas para oponerse a las pretensiones de la demanda o prohijar las mismas, intervenciones que se les permiten a cualquier persona (art. 235 del CCA, modificado por el art. 103 de la Ley 1395 de 2010 y art. 146 del CCA, subrogado por el artículo 48 de la Ley 446 de 1998)¹⁰²². Los terceros intervinientes acometen el procedimiento en el estado en que se encuentre. El Consejo de Estado ha explicado este fenómeno jurídico procesal de la siguiente manera:

“Debe tenerse en cuenta que las etapas procesales son preclusivas y no pueden ser revividas, como se pretende, por la intervención de un tercero. Así, una vez transcurrida la oportunidad procesal de corregir la demanda no se podrán adicionar pretensiones, en ninguna circunstancia, incluida la solicitud de los intervinientes. El interviniente que se presenta en juicio, toma éste en el momento procesal en que se encuentre y su actuación queda limitada por la materia que se establece en la demanda y por las etapas procesales precluidas”¹⁰²³.

8. Escrutinio judicial: El Juez o el Tribunal de la respectiva circunscripción electoral, si el procedimiento es de primera instancia, realiza el nuevo escrutinio

¹⁰²² Anteriormente se manejaba el criterio de que los terceros intervinientes tuvieran un interés directo en la elección (los otros candidatos, los testigos electorales, etc.), porque esta es una acción que reviste declaraciones adicionales y verificar otras diligencias tendientes al restablecimiento institucional pertinente”, como por ejemplo, un nuevo escrutinio. (Consejo de Estado, Sección tercera, auto de octubre 30 de 1984).

¹⁰²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Reinaldo Chavarro Buriticá, Bogotá D.C., 6 de abril de 2000, Radicación 2219, Actor: Luis Miguel Urrego Delgado.

para ejecutar la sentencia correspondiente y, por ende, hace la declaratoria de elección del nuevo candidato y profiere las credenciales correspondientes (art. 247 y 249 del CCA). Si es de única instancia el procedimiento, lo conoce el Consejo de Estado, a él le corresponde realizar el escrutinio respectivo si es del caso (art. 248 CCA).

9. Término de fallo: En el caso de jueces corporativos, el proyecto para fallo se radica en 20 días y se decide en un término improrrogable de 30 días (art. 242 y 243 del CCA). En los juzgados administrativos el término para proferir sentencia será de veinte (20) días siguientes a la fecha en que el expediente haya entrado para fallo. El incumplimiento de estos términos genera causal de mala conducta con pérdida del empleo. Se puede interrumpir el término del fallo para dictar autos de mejor proveer con el fin de aclarar los puntos dudosos de la controversia y a raíz de los mismos se podrán practicar pruebas en un término improrrogable de 10 días y una vez recaudadas el Secretario correrá traslado a las partes por tres (3) días. Contra el auto que las decrete no habrá recurso alguno. En los procesos que se refieran a elecciones de corporaciones públicas de origen popular, por ningún motivo podrán prorrogarse los términos, salvo lo expuesto en lo atinente a las pruebas de oficio. Vencido el término para alegar no se admitirá incidente alguno distinto de recusación, si el magistrado o juez hubiera comenzado a conocer después de aquel, y de nulidad por falta de competencia funcional sobre el cual, una vez decidido, no cabrá recurso. Por último, el artículo 246 del CCA contempla el trámite de aclaración y adición de sentencias.

10. Notificación de la sentencia: La sentencia se notificará a más tardar el día siguiente a su expedición, personalmente a las partes y al agente del Ministerio Público. Pasados dos días sin que se haya hecho notificación personal, se notificará por medio de edicto, que durará fijado por tres días (art. 245 CCA). Si se trata de procedimiento de primera instancia, podrá intentarse el recurso de apelación en el acto de la notificación de la sentencia o dentro de los dos días siguientes (art. 250 del CCA).

Sobre este tópico el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que la sentencia se notificará personalmente, el día siguiente a su expedición, a las partes y al agente del Ministerio Público. Transcurridos dos (2) días sin que se haya hecho notificación personal, se notificará por edicto, que durará fijado por tres (3) días. Una vez ejecutoriada, la sentencia se comunicará de inmediato por el Secretario a las entidades u organismos correspondientes (art. 289 del CPA).

11. Cosa juzgada: La cosa juzgada en los procesos electorales tiene efectos erga omnes, es decir, produce efectos sobre todo el conglomerado social, si se declara

la nulidad de la elección, en caso contrario, solo genera cosa juzgada, respecto a la “causa *petendi*”. Sobre el particular la Corte Constitucional explica:

[...] si en el proceso electoral, la nulidad del acto administrativo electoral resultó negada, la sentencia solo hará tránsito a cosa juzgada en relación con la específica causa *petendi* invocada por el actor para sustentar la petición de nulidad del acto administrativo electoral de que se trate. En estos casos, la excepción de cosa juzgada solo puede operar si la causa *petendi* que sustenta las peticiones de los demandantes y que fundamenta el respectivo fallo, es idéntica¹⁰²⁴.

12. Aclaración de la sentencia: Hasta los dos (2) días siguientes a aquel en el cual quede notificada la sentencia, podrán las partes o el Ministerio público pedir que la sentencia se aclare. La aclaración se hará por medio de auto que se notificará por estado al día siguiente de dictado y contra él no será admisible recurso alguno. En la misma forma se procederá cuando la aclaración sea denegada (art. 290 del CPA).

13. Adición de la sentencia: Contra el auto que niegue la adición no procede recurso alguno (art. 291 del CPA).

14. Apelación de la sentencia: El recurso se interpondrá y sustentará ante el a quo en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes, y se concederá en el efecto suspensivo. Si el recurso no es sustentado oportunamente el inferior lo declarará desierto y ejecutoriada la sentencia (Inciso primero del artículo 292 del CPA).

Sustentado el recurso, se enviará al superior a más tardar al día siguiente para que decida sobre su admisión. Si reúne los requisitos legales, será admitido mediante auto en el que ordenará a la Secretaría poner el memorial que lo fundamente a disposición de la parte contraria, por tres (3) días. Si ambas partes apelaren, los términos serán comunes (Inciso segundo del artículo 292 del CPA).

Contra el auto que concede y el que admite la apelación no procede recurso (Inciso tercero del artículo 292 del CPA).

Los Secretarios serán responsables de las demoras que ocurran en el envío de los expedientes (Parágrafo del artículo 292 del CPA).

¹⁰²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-162. Abril 30 de 1998, Expediente T-149814, Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, Código Contencioso Administrativo, Hojas Sustituibles, *Legis*, Páginas 417 y 418.

15. Procedimiento en segunda instancia (Artículo 293 del CPA): Los artículos 250 y 251 determinan un procedimiento sencillo en segunda instancia electoral, el cual en un gran porcentaje fue reiterado por el artículo 293 del CPA, así:

a. El reparto del negocio se hará, a más tardar, dentro de los dos (2) días siguientes a su llegada al Consejo de Estado o al Tribunal Administrativo. Para la apelación de sentencias el mismo día o al siguiente, el ponente dispondrá en un solo auto que se fije en lista el negocio por tres (3) días, vencidos los cuales quedará en la Secretaría por otros tres (3) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito.

En el nuevo Código se modifica la redacción en cuanto a la atribución en el término inicial, pues se establece que en el segundo día a la llegada al tribunal o al Consejo de Estado se debe hacer el reparto del negocio. En relación con el término de fijación en lista este se obvia y en el auto donde se admite el recurso, el cual se debe dictar el mismo día del reparto o a más tardar al día siguiente, de una vez se dispone que el expediente permanezca en Secretaría por tres (3) días para que las partes presenten sus alegatos por escrito (Numeral 1° del artículo 293 del CPA).

b. Vencido el término de alegatos previa entrega del expediente, el agente del Ministerio Público deberá presentar su concepto, dentro de los cinco (5) días siguientes (Numeral 2° del artículo 293 del CPA). Vencido este término, al día siguiente se enviará el expediente al Despacho del ponente.

c. En segunda instancia los términos para fallar se reducen a la mitad, esto es, 10 días para registrar el proyecto y 15 días para que salga la sentencia (Numeral 3° del artículo 293 del CPA).

d. La apelación contra los autos se decidirá de plano (Numeral 4° del artículo 293 del CPA).

e. En la segunda instancia no se podrán proponer hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia, salvo la falta de competencia funcional y la indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante (Numeral 5° del artículo 293 del CPA).

16. Nulidades procesales y no remisión inmediata de escritos y recursos improcedentes: El artículo 242 A del CCA, agregado por el artículo 107 de la Ley 1395 de 2010, consagra que en la segunda instancia no se podrán proponer hechos constitutivos de nulidad que debieron ser alegados en primera instancia,

salvo la falta de competencia funcional y la indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante. Así mismo establece la mencionada disposición que los escritos y peticiones diferentes a los citados solo se pondrán en conocimiento del Despacho por el Secretario en la siguiente actuación procesal. También dispone que la nulidad procesal generada en la sentencia solo procederá por incompetencia funcional, indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante, por omisión en la etapa de alegaciones y cuando la sentencia haya sido adoptada por un número inferior de magistrados al previsto por la ley. Finalmente señala que mediante auto no susceptible de recurso, el Juez o Magistrado Ponente rechazará de plano por improcedente la solicitud de nulidad contra la sentencia que se funde en causal distinta de las mencionadas. Como se observa, esta disposición solo se refiere a las causales de nulidad incoadas a petición de parte, sin embargo, deja en el limbo el asunto cuando se trata de nulidades de oficio. En tales eventos consideramos que si se trata de irregularidades que generan nulidad insanable, el Juez está obligado a declararlas en cualquier estado del proceso y en cualquier instancia, pues son razones de orden público las que conllevan a decretarlas y no pueden estar sujetas a límite alguno.

Por otro lado, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala que las nulidades de carácter procesal se regirán por lo dispuesto en el artículo 207 de dicha codificación. Agrega que la formulación extemporánea de nulidades se rechazará de plano y se tendrá como conducta dilatoria del proceso. Así mismo contempla que contra el auto que rechaza de plano una nulidad procesal no habrá recursos (Artículo 284 del CPA).

17. Nulidades originadas en la sentencia: La nulidad procesal originada en la sentencia únicamente procederá por incompetencia funcional, indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o a su representante, por omisión de la etapa de alegaciones y cuando la sentencia haya sido adoptada por un número inferior de Magistrados al previsto por la ley (Inciso primero del artículo 294 del CPA).

Mediante auto no susceptible de recurso, el juez o Magistrado Ponente rechazará de plano por improcedente la solicitud de nulidad contra la sentencia que se funde en causal distinta de las mencionadas (Inciso segundo del artículo 294 del CPA).

18. La ejecución de la sentencia condenatoria solo podrá realizarse cuando quede en firme el auto de sustanciación que ordena estarse a lo resuelto por el superior, en caso de que la providencia definitiva hubiere sido apelada y esta se haya confirmado en segunda instancia (art. 248 del CCA).

19. Incidente de regulación de honorarios: En el proceso electoral, en segunda instancia no se tramitará incidente de regulación de honorarios. Resuelta la apelación, el proceso se remitirá al juez de primera instancia para que lo tramite y decida. En primera y en única instancia el incidente de regulación de honorarios no suspende el proceso y se resuelve como un asunto accesorio.

20. A través de la acción electoral no se puede solicitar la realización de obligaciones de hacer o no hacer a la administración pública: Esta acción es una modalidad de la acción de simple nulidad, por tanto, lo único que busca es la declaratoria de nulidad del acto ilegal sin agregar restablecimientos de derecho o expedición de decisiones administrativas. Así lo ha manifestado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Se desestimaré, en cambio, la pretensión segunda, encaminada a ordenarle al Presidente de la República –nominador- que designe como cónsul general de Colombia en Chicago –EE.UU., a un funcionario perteneciente a la carrera diplomática y consular, porque el proceso electoral, como especie que es del proceso de simple nulidad, solo se ocupa de efectuar un control objetivo de legalidad, sin que exista la posibilidad de que a través del fallo respectivo se impartan órdenes de hacer o de no hacer a la administración pública, quien a raíz de la nulidad decretada obrara conforme a derecho.¹⁰²⁵

21. Prohibición de desistimiento: En los procesos electorales no habrá lugar al desistimiento de la demanda (Artículo 280 del CPA).

22. Peticiones impertinentes: La presentación de peticiones impertinentes así como la interposición de recursos y nulidades improcedentes serán considerados como formas de dilatar el proceso y se sancionarán con multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes (Artículo 295 del CPA). Esta disposición se justifica por la rapidez en que deben ser solucionadas este tipo de controversias, tal como se explicó al inicio de este acápite.

23. Aspectos no regulados: En lo no regulado el título referente a la acción electoral se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral (Artículo 296 del CPA).

¹⁰²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 3 de junio de 2010. Radicación 11001-03-38-000-2009-00043. Consejera Ponente: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Extracto jurisprudencia publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de agosto de 2010, páginas 1420 a 1434.

24. A través de la acción electoral no se pueden atacar las decisiones de los partidos, movimientos o grupo significativos de personas en materia electoral: Dado que se trata de decisiones que no constituyen actos administrativos y, por ende, su forma de control es a través de los estatutos de dichas instituciones y de los recursos en vía gubernativa ante el Consejo Nacional Electoral. Las decisiones que este último emita si pueden ser demandadas ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] es el Consejo Nacional Electoral la autoridad competente para conocer de las impugnaciones formuladas por los ciudadanos o contra las cláusulas estatutarias o contra las decisiones adoptadas por las autoridades de los partidos y movimientos políticos, que hayan sido asumidas inobservando las prescripciones constitucionales, legales, estatutarias o reglamentarias que hayan sido expedidas por esa entidad de la organización electoral. Solo después de que las mismas hayan sido conocidas y decididas por el Consejo Nacional Electoral a través de actos administrativos, podría esta corporación ocuparse de examinar su legalidad [...]¹⁰²⁶

¹⁰²⁶ 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 *Legis* de octubre de 2011, páginas 1914 a 1916.

CAPÍTULO VIII. LA ACCIÓN EJECUTIVA

Primer inciso del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, último inciso del artículo 87 del CCA, el numeral séptimo del artículo 134B del CCA, el numeral séptimo del artículo 132 del CCA y artículos 297 a 299 del CPA

Introducción

Antes de la expedición del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, la Jurisdicción Contencioso Administrativa no conocía de procesos ejecutivos. Con la presencia de la mencionada disposición, el Consejo de Estado, a través de una interpretación discutible de la misma, le dio a la palabra ejecución la connotación de proceso ejecutivo de obligaciones derivadas de la actividad contractual, sin embargo, desde nuestro punto de vista, el legislador se refería en la citada norma a la etapa de ejecución del objeto contractual.¹⁰²⁷ Luego, con el advenimiento de la Ley 446 de 1998, se amplió el margen de acción en materia de ejecutivos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ahora bien, antes de adentrarnos en el tema de los títulos ejecutivos susceptibles de iniciar procesos ejecutivos ante la Jurisdicción Contenciosa, se hace necesario establecer algunas precisiones en lo que tiene que ver con la naturaleza jurídica y finalidad del proceso ejecutivo y el concepto y las características de lo que es un título ejecutivo, veamos:

El proceso ejecutivo es aquel compendio de etapas y actuaciones procesales cuya razón de ser no gira en torno a declarar la existencia o no de un derecho o una obligación de dar, hacer o no hacer, por el contrario, sobre el derecho o la obligación no se maneja ninguna duda jurídica, lo que se busca es que dicha obligación sea cumplida por el deudor de la misma. El tratadista Hernán Fabio López Blanco, sobre el asunto ha dicho: “Es por eso que con base en la certeza de la existencia del derecho, se debe dotar a los asociados de un proceso de características especialmente coercitivas que les permita, mediante la intervención del Estado, hacerlos efectivos cuando se pretende desconocerlos, siendo el medio idóneo para lograrlo el proceso de ejecución”¹⁰²⁸.

¹⁰²⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 29 de noviembre de 1994, exp. S-414, C.P.: Guillermo Chahín Lizcano: “Estima la corporación que de la norma transcrita claramente se infiere que la Ley 80 le adscribió a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la competencia para conocer de las controversias contractuales derivadas de todos los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento, entendiéndose que se trata en este último caso de procesos de ejecución respecto de obligaciones ya definidas por voluntad de las partes o por decisión judicial”.

¹⁰²⁸ Instituciones de derecho procesal Civil Colombiano, Parte Especial, Tomo II, Séptima Edición, Página 375.

Se desprende del aparte doctrinal transcrito que en el proceso ejecutivo, a diferencia de los declarativos, no existe duda sobre la existencia del derecho a favor del acreedor, sin embargo, si es discutible la viabilidad jurídica de la obligación en cabeza del deudor, habida cuenta que se puede discutir que el título que se esgrime como idóneo para adelantar el proceso ejecutivo no reúne las características mínimas de configuración para adquirir el status de ejecutivo.

La finalidad jurídica de este proceso, la describe el tratadista citado, en la obra en mención, en los siguientes términos: “El proceso ejecutivo, tiene, pues, como finalidad específica y esencial asegurar que el titular de una relación jurídica que crea obligaciones pueda obtener por medio de la intervención estatal, el cumplimiento de ellas, compeliendo al deudor a ejecutar la prestación a su cargo, si ello es posible, o si no, conduciendo a que indemnice los perjuicios patrimoniales que su inobservancia ocasionó[...]¹⁰²⁹”.

Se infiere de lo anterior que el proceso ejecutivo es eminentemente coercitivo, es decir, busca que quién resulte deudor de una obligación de dar, hacer o no hacer, se vea constreñido a realizarla, acompañada, dicha realización, si es del caso, del pago de intereses moratorios o de la indemnización de los perjuicios causados, en este último evento, si no es posible cumplir con la prestación.

Entendida entonces la naturaleza jurídica del proceso ejecutivo y su finalidad específica, es el momento de entrar a estudiar lo que es un título ejecutivo y cuáles son sus características definitorias, así:

Por título ejecutivo, en materia contencioso administrativa, debemos entender aquel documento escrito que emana del deudor; contratante, contratista o sujeto interviniente de una conciliación judicial o extrajudicial; o de su causante o de una decisión judicial, cuyo contenido manifiesta una obligación clara, expresa y exigible (artículo 488 del C. de P.C.).

De la anterior definición se extraen las siguientes características:

1. El título ejecutivo debe constar en un documento escrito: se aclara que en el derecho común no necesariamente debe ser un documento escrito, sin embargo, en materia contencioso administrativa siempre lo será, porque emana de un contrato estatal y la actividad que gira en torno al mismo; el cual, por regla general, debe estar plasmado por escrito de manera expresa, salvo la urgencia manifiesta, o de una sentencia condenatoria emitida por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, o, incluso, de una conciliación judicial o extrajudicial en lo contencioso administrativo.

¹⁰²⁹ Página 376.

2. El título ejecutivo debe provenir del deudor o de su causante o de providencia judicial: es obvio que el Contrato Estatal es suscrito por la administración pública y el particular contratista, por lo tanto, todas las obligaciones que emanen de su tenor literal o de su ejecución necesariamente irán acompañadas de la certeza de quién suscribe el título. Es pertinente advertir que, en cuanto al requisito de autenticidad que debe reunir el título ejecutivo, en lo relacionado a la sentencia judicial, no hay ningún problema porque de suyo es un documento público que se presume auténtico y el Contrato Estatal también se considera como tal por la intervención de una persona jurídica de derecho público en el mismo, sin embargo, si se presenta una simple copia del contrato, esta no se presume auténtica, debido a posiciones discutibles del Consejo de Estado y la Corte Constitucional, a pesar de lo contemplado en los artículos 11 y 12 de la Ley 446 de 1998, perfectamente aplicables por provenir del deudor o de su causante, de conformidad al artículo 83 de la Constitución Política: el cual consagra la presunción de la buena fe. En cuanto a las conciliaciones judiciales o extrajudiciales, las mismas provienen del deudor como suscriptor del acta respectiva, la cual constituye un título complejo junto con el auto aprobatorio respectivo.

Sobre este punto es importante hacer dos precisiones prácticas: en primer lugar, en lo atinente al título ejecutivo contenido en el acta de liquidación bilateral del contrato estatal, la misma debe estar suscrita por el representante legal de la entidad, salvo que penda un acto administrativo de delegación. Por otro lado, si el título ejecutivo se sustenta en facturas cambiarias, tales facturas deben contener en su tenor literal la aceptación expresa del deudor, tal como lo consagra el artículo 774 del *Código de comercio*, en otras palabras, las facturas cambiarias deben ser presentadas al deudor y, este a su vez debe manifestar su aceptación.

3. En el título ejecutivo se debe plasmar una obligación de dar, hacer o no hacer; es decir, una acción u omisión a la cual se encuentra compelido a ejecutar el administrado o la administración, en virtud de lo contemplado en un contrato estatal, una providencia judicial o una conciliación judicial o extrajudicial.
4. La obligación que se plasme en el título ejecutivo debe ser expresa: sobre este requisito, el tratadista López Blanco, en la obra citada explica que lo expreso implica conceptos como claridad, patentidad, especificidad, “conceptos que aplicados al título ejecutivo implican que se manifieste con palabras, quedando constancia usualmente escrita y en forma inequívoca de

una obligación; de ahí que las obligaciones implícitas y las presuntas, salvo que la ley disponga lo contrario, no son demandables por vía ejecutiva”¹⁰³⁰.

5. La obligación que se plasme en el título ejecutivo debe ser clara: Aunque implica una redundancia con la característica analizada en el numeral anterior, sin embargo, la ley no quiere dejar ninguna duda sobre el carácter que debe tomar el contenido del título, es así como López Blanco sobre el contenido del título en este particular manifiesta: “que sus elementos constitutivos, sus alcances, emerjan con toda perfección de la lectura misma del título ejecutivo, en fin, que no se necesiten esfuerzos de interpretación para establecer cuál es la conducta que puede exigirse al deudor”¹⁰³¹.
6. La obligación que se plasme en el título ejecutivo debe ser exigible: Esto quiere decir que la obligación no se vea sometida a plazo o condición para poder requerir al deudor en su ejecución¹⁰³². La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 31 de agosto de 1942, publicada en la Gaceta Judicial, Título LIV, página 383, definió este requisito de la siguiente manera: “La exigibilidad de una obligación es la calidad que la coloca en situación de pago solución inmediata por no estar sometida a plazo, condición o modo, esto es por tratarse de una obligación pura y simple y ya declarada”.

Aunado a lo anterior, es importante anotar que si en virtud del clausulado contractual se exige la presentación de la cuenta de cobro, la exigibilidad está sometida a dicha presentación. Aún más, como consecuencia del mencionado clausulado pueden surgir más requisitos relacionados con la exigibilidad de la obligación, por ende, el Juez de la ejecución debe tener mucho cuidado en que todos y cada uno de estos requisitos se cumplan a cabalidad. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

No existe un criterio que permita señalar de modo general cuáles son los documentos que integran el título de recaudo ejecutivo cuando

¹⁰³⁰ Páginas 388 y 389.

¹⁰³¹ Página 389.

¹⁰³² “Cuando el título ejecutivo está constituido directamente por el contrato estatal, la situación en cuanto a las excepciones se diferencia de aquella que se presenta en los procesos de ejecución donde el título ejecutivo está constituido por el título valor, caso en el cual resulta improcedente cualquier excepción fundada en los hechos ocurridos en la relación subyacente que dio origen al título, cuando este ha circulado. Ello se explica en el hecho de que la exigibilidad de la obligación de pago que surge de un contrato estatal por regla general está sometida a una condición suspensiva en tanto, depende directamente del cumplimiento de la prestación correlativa de hacer que quien pretende el pago ha adquirido con el contrato. En cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 490 del Código de Procedimiento Civil, solo la demostración del cumplimiento de la condición, dará lugar a la determinación de la existencia de título ejecutivo en su favor, derivado directamente del contrato estatal, título que en ese caso estará integrado con el documento en el que conste el cumplimiento de la condición.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2006. Expediente 24812. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2006, páginas 2118 y 2119.

la obligación que se cobra proviene de un contrato estatal. En cada caso la integración del título dependerá del convenio negocial en la medida en que son las partes, en uso de la autonomía de la voluntad, y a través de cláusulas accidentales, quienes establecen en el contrato la forma y las circunstancias en las cuales se produce la exigibilidad de la obligación de pago, de tal manera que el juez de la ejecución en cada caso concreto y con miras a determinar la existencia de un título ejecutivo, debe usar como parámetro lo que al respecto dispusieron las partes en uso de la libertad negocial.¹⁰³³

A continuación, el Consejo de Estado en la jurisprudencia cuyo extracto acaba de transcribirse, precisa que del clausulado del Contrato se debe inferir la fecha o el momento cierto a partir del cual se hace exigible la obligación, en caso contrario, se deberá acudir al Juez de la causa para que este precise la exigibilidad de la obligación respectiva antes de optar por la vía ejecutiva. Veamos lo que expresó sobre el particular la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo:

Por manera que, no es suficiente plasmar en el contrato la obligación para una de las partes de pagar o entregar, según el caso, una suma de dinero, es necesario además, con miras a constituir un título ejecutivo, que en el contrato se haya señalado una fecha o momento cierto en el cual pueda predicarse la exigibilidad de esa obligación. Es decir la existencia de un título de recaudo ejecutivo constituido directamente por el contrato estatal, depende de que en este se haya establecido la fecha o el momento cierto en el cual la obligación de pago o de entregar una suma de dinero, se hace exigible y de que la otra parte haya demostrado el cumplimiento de la obligación correlativa que da lugar a la exigibilidad de la obligación de pago o entrega de una suma de dinero. La ausencia de disposición convencional en tal sentido inhibe la posibilidad de demandar por la vía ejecutiva, antes de la terminación del contrato, el pago de las obligaciones surgidas del mismo, y corresponderá a las partes acudir en primera instancia a la acción contractual, para que sea el juez en el proceso ordinario quien determine si existe la obligación de pago y la fecha desde la cual se hizo exigible, para constituir así, con la sentencia, un título ejecutivo.¹⁰³⁴

¹⁰³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2006. Expediente 24812. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2006, páginas 2118 y 2119.

¹⁰³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2006. Expediente 24812. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2006, páginas 2118 y 2119.

Con el objeto de ilustrar en la práctica lo esbozado por el Consejo de Estado en la sentencia cuyos apartes se transcribieron líneas atrás, traemos a colación un ejemplo extractado de la jurisprudencia de la mencionada Corporación, el cual resulta dicente y muy apropiado para el tema de la exigibilidad de la obligación y su inferencia del contenido del Contrato Estatal, veamos:

[...] En el contrato se pactó:

- Que el valor básico de la respectiva acta de obra será el resultado de la multiplicación de las cantidades de obra ejecutada, por los precios unitarios de los ítems de la lista de cantidades de obra.
- Que el contratista presentará la correspondiente cuenta de cobro por las cantidades de obra realmente ejecutadas dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la terminación de la obra facturada junto con el original del acta mensual de obra aprobada por el Interventor y la copia del Programa de Inversiones aprobado por el Gerente del Grupo respectivo y el Subdirector de Ingeniería del Instituto.
- Que el valor de la obra ejecutada debe corresponder al menos a la parte establecida en el Programa de Inversiones para el mes correspondiente.
- Que los pagos se harían dentro los sesenta (60) días siguientes a la fecha de presentación de la respectiva cuenta de cobro en las oficinas de la Administración debidamente acompañada de los documentos exigidos en este contrato y aprobados por el interventor.

El incumplimiento de algunos de tales supuestos, como lo es el aporte del acta parcial de obra y la copia del programa de inversiones en la forma establecida en el contrato, supone que la obligación no es exigible.

Luego la obligación no es clara y expresa: en primer lugar, los documentos que se echan de menos son los que permiten establecer la realidad del valor adeudado por la entidad, determinado por la cantidad de obra ejecutada dentro de cada período por el precio unitario de los ítems de obra; así mismo las facturas de venta de servicios o los comprobantes de pago que trajo el ejecutante no equivalen a las actas parciales de obra; tales documentos simplemente constituyen una cuenta de cobro donde no constan la cantidad de obra ejecutada, el grupo de obra a que pertenece, el valor unitario del mismo, el período en el que se ejecutó la obra, etc.

Las copias del programa de inversiones tampoco acreditan los requisitos mencionados porque la copia simple del documento

público no tiene el mismo valor del original ni demuestra la existencia de la obligación por cuya ejecución se demanda.¹⁰³⁵

I. Problemas jurídicos del proceso ejecutivo en el contencioso administrativo

No son pocas las vicisitudes jurídico-procesales y jurídico-sustanciales a las que se ha visto sometido el proceso ejecutivo contencioso administrativo. A continuación se expondrán algunos casos que hacen que el proceso esté lleno de traumatismos que finalmente atentan contra el acceso efectivo a la administración de justicia, veamos:

- La complejidad del título ejecutivo que emana de un contrato estatal: el ejemplar del contrato estatal que se acerque al expediente debe ser en original o en copia autentica, aunado a que al mismo se deben anexar en original o copia auténtica todos los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos de celebración (la minuta suscrita por las partes), perfección (el registro presupuestal, tal como lo ordena el artículo 71 del Decreto 111 de 1996), legalización (el pago del impuesto de timbre y la publicación, esta última ordenada en el D.R. 679 de 1994, artículo 24, el Decreto 327 de 2000 y el artículo 1º de la Ley 190 de 1995 en su artículo 60) y ejecución (la garantía de cumplimiento con su respectiva aprobación de la oficina jurídica) del negocio jurídico y, finalmente, la obligación que emane no puede estar sometida a plazo o condición, es decir, debe ser exigible, lo que implica documentos adicionales que acrediten el cumplimiento de dicho plazo o condición¹⁰³⁶. Todo lo anterior ha hecho que en la práctica para que se libre un mandamiento de pago en la jurisdicción contencioso administrativo, sea una proeza quijotesca.

Ahora bien, sobre este punto del título ejecutivo complejo es importante señalar que el acta de liquidación de un contrato estatal no puede ser considerada un título ejecutivo simple, pues la misma pende del contrato inicialmente pactado y del cumplimiento de los requisitos de existencia, perfeccionamiento, validez y ejecución del negocio jurídico.

¹⁰³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 30 de agosto de 2001. Radicación número: 50001-23-31-000-1999-6256-01 (16256). Actor: Consorcio Recchi Spa Constru Zioni Generali Grandi Lavori Fincosirt Spa.

¹⁰³⁶ “Cuando la obligación que se cobra proviene de un contrato estatal, el título ejecutivo, por regla general es complejo en la medida que está conformado no solo por el contrato, en el cual consta el compromiso de pago, sino por otros documentos, normalmente actas provenientes de la administración en las cuales conste el cumplimiento de la obligación a cargo del contratista, y de las que se pueda deducir la exigibilidad de la obligación de pago para la entidad contratante.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2006. Expediente 24812. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2006, páginas 2118 y 2119.

A los requisitos expuestos anteriormente habría que agregar la acreditación del pago de aportes a salud y pensiones en algunos contratos estatales, toda vez que cualquier persona que pretenda celebrar un contrato con el Estado, ya sea de obra, suministro, arrendamiento de servicios, prestación de servicios, asesoría, entre otros, debe acreditar su afiliación y pago de aportes a los sistemas de salud y pensiones. Esta obligación persiste durante la vigencia del contrato, como un condicionamiento para realizar cada pago que se derive del mismo, de acuerdo con lo previsto en la Ley 1150 de 2007 (Ver: Minprotección, concepto 242660 de agosto 6 de 2009). Por otro lado, cuando una escritura pública hace parte de un título ejecutivo complejo, es necesario que sea primera copia que presta mérito ejecutivo (Artículo 80 del Decreto 960 de 1970).

La adecuación de un proceso diseñado para jueces unipersonales en la justicia civil, en los procedimientos propios para jueces corporativos, como lo son los Tribunales Administrativos.

- El ámbito de competencia de la jurisdicción especializada en materia de ejecuciones derivadas de títulos ejecutivos emanados de Contratos Estatales, celebrados por empresas industriales y comerciales del Estados, sociedades de economía mixta o empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios, o cuando tales contratos incluyan cláusula compromisoria.
- La caducidad de la acción ejecutiva contencioso administrativa.
- La procedencia del embargo frente al erario público.

La posibilidad de que se libre mandamiento ejecutivo en el contencioso administrativo constituye una vasta complejidad académica y jurídica que se traduce en una vulneración al acceso efectivo a la administración de justicia, por tanto, advertimos de la problemática con el deseo de que en tiempos futuros estos procesos, legislativamente, vuelvan a su jurisdicción natural, la ordinaria, donde están suficientemente decantados y donde sería más probable superar las vicisitudes expuestas, por cuestiones de estructura en la rama judicial y perfil del Juez Ordinario.

Sin embargo, en las próximas líneas abordaremos algunos de los puntos anotados, con el objeto de sentar algunas pautas que desde nuestro punto de vista, serían las más acordes para la viabilidad clara y diáfana de este tipo de procesos en el contencioso administrativo.

A.- Valor probatorio de las simples copias en el proceso ejecutivo contencioso administrativo 1037.

Posición de la Corte Constitucional

La Corte Constitucional ha precisado el alcance del artículo 83¹⁰³⁸ de la Constitución Política, en los siguientes términos: “[...]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”.¹⁰³⁹

Ahora bien, la misma Corte en la sentencia C-540 de noviembre 23 de 1995, Magistrado Ponente Jorge Arango Mejía, restringió los postulados del artículo 83 de la Constitución Política a las relaciones entre la Administración Pública y los particulares, sacando de tal ámbito de acción a la Administración de Justicia. En efecto dijo: “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 gobernadas 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”.

Posteriormente, en este mismo orden de ideas, la Corte Constitucional argumentó que en las relaciones procesales ante la Administración de Justicia no es posible aplicar el artículo 83 de la Constitución Política, ya que las partes se encuentran en un plano de igualdad, donde la parte demandante debe demostrar los hechos que son el sustento de las normas que contienen los efectos jurídicos que persigue y por otro lado, la parte demandada, debe demostrar los hechos en que se fundan las normas base de las excepciones, así: “... Lo anterior permite ver el error en que incurren quienes pretenden aplicar al artículo 83 a la relación procesal, para llegar a la conclusión de que la exigencia de las pruebas es inconstitucional o que lo son los requisitos de tales pruebas. No: en el proceso hay tres sujetos: el juez y las partes. Entre estas últimas se da una relación indirecta, por intermedio del juez ante quien ellas exponen sus pretensiones y los correspondientes medios de defensa”.¹⁰⁴⁰

¹⁰³⁷ Este acápite fue publicado a manera de ensayo en la Revista “Inciso” de la Universidad Gran Colombia Seccional Armenia, Edición No 004, páginas 53 a 67.

¹⁰³⁸ El artículo 83 de la Constitución Política consagra la Presunción de la Buena Fe, de la siguiente manera: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

¹⁰³⁹ Sentencia C-544, de diciembre 1° de 1994.

¹⁰⁴⁰ Sentencia C-023, de febrero 11 de 1998. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía.

Como corolario de lo anterior, la Corte Constitucional en la Sentencia C-023, de febrero 11 de 1998, ya mencionada, exigió que las copias que se alleguen a los procesos judiciales deben ser auténticas y, por ende, declaró la exequibilidad de los artículos 254 y 268 del CPC, en sus numerales 2do y 3ro respectivamente y de paso, precisó el alcance del artículo 25 del decreto 2651 de 1991, en cuya esencia se convirtió en legislación permanente en virtud del artículo 11 de la Ley 446 de 1998, en los siguientes términos: “El artículo 25 citado se refiere a los “documentos” y hay que entender que se trata de documentos originales. En cambio las normas acusadas versan sobre las copias, como ya se ha explicado sería absurdo, por ejemplo que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia o con la fotocopia de una escritura pública, también carente de autenticidad”.¹⁰⁴¹

A manera de conclusión, y teniendo en cuenta la evolución jurisprudencial comentada, se pueden expresar las siguientes premisas delimitadoras del criterio de la Corte Constitucional sobre el tema que nos ocupa, así:

a. En los procesos ante la jurisdicción contencioso administrativa, las copias que se alleguen a los mismos, deberán estar autenticadas, para poderseles dar un valor probatorio: Esto de conformidad al deber que tienen las partes de probar al interior de todos los procesos los supuestos de hecho en que fundan sus pretensiones o excepciones, según el caso. Es decir, la Corte diferencia entre el problema de concepción del postulado de la buena fe en un proceso judicial y el problema eminentemente de derecho probatorio que exige una serie de cargas procesales para las partes, entre las cuales se encuentra allegar las copias debidamente autenticadas. En efecto, la Corte manifiesta: “Pero en esa relación indirecta (la de las partes a través del juez) entre el demandante y el demandado no puede dársele una particular eficacia al artículo 83 (Buena Fe), porque, sencillamente, el uno y el otro están en un plano de igualdad en lo relativo a la buena fe: esta se presume en ambos”. -Lo que está entre paréntesis es nuestro-.¹⁰⁴²

b. La expresión “documento” expresada en el artículo 25 del Decreto 2651 de 1991, retomada por el artículo 11 de la Ley 446 de 1998, se refiere a documentos originales y no a simples copias: Considera la Corte Constitucional que la presunción de Buena Fe que consagra la normativa mencionada, opera en materia de documentos originales, ya que la diferencia en el derecho probatorio entre originales y copias, es determinante en cuanto a su valor como elementos de convicción a tener en cuenta dentro del proceso. En este sentido la Corte

¹⁰⁴¹ Es pertinente anotar que la ley 794 de 2003, en su artículo 26, modificó el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el cual regula lo concerniente al documento auténtico. En tal modificación, se incorporó a la mencionada codificación, el artículo 11 de la ley 446 de 1998.

¹⁰⁴² Sentencia C-023 de febrero 11 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

manifestó: “En tratándose de documentos originales puede el artículo 25 ser explicable, porque su adulteración es más difícil, o puede dejar rastros fácilmente. No así en lo que tiene que ver con las copias, cuyo mérito probatorio está ligado a la autenticación. [...] Si el artículo 25 hubiera querido referirse a las copias así lo habría expresado, porque en el derecho probatorio es elemental la diferencia entre documentos originales y copias”.¹⁰⁴³

c. Identifica el valor probatorio con el mérito ejecutivo: La Corte manifiesta que las copias que se alleguen al proceso deben ser auténticas para poder ser consideradas dentro del acervo probatorio, y va más allá, considera que si se trata de copias de títulos ejecutivos, deberán ser igualmente auténticas para que se puedan valorar como un documento idóneo para ejecutar al deudor. No es otro el sentido que se infiere de la siguiente afirmación: “Sería absurdo, por ejemplo, que alguien pretendiera que se dictara mandamiento de pago con la copia simple, es decir, sin autenticar, de una sentencia, o con la copia de una escritura pública, también carente de autenticidad”.¹⁰⁴⁴

Posición del Consejo de Estado.

Sobre el asunto en estudio, en cuanto al valor probatorio de copias allegadas al proceso, el Consejo de Estado en sentencia de 26 de octubre de 1978; expediente 464; Consejero Ponente Dr. Carlos Galindo Pinilla¹⁰⁴⁵, recalcó la exigencia de la autenticación de las copias para poder ser tenidas en cuenta dentro del proceso, de conformidad a los artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil y señaló: “[...] las copias, o sea, tanto las transcripciones como las reproducciones mecánicas, tendrán el mismo valor probatorio del original, cuando han sido autorizadas por un funcionario público, en cuya oficina se encuentra el original por consiguiente, ha de concluirse que existe plena armonía entre uno y otro precepto y que la exigencia de autenticación por un notario de las reproducciones mecánicas de documentos solo puede referirse a las que reposen en el archivo notarial o a las que se hallen en poder de los particulares”.

Posteriormente, el Consejo de Estado¹⁰⁴⁶, continua con la concepción que se viene señalando y aún la vuelve más exigente, así: “Es claro que la ley le da a las copias un valor probatorio similar al del documento original pero, como es obvio, la diligencia que da fe de que la copia que se sella corresponde al documento original o a una copia debidamente autenticada, debe ser cumplida directamente por el funcionario autenticante, sin que pueda suplirse con la adjunción de una

¹⁰⁴³ Sentencia C-023 de febrero 11 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

¹⁰⁴⁴ Sentencia C-023, de febrero 11 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

¹⁰⁴⁵ Anales del Consejo de Estado, Tomo XCV, número 459 y 460.

¹⁰⁴⁶ Sentencia del 4 de abril de 1980, Magistrado Ponente, Carlos Betancur Jaramillo.

simple copia con la atestación original referida. En otros términos, toda copia debe tener un sello de autenticación propia para poder ser valorada como el documento original”.

Con el advenimiento de la Ley 446 de 1998 en sus artículos 11 y 12 se podría pensar, que el Consejo de Estado cambiaría su parecer y entraría a presumir auténticas las copias que se allegaran al proceso. Sin embargo la posición que se viene comentando se consolida, identificándose el Consejo de Estado, con los juicios jurídicos de la Corte Constitucional ya estudiados anteriormente. En efecto, en sentencia de noviembre 24 de 1999. Expedientes 1891 y acumulados, Consejero Ponente: Dr. Darío Quiñones Pinilla, expedida en la sección quinta de la Corporación, se manifestó: “[...]los documentos aportados en fotocopia cumplen con uno de los requisitos que el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil contempla para que las copias tengan el mismo valor probatorio de los originales, esto es que la autenticación se haga previo cotejo con el original o con una copia autenticada [...] Claro que los notarios si pueden autenticar la fotocopia tomada de una fotocopia autenticada, pues así lo indican los artículo 254, numeral 2°, del Código de Procedimiento Civil y 74 del Decreto 960 de 1970. Pero la primera copia autenticada de un documento cuyo original reposa en una oficina pública, la debe otorgar el correspondiente jefe de esa oficina”.

De la anterior jurisprudencia se colige que las normas del Código de Procedimiento Civil y del Decreto 960 de 1970, tienen plena vigencia frente a la jurisdicción contencioso administrativa y los artículo 11 y 12 de la Ley 446 de 1998, no han producido ningún efecto sobre las mismas. Aún más, el Consejo de Estado, al igual que la Corte Constitucional, identifica el valor probatorio de las copias con el mérito ejecutivo de las mismas, es decir, tal como se manifestó, si la copia que contiene un título ejecutivo no se encuentra autenticada, no tendrá ninguna idoneidad jurídica para respaldar un hipotético mandamiento de pago.

Lo dicho anteriormente se infiere de auto de octubre 14 de 1999¹⁰⁴⁷, donde se dijo: “Acogiendo el criterio jurisprudencia de la Corte Constitucional, antes expuesto, estima la sala que los documentos amparados con la presunción de autenticidad, de que trata la anterior disposición (art. 12, Ley 446 de 1998) son los originales, ya se trate de documentos privados o públicos. De tal manera, que si se presenta una copia de un documento público (El documento original en el cual consta un Contrato Estatal) con el propósito de que preste mérito ejecutivo, se requiere que esta cumpla con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil para que tenga el mismo valor probatorio del original”.

¹⁰⁴⁷ Expediente 15405. Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

El criterio del Consejo de Estado sobre el tema en estudio, se resume en las siguientes tres hipótesis:

a. Las copias tendrán valor probatorio dentro del proceso, si se aportan autenticadas, de conformidad a lo expresado en el código de procedimiento civil y el Decreto 960 de 1970: Considera el Consejo de Estado, al igual que la Corte Constitucional, que la exigencia de autenticación de las copias que se aporten al proceso es una premisa propia del derecho probatorio y no un problema de buena fe o mala fe, sencillamente, las copias tendrán el valor probatorio de los originales si son autenticadas de la forma como lo señale la ley.

b. Los artículos 11 y 12 de la Ley 446 de 1998 se refieren a documentos originales y no a copias de los mismos: El Consejo de Estado en el auto de octubre 14 de 1999, expediente 15405, Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez, trae a colación la sentencia de la Corte Constitucional de febrero 11 de 1998, la cual declaró exequibles el numeral 2° del artículo 254 y el numeral 3° del artículo 268 del Código de Procedimiento Civil. Como corolario de lo anterior se concluye que solo los documentos originales se presumen auténticos y que las copias deberán ser autenticadas para que presten el mismo valor probatorio de aquellos.

c. Identifica valor probatorio con mérito ejecutivo: El Consejo de Estado en el auto de octubre 14 de 1999 ya antes mencionado, explica que el Contrato Estatal es un documento público porque una de las partes que lo suscribe es un funcionario público. Luego señala que si se presenta copia de un documento público, con el propósito de que preste mérito ejecutivo, se requiere que esta cumpla con alguno de los requisitos establecidos en el artículo 254 del CPC, los cuales se resumen en la diligencia de autenticación. Y por último; esta medida la justifica con los siguientes argumentos: “Lo anterior, es una sana medida legal destinada a brindar seguridad y certeza a las relaciones jurídicas, en tratándose del proceso ejecutivo que tiene una naturaleza y finalidades especiales, por cuanto se parte de la base de la existencia de un título ejecutivo declarativo o constitutivo de un derecho sustancial y subjetivo consolidado, que en principio no se discute”.

Nuestro punto de vista

Consideramos que los argumentos del valor probatorio para las copias de títulos ejecutivos no son válidos en cuanto a su susceptibilidad a que presten o no mérito ejecutivo. Esta afirmación la sustentamos en los siguientes argumentos jurídicos:

a. Para que un título preste mérito ejecutivo, esto es, que su contenido; la obligación de dar, hacer o no hacer; se pueda hacer exigible coercitivamente y si no es posible se obtenga una indemnización de perjuicios, se requiere:

- Que el título ejecutivo conste en un documento, sea este escrito o no.
- Que el título ejecutivo provenga del deudor o de su causante, de providencia judicial o que por disposición legal se considere como tal.
- Que exista plena certeza de quién suscribe el documento.¹⁰⁴⁸
- Que en el documento donde consta el título ejecutivo se plasme una obligación de dar, hacer o no hacer.
- Que el documento donde consta el título ejecutivo contemple una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

De lo anterior se colige que una copia podría perfectamente reunir los mencionados requisitos y, por ende, prestar mérito ejecutivo. Ninguno de los artículos 488 y ss. del CPC exige un requisito adicional a los enunciados y por ningún lado, a lo sumo, aparece la autenticación como un requisito para los títulos ejecutivos.

b. No se puede confundir la autenticidad con el poder demostrativo del documento: El poder demostrativo del documento se infiere del contenido del mismo, es decir, de su redacción, si es escrito, o de su esencia, si es otro tipo de documento, como sería un videocasete. O sea, de su contenido se debe dilucidar el tipo de obligación con sus características de claridad, precisión y exigibilidad correspondientes y quién está obligado a cumplirla. El tratadista Hernán Fabio López Blanco señala: “Llamamos la atención acerca de la necesidad de erradicar un frecuente equívoco, cual es el de confundir la autenticidad con poder demostrativo del documento. La autenticidad es solo la certeza, real o presunta, de quién fue el creador, el otorgante del documento. El que el documento sea auténtico ni quita ni pone en lo que con el poder de convicción atañe, pues este depende es de su contenido intrínseco. Por eso es que solo los documentos que se acomodan a la preceptiva del artículo 488 del CPC son los que permiten la ejecución”.¹⁰⁴⁹

En resumen, la autenticación no es un requisito para poder considerar a un documento como título ejecutivo, sea este original o copia y, mucho menos, de ella se infiere su mérito ejecutivo, el cual se desprende del contenido intrínseco del mismo. Por lo tanto los argumentos del valor probatorio de las copias, que se condensan en la autenticación, no pueden ser válidos para el mérito ejecutivo que en un momento dado podrían prestar las mismas.

¹⁰⁴⁸ El Dr. Hernán Fabio López Blanco, sobre el particular manifiesta: “En efecto, es esencial que el título ejecutivo esté contenido en prueba documental escrita auténtica, requisito de autenticidad que respecto a las providencias judiciales se cumple por el carácter de documento público que ellas tienen y que ahora, con lo contemplado en los artículos 11 y 12 de la ley 446 de 1998 se predica por igual de todo documento privado proveniente del deudor o de su causante”. (Instituciones de derecho procesal civil colombiano, tomo II, séptima edición, página 384).

¹⁰⁴⁹ Instituciones de derecho procesal civil colombiano, Tomo II, séptima edición, página 380, pie de página número 4.

Conclusión: Por regla general, todos los documentos, sean estos originales o copias, que se presenten ante la jurisdicción contencioso administrativa, con el ánimo de hacerlos valer como títulos ejecutivos, se presumen auténticos mientras no se demuestre lo contrario, a través del ejercicio del derecho de contradicción o del resultado de un incidente de tacha de falsedad.

Esta conclusión se sustenta sobre los siguientes argumentos jurídicos:

a. La Constitución de 1991 consagra el principio de la buena fe en nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, en las actuaciones del Estado: El derecho probatorio, como todos los demás subsistemas del ordenamiento positivo, está sujeto al principio de legalidad. Es evidente que con el advenimiento de la Constitución de 1991 se consagró el principio de la buena fe en todas las relaciones entre los particulares y el Estado, entendido este a través de la tridivisión clásica del poder público (rama legislativa, rama ejecutiva y rama judicial), sumada a algunos órganos autónomos o de control. Es así como el artículo 83 de la carta magna consagra la presunción de la buena fe, así: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”. Como corolario, en todos los ámbitos del actuar estatal, sea en la administración pública, en la administración de justicia o en la rama legislativa, debe producir plenos efectos el principio de la buena fe. El artículo 83 de la Constitución Política no distingue. En este sentido compartimos los argumentos del salvamento de voto de la sentencia C-023 de febrero 11 de 1998, que en lo pertinente manifestó: “En realidad nuestra visión acerca de ese principio corresponde al criterio de que su consagración expresa en la Constitución introdujo un cambio trascendental en el esquema de relaciones entre el Estado y los particulares, en todos los ámbitos de actuación de aquél”. Es por esto que la restricción a la administración pública, en lo que tiene que ver con los efectos jurídicos que produce la presunción de la buena fe, es, a nuestro modo de ver, un craso error.

En desarrollo de esta presunción fundada en el principio de la buena fe, la Ley 446 de 1998, en su artículo 11 consagró: “Autenticidad de documentos. En todos los procesos, los documentos privados¹⁰⁵⁰ presentados por las partes para ser incorporados a un expediente judicial, con fines probatorios se reputarán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en relación con documentos emanados de terceros”. Y en su artículo 12, estipuló: “se presumirán auténticos los documentos que reúnan los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo.”¹⁰⁵¹

¹⁰⁵⁰ Es pertinente anotar que la última parte del primer inciso del artículo 252 del Código de Procedimiento civil, modificado por la ley 794 de 2003, artículo 26, extiende la presunción a los documentos públicos, veamos: “El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad”.

¹⁰⁵¹ El artículo 12 de la ley 446 de 1998, fue incorporado al Código de Procedimiento Civil, por el artículo 26 de

De la normativa anterior se colige que la concepción del derecho probatorio frente a la autenticidad, reinante antes de la Constitución de 1991, sufrió un cambio radical, en el sentido de que la autenticidad dejó de ser un requisito para concebir valor probatorio de las pruebas documentales. Por lo tanto, las normas que contemplaban la autenticación como un requisito del valor probatorio, en nuestro concepto fueron derogadas, este es el caso del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil o el del numeral 3ro del artículo 268 *ibídem*. Incluso el profesor Hernán Fabio López Blanco señala que el artículo 489 de la mencionada codificación, debe leerse de la siguiente manera: “Diligencias previas. En la demanda ejecutiva se podrá pedir que previamente se ordene el requerimiento para constituir en mora al deudor, o la notificación de la cesión del crédito o de los títulos ejecutivos a los herederos. Si no fuere posible notificar personalmente el auto que dispone la práctica de alguna de las diligencias anteriores, se procederá a designar curador *ad litem*, como se prevé en los artículos 318 a 320, para que con él se surta la diligencia”.¹⁰⁵² Como se observa, el respetado tratadista evita tocar cualquier punto referente a la diligencia previa de reconocimiento del documento presentado, en virtud a que considera que tales apartes fueron derogados por la normativa que se mencionó.

Por lo tanto, no es válido el argumento que sostiene la Corte Constitucional y que retoma el Consejo de Estado, de que es una máxima del derecho probatorio, la autenticación como elemento esencial para considerar válidos ciertos documentos al interior del proceso. Y no es válida porque el derecho probatorio sufrió un cambio sustancial con la entrada en vigencia de la Constitución del 91, debido a que se consagró la presunción de buena fe y por ende la obligación de quién está interesado, de desvirtuarla. Es decir, en tratándose del proceso judicial, a través del ejercicio del derecho de contradicción o promoviendo un incidente de tacha de falsedad, se desvirtúa tal presunción. En ningún momento la presunción de buena fe en la aportación de documentos -léase: originales o reproducciones mecánicas- por las partes, rompe la igualdad que debe reinar en las mismas al interior de un proceso judicial, porque ambas tienen la posibilidad, se reitera, de desvirtuar tal presunción a través de la tacha de falsedad o el ejercicio del derecho de contradicción (proponiendo la excepción pertinente contra el mandamiento de pago, por ejemplo). Es por esto que no resultan convincentes los argumentos de la Corte Constitucional, donde se esgrime una presunta violación a la igualdad reinante entre las partes en un proceso judicial, si se le da valor probatorio a las simples copias.

b. La expresión “documentos” consagrada en los artículos 11 y 12 de la Ley 446 de 1998 se refiere a todo tipo de documentos, sean originales o copias: Tal como

la ley 794 de 2003 que modificó el artículo 252 del CPC

¹⁰⁵² Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo II, Séptima Edición, Página 393.

se advirtió en el numeral 1° de este acápite, la diferenciación entre documento original y copia en materia de derecho probatorio pasó a un segundo plano. A un segundo plano porque el requisito de autenticación para las copias con el objeto de que su valor probatorio se equipare al original ya no es determinante. Ahora bien, la Corte Constitucional y el Consejo De Estado, argumentan que los artículos 11 y 12 de la Ley 446 de 1998 se refieren a documentos originales, ya que si el legislador hubiera deseado incluir las copias, así lo habría manifestado expresamente. Esta argumentación la sostienen basándose precisamente en la concepción del derecho probatorio antes de la Constitución de 1991 frente a la autenticación, posición arcaica y obsoleta que venimos combatiendo en el transcurso de este escrito.

Es por esto que compartimos en un todo un pronunciamiento de avanzada de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, cuando manifiesta: “El contenido de las normas traídas a colación enseña que a partir de 1991, en salvaguarda de los elevados valores y principio superiores, los documentos presentados por las partes en el proceso, sin distinción de si son originales o reproducciones mecánicas, se reputarán auténticos; porque así lo dice nítidamente el precepto legal aplicable y la “salvedad o excepción” la refiere expresa y exclusivamente a dos eventos: **a.** Los poderes otorgados a los representantes judiciales y **b.** los documentos emanados de terceros”.¹⁰⁵³

Frente a lo anterior, se ratifica en su totalidad la popular premisa hermenéutica que reza: “en donde el legislador no distingue, al intérprete no le cabe distinguir”.

c)- La autenticación es una diligencia inútil porque de ella no depende el mérito ejecutivo del documento ni el valor demostrativo del mismo: Tal como se manifestó, la autenticación no es un requisito contemplado en la ley para la constitución del título ejecutivo. En este sentido se pronunció el tratadista Hernán Fabio López Blanco, a propósito de las copias de documentos que contengan títulos ejecutivos, así: “No significa lo anterior que sea imposible demandar ejecutivamente con base en copias, pues en modo alguno se halla proscrita esta posibilidad, solo que debe tratarse de casos donde, por su naturaleza no sea menester emplear el original”.¹⁰⁵⁴ El ilustre tratadista menciona en el aparte transcrito, que existen eventos en que es menester emplear el original, como sería el caso de la ejecución de un crédito respaldado con un título valor, en este evento, sus características de literalidad e incorporación así lo exigen. Sin embargo, en cuanto al Contrato Estatal, no se encuentra ningún obstáculo de que, a través de una simple copia del mismo, se pueda iniciar un proceso ejecutivo. Es

¹⁰⁵³ Sentencia de casación, de marzo 8 de 1999. Radicación 11.010. Magistrado Ponente: Dr. José Roberto Herrera Vergara.

¹⁰⁵⁴ Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo II, Séptima Edición, Página 381.

necesario, por otro lado, dejar en claro, que la ley en ocasiones requiere que las copias estén habilitadas, es decir, que en su tenor literal se exprese que prestan mérito ejecutivo. Es el caso de las obligaciones contenidas en escrituras públicas con garantía hipotecaria o en materia contencioso administrativa, cuando se trata de sentencias condenatorias proferidas por esta jurisdicción.

Por otro lado, frente a la diligencia de autenticación como requisito de valor probatorio para las copias, compartimos los siguientes argumentos: “En el caso de las copias de documentos originales, la autenticidad consiste en la identidad y exactitud de contenidos, consideradas en sí mismas, y, a la luz del enunciado principio, no depende del sello ni de la firma notarial puestos en la copia - fetichismo que a nuestro modo de ver es inconstitucional - sino de la efectiva adecuación entre los dos documentos, la cual, con arreglo a lo dicho, ha de suponerse y tenerse por cierta mientras no pueda probarse la divergencia entre uno y otro, lo que equivaldría a establecer la falsedad”.¹⁰⁵⁵ Es evidente, que él no dictar el mandamiento de pago porque el título ejecutivo se aporta al proceso en simples copias, en aquellos casos en que la ley no exige requisitos adicionales, no es más que una manera de ponerle trabas al ejecutante en cuanto al acceso de la administración de justicia y una manera de rendir un culto excesivo al fetichismo y al excesivo formalismo, que en nada contribuyen al principio denominado: “administración de justicia efectiva”. Se reitera, la anotación notarial no es lo que genera la autenticidad del documento, sino su uniformidad con el original.

A manera de gran conclusión, y como corolario a lo expresado a lo largo del presente acápite, no debe haber ninguna duda con relación a que, con el advenimiento de la Constitución de 1991, artículos como el 254 del Código de Procedimiento Civil, son vestigios obsoletos y vetustos de un sistema jurídico en materia probatoria mandado a recoger, sin embargo, la Corte Constitucional, en desafortunada providencia lo declaró exequible y nuestras altas Cortes han continuado aplicándolo en detrimento de principios constitucionales como la Buena Fe, La Prevalencia del derecho Sustancial sobre el procesal y el acceso efectivo a la administración de justicia.¹⁰⁵⁶ El tratadista Hernán Fabio López Blanco, al comentar el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil¹⁰⁵⁷,

¹⁰⁵⁵ Salvamento de voto a la sentencia C-023 de febrero 11 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Arango Mejía.

¹⁰⁵⁶ Ver, entre otras: sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, de septiembre 11 de 2001, Radicación 16.507, Magistrado ponente Dr. José Roberto Herrera Vergara; Llama la atención de esta jurisprudencia lo expresado en la misma con relación al alcance del artículo 11 de la ley 446 de 1998, ya que es evidente que tal artículo se circunscribe a los documentos de carácter privado, sin embargo, se olvida que existe el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, el cual consagra la misma presunción con respecto a los documentos públicos la cual era perfectamente aplicable para el caso concreto; y Consejo de Estado, Sala de lo contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia de 3 de mayo de 2002. Expediente 2529, Consejero Ponente: Dr. Mario Alario Méndez.

¹⁰⁵⁷ La Ley 794 de 2003, Reformas al Código de Procedimiento Civil, Editores DUPRÉ, página 113.

reformado por la Ley 794 de 2003, concluyó: “Resalto que en menos de diez años se ha ido asentando la idea de la inutilidad que representa el exceso de formas y es por eso que ya dejó de ser una herejía el presumir como auténticos casi todos los documentos privados¹⁰⁵⁸ (estamos en mora de eliminar el “casi”), salvo los que expresamente la ley no lo repunte como tal, de modo que será en esos excepcionales eventos que se acuda a alguno de los sistemas previstos para otorgarle autenticidad.”

B. El registro presupuestal como documento integrante del título ejecutivo complejo

Los contratos estatales son solemnes, es decir, para que puedan nacer a la vida jurídica se requiere que cumplan unos requisitos contemplados en la ley. Esto con el objeto de que tales contratos; por la envergadura de los mismos, en el sentido de que en ellos está envuelto el interés general; graviten dentro de una atmósfera de certeza y seguridad jurídica.

Es así como la Ley 80 de 1993 en sus artículos 39 y 41 inciso 1°, contiene expresas ritualidades para el perfeccionamiento del contrato, es decir, para que exista y sea susceptible de ejecución. Adicionalmente la Ley orgánica de presupuesto introdujo otro requisito de perfeccionamiento.

Ahora bien, tales requisitos son:

1. El contrato estatal debe constar por escrito, suscrito por las partes contratantes.
2. En el escrito se debe plasmar el acuerdo en torno al objeto y la contraprestación.
3. Este compromiso deberá constar con registro presupuestal para que los recursos con él comprometidos no sean afectados a ningún otro fin (art. 71, del Decreto 111 de 1996).

Es menester señalar que existe una aparente contradicción entre el artículo 41, inciso 1° de la Ley 80 de 1993 y la Ley orgánica del presupuesto, ya que el primero señala que el registro presupuestal es un requisito previo para la ejecución del contrato, al paso que la segunda habla de que el registro presupuestal es un requisito para el perfeccionamiento del contrato.

Es necesario señalar que esta contradicción es aparente y no real, ya que dicha disconformidad se debe entender de la siguiente manera: al darse el acuerdo entre

¹⁰⁵⁸ Se advierte que esta afirmación es aún más valedera para los públicos, tal como lo establece el primer inciso del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil.

el objeto y la prestación y tal acuerdo elevarse por escrito, el contrato ya existe y, por ende, se podrá poner en entredicho su validez a través de su acusación judicial. Empero, aunque el contrato existe, aún no está perfecto, es decir, aún no es posible que el mismo entre a concretizarse en la realidad debido a que se exige el correspondiente registro presupuestal. El Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa no explica:

En consecuencia, 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 éste los recursos para su ejecución.¹⁰⁵⁹

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar que existencia en el caso de los contratos estatales, no equivale a perfección. La existencia del contrato estatal tiene como finalidad, visualizar el negocio jurídico en cuanto a los requisitos anteriores a su celebración, como sería: la planeación de la entidad estatal para emprender la contratación, la selección pública para seleccionar al contratista, etc. El perfeccionamiento del contrato se dirige a reputar que el negocio jurídico ya es susceptible de producir efectos jurídicos en el mundo real, es decir, ya puede ser ejecutado, luego liquidado si requiriere de liquidación y si es del caso, las obligaciones que de él emanen, hacerse efectivas a través del proceso ejecutivo.

Lo anterior debe entenderse de esta manera ya que la Ley 80 de 1993 es una ley ordinaria que debe adecuarse en un todo frente a la Ley orgánica de presupuesto por ser una regulación de mayor jerarquía. Así lo manifestó la Corte Constitucional en sentencia C-772 del 10 de diciembre de 1998, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz, así:

Quiere decir lo anterior que el análisis que en sede de constitucionalidad se efectúe de los mandatos específicos de ese estatuto general de contratación de la Administración Pública demandados por el actor, ha de sustentarse en los postulados básicos del Estado Social de Derecho, y verificar, a partir de ellos, que sus preceptos no solo contribuyen al desarrollo efectivo de los principios rectores del mismo sino, desde luego, que no contrarían ni desbordan las disposiciones ni de la Constitución Política ni las del Estatuto Orgánico de Presupuesto[...]

Como conclusión a todo lo anterior, se puede afirmar, que el registro presupuestal es un requisito de perfeccionamiento del contrato. Es decir, para que con base en el contrato se pueda iniciar su ejecución y posterior liquidación y si es del caso,

¹⁰⁵⁹ Delitos de celebración indebida de contratos, Universidad Externado de Colombia, Página 161.

el cumplimiento de las obligaciones a través del proceso ejecutivo, se requiere indefectiblemente del registro presupuestal.

Ahora bien, a pesar de lo expuesto en este literal, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento expuso que el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero no modificó la Ley 80 de 1993, dado que la misma establece los requisitos para el perfeccionamiento del contrato y señala que el registro presupuestal es un requisito de ejecución del contrato, al paso que el mencionado Estatuto al establecer que el registro presupuestal es un requisito para el perfeccionamiento de los actos administrativos que impliquen erogaciones presupuestales, no está incluyendo el contrato estatal, pues el acto administrativo bilateral no es un concepto de recibo en nuestro ordenamiento jurídico. La posición que se comenta se expuso en los siguientes términos:

A diferencia de lo afirmado en las precitadas providencias, la Sala considera que el estatuto orgánico de presupuesto no modificó la Ley 80 de 1993 en cuanto a los requisitos de existencia del contrato estatal, por las siguientes razones:

a. Cuando el estatuto orgánico del presupuesto alude a los actos administrativos no se refiere al contrato estatal.

El contrato estatal no es una especie de acto administrativo, pues aunque los dos sean actos jurídicos, el primero es esencialmente bilateral en tanto que el segundo es eminentemente unilateral. Lo que permite afirmar, como acertadamente lo hace Gordillo, que “El contrato es una construcción demasiado específica como para subsumirla fácil y totalmente dentro de la categoría genérica de los actos jurídicos administrativos”.¹⁰⁶⁰

b. La ley 80 de 1993 no es contraria al estatuto orgánico de presupuesto, sus disposiciones son concordantes con los principios de dicha ley.

La Sala encuentra que la Ley 80 de 1993, más que contrarias las normas del estatuto orgánico de presupuesto, las desarrolla, porque i) condiciona la apertura de los procedimientos de selección del contratista a la realización de estudios que analicen, entre otros aspectos, su adecuación a los planes de inversión, de adquisición, de compras y presupuesto (art. 30) y porque ii) exige el registro

¹⁰⁶⁰ Agustín Gordillo, Tratado de derecho administrativo, El acto administrativo; 1ª edición colombiana; Fundación de Derecho Administrativo; Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1999, p. 31.

presupuestal para la ejecución del contrato (art. 41, inc. 2º), en consideración a que las entidades públicas no pueden gastar lo que no tienen.

Así, el registro presupuestal, que consiste en la certificación de apropiación de presupuesto con destino al cumplimiento de las obligaciones pecuniarias del contrato; es un instrumento a través del cual se busca prevenir erogaciones que superen el monto autorizado en el correspondiente presupuesto, con el objeto de evitar que los recursos destinados a la financiación de un determinado compromiso se desvíen a otro fin.

De conformidad a lo expuesto se tiene:

- Gramatical y jurídicamente el contrato es perfecto cuando existe, esto es cuando se cumplen los elementos esenciales que determinan su configuración.
- Por virtud de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 el contrato estatal existe, esto es, “se perfecciona” cuando “se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y este se eleve a escrito”, y es ejecutable cuando se cumplen las condiciones previstas en el inciso segundo del artículo 41 de la ley, interpretando en concordancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 179 de 1994, compilado en el artículo 71 del estatuto orgánico de presupuesto, Decreto-Ley 111 de 1996.
- El requisito relativo al registro presupuestal no es una condición de existencia del contrato estatal, es un requisito de ejecución.¹⁰⁶¹

La anterior posición expuesta por el Consejo de Estado es criticable por las siguientes razones:

- a.** Los actos administrativos son de dos clases: los unilaterales y los bilaterales y pertenecen al género actos de la administración pública, por ende lo dispuesto en el artículo 71 del estatuto orgánico del presupuesto si se aplica al Contrato Estatal por ser un clásico acto administrativo bilateral.
- b.** El Consejo de Estado parte de un equívoco al exponer su posición en el aparte jurisprudencial transcrito. Equipara el perfeccionamiento del Contrato con la Existencia del Contrato, cuando en realidad la existencia del contrato se manifiesta

¹⁰⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia proferida el 28 de septiembre de 2006, expediente 15.307; actor: Sergio David Martínez.

a partir de su celebración, de conformidad a lo contemplado en el inciso primero del artículo 41 de la Ley 80 de 1993. Es exactamente lo que ocurre con relación a los actos administrativos unilaterales que implican erogaciones presupuestales, dado que su existencia no depende de que exista registro presupuestal.

c. Como corolario de lo expuesto en el literal anterior, un contrato estatal puede existir y no encontrarse perfecto por carecer de registro presupuestal. Consideramos entonces que para el tema que nos ocupa se debe diferenciar con toda precisión los conceptos de celebración del contrato que implica existencia del mismo y perfeccionamiento del contrato, que solo se obtiene cuando se expide el correspondiente registro presupuestal.

d. Por último, una ley estatutaria debe prevalecer sobre una orgánica, por tanto, el artículo 71 del Decreto-Ley 111 de 1996 si modificó el artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

Teniendo claro entonces que el registro presupuestal es un requisito de perfeccionamiento del contrato y no de ejecución del mismo, en este punto de la disertación es menester formular el siguiente cuestionamiento: ¿qué ocurriría si el Contrato Estatal, a pesar de existir, por darse el acuerdo entre objeto y precio y elevarse por escrito, es ejecutado sin el correspondiente registro presupuestal? La respuesta es simple, estaríamos ante una operación administrativa irregular, porque se concretiza la voluntad de la administración en la realidad jurídica, pero mediante la ejecución de un contrato no perfecto imposibilitado para producir efectos jurídicos.¹⁰⁶² Por lo tanto, es requisito para el mérito ejecutivo del contrato estatal el registro presupuestal. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos: Ante la ausencia de estos requisitos esenciales al nacimiento y perfeccionamiento del contrato, éste no alcanzó a nacer a la vida jurídica y cualquier circunstancia que se hubiere desarrollado bajo el mal entendido que estaba vigente un contrato [...] son fenómenos de hecho que no están regidos por ningún negocio jurídico; por tanto, mal puede pensarse en obligaciones nacidas de esta situación, porque la nada no puede producir nada.¹⁰⁶³

De lo anterior se pueden colegir dos conclusiones finales:

a. La Ley 80 de 1993 en armonía con la ley orgánica del presupuesto, trae un requisito adicional para el mérito ejecutivo del documento que contiene un contrato estatal, el cual, por ende, no está contemplado en la ley ordinaria, cual es el del registro presupuestal.

¹⁰⁶² En este evento se produce una situación similar a la de los actos administrativos no notificados que, sin embargo, se ejecutan. Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Auto de abril 17 de 1991, Sección Tercera, Consejero Ponente: Julio Cesar Uribe Acosta, expediente 6602.

¹⁰⁶³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 8 de mayo de 1995, Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández, exp. 9999.

b. En cuanto a las obligaciones que genera un contrato estatal sin perfeccionar, estamos ante operaciones administrativas ya que el contrato estatal existe, por lo tanto, la expedición del acto administrativo bilateral ya se dio, lo que ocurre es que no puede ser ejecutado, ni mucho menos liquidado. Sin embargo se ejecuta, lo que abre la posibilidad de ejercer la acción contractual en contra de tales operaciones administrativas que pueden generar, por ejemplo un enriquecimiento ilegal a favor de la entidad estatal y por ende un empobrecimiento correlativo para quien desarrolla el objeto del contrato estatal sin perfeccionar. Ahora, sobre este punto, el Consejo de Estado ha precisado que ejecutar un contrato no perfeccionado es una situación que genera compensación de culpas y, por ende, la eventual indemnización debe ser reducida, veamos:

También se presenta si la situación es generada por la concurrencia de acciones u omisiones provenientes de los dos sujetos, ente público y particular, como ocurre, por ejemplo, cuando a pesar de que el contrato no es ejecutable por la falta de alguno de los requisitos que condicionan su ejecución, el particular ejecuta prestaciones con el asentimiento de la entidad, en la confianza de que prontamente todo se regularizará. En este caso existe intervención concurrente de la entidad y del particular en la producción de los daños que se alegan; de la primera porque desatiende la obligación legal de abstenerse de la ejecución hasta que se cumplan los requisitos legales correspondientes, y del particular porque, al estar igualmente sometido a dichas normas imperativas, no debe iniciar la ejecución de un contrato que está suspendido legalmente, pues la circunstancia de que la entidad no hubiere cumplido con la obligación de adelantar los trámites administrativos necesarios para que el contrato celebrado sea ejecutable, no lo habilita para iniciar su ejecución y por ende, no configura la responsabilidad exclusiva de la entidad pública frente a los daños derivados del no pago de las prestaciones ejecutadas.¹⁰⁶⁴

La anterior posición es discutible toda vez que se le otorga una carga al administrado contratista que la ley no contempla, el ser garante de la legalidad del contrato estatal, en nuestro concepto, la indemnización debe ser plena siempre y cuando el administrado actúe de buena fe y la administración lo haya inducido en error al ejecutar un contrato no perfeccionado, en caso contrario, es decir, en el evento de que el administrado supiera que no podía ejecutar el contrato, la compensación de culpas es plenamente viable. En este sentido compartimos en un todo el salvamento de voto del Dr. Enrique Gil Botero emitido frente a la providencia que se critica.

¹⁰⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 7 de junio de 2007. Expediente 14669. Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2007, páginas 1817 a 1834.

Ahora bien, en este tema es necesario recalcar la importancia jurídica de la operación administrativa para que no haya equívoco en la segunda conclusión es puesta, así: “Constituye el aspecto dinámico práctico en la materialización de lo dispuesto en la ley o en el acto”¹⁰⁶⁵. Este mismo autor en otra de sus obras afirma: “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”¹⁰⁶⁶.

No sobra advertir antes de pasar al siguiente asunto lo siguiente: si quién oficia como acreedor es el Estado y el deudor es un particular, no hay necesidad de registro presupuestal por tratarse del compromiso de un patrimonio de carácter privado.

C. Títulos ejecutivos en materia contencioso administrativa (Artículo 297 del CPA)

De conformidad a pronunciamiento de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, a través de la cual se dirimió un conflicto negativo de competencias entre la Jurisdicción Contenciosa y la Jurisdicción Ordinaria, donde el actor era la Sociedad de Acueducto y Alcantarillado de Montería, Aprobado según acta de sala N°31 de mayo 25 de 2000, se estableció que los títulos ejecutivos susceptibles de ser documentos eficientes para promover procesos ejecutivos ante la jurisdicción contenciosa, son los siguientes:

a. Cuando el título ejecutivo tenga como base el recaudo de una sentencia condenatoria en contra del Estado proferida por la Jurisdicción Contencioso Administrativa y mediante la cual se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias (Numeral 1° del artículo 297 del CPA) o una conciliación judicial que termine anormalmente el proceso contencioso. Es pertinente advertir que en este caso se trata de condenas en concreto y no de condenas en abstracto donde se requerirá de la liquidación respectiva que, junto con la sentencia, se constituirá en un título ejecutivo complejo. Ahora bien, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo amplió los títulos ejecutivos en este tópico a todos los mecanismos alternativos de solución de conflictos (transacción, amigable composición, arbitramento y arreglo directo), al establecer que constituyen título ejecutivo las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible (Numeral 2° del artículo 297 del CPA).

¹⁰⁶⁵ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo II. *Op. cit.*, p. 107.

¹⁰⁶⁶ SANTOFIMIO GAMBOA, Delitos de Celebración Indevida de Contratos. *Op. cit.*, p. 104.

Por otro lado, es erróneo circunscribir las sentencias condenatorias susceptibles de ejecutarse a través del contencioso solo en materia de contratación estatal, tal como equivocadamente lo viene sosteniendo el Consejo de Estado¹⁰⁶⁷, habida cuenta que las normas que se refieren a la materia en ningún momento limitan el asunto a solo ese aspecto, siendo pertinente anotar que las normas de competencia son taxativas y de interpretación restrictiva, por tanto, es nuestro parecer que todas las sentencias condenatorias en contra del Estado emitidas por la jurisdicción contencioso administrativa son ejecutables ante la mencionada jurisdicción especializada.

Ahora bien, es pertinente reiterar que las sentencias que prestan mérito ejecutivo susceptibles de dar inicio al proceso de ejecución, son aquellas que poseen una obligación clara, expresa y exigible, es decir, que condenan en concreto, toda vez que las condenas en abstracto carecen de tales atributos, habida cuenta que se trata de montos por liquidar indeterminados, por tanto, el título en estos casos es complejo, es decir, está compuesto por la condena en abstracto más el auto aprobatorio de la liquidación de la condena o el acto administrativo que contenga tal liquidación, según el caso. La doctrina se ha pronunciado en este sentido, así:

Debe tratarse de sentencias en firme y ejecutoriadas conforme el Código de Procedimiento Civil o al aplicable de conformidad con la jurisdicción donde se profiera el correspondiente fallo. Al igual que lo señalado a propósito de los actos que constituyen títulos ejecutivos, la sentencia debe contener la obligación de pagar una suma líquida de dinero, determinada y no por determinar, esto es, concreta y específica, de lo contrario se imposibilitaría su recuperación por la vía ejecutiva. No constituiría título suficiente, por ejemplo, la sentencia que hubiere efectuado una condena en abstracto. En esta hipótesis sería procedente su cobro ejecutivo solo si se hubieran efectuado los trámites o procedimientos para su liquidación en concreto, y se hubiere obtenido un resultado definitivo y perfectamente cuantificable.¹⁰⁶⁸

Sin embargo, es importante anotar que las sentencias condenatorias en materia laboral y algunas de reparación directa, son susceptibles de ejecutarse sin necesidad de realizar una liquidación en concreto a través de un acto administrativo o un auto liquidatorio en virtud de un incidente. Este porque se reúnen los requisitos del artículo 491 del CPC, es decir, se trata de sumas liquidables por simple operación aritmética, sin estar sujetas a deducciones indeterminadas, tal como

¹⁰⁶⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 13 de noviembre de 2003, exp. 23757, C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

¹⁰⁶⁸ SANTOFIMIO GAMBOA. Tomo III. *Op. cit.*, 647.

acontece con las condenas en salarios mínimos o la reliquidación de mesadas pensionales o salariales, donde solo se tiene en cuenta el salario devengado por el empleado mes a mes.

b. Cuando el proceso ejecutivo se derive directamente del Contrato Estatal, de aquellos cuyo conocimiento está asignado a la jurisdicción contencioso administrativa. Sobre este título se hace necesario hacer seis comentarios:

- Cuando se trate de título valores provenientes de un contrato estatal, el proceso ejecutivo se adelanta ante la jurisdicción ordinaria y no la contenciosa, porque el título valor es de suyo un documento escindible al negocio subyacente y como tal tiene entidad propia. El Consejo de Estado ha dicho sobre el particular: “En estas condiciones, se observa que los títulos-valores son suficientes por sí mismos, generan obligaciones propias, autónomas e independientes del negocio subyacente y tienen vida propia, sin necesidad de requisitos adicionales para su existencia y valides. En consecuencia la satisfacción de la prestación que contienen debe ejecutarse autónomamente ante el juez competente. En cuyo caso le corresponde a la justicia ordinaria, de acuerdo con las reglas generales y especiales de competencia el avocar el conocimiento”¹⁰⁶⁹.

Esta posición es asumida de igual forma por el Consejo Superior de la Judicatura en los siguientes términos: “En criterio de la Sala, el cobro forzoso de las facturas cambiarias que dieron origen al proceso ejecutivo, lo será a través de la acción cambiaria de que trata el artículo 782 del Código de Comercio y por tan ante los jueces civiles ordinarios, debiéndose entonces dirimir el impase presentado entre la Sala Civil del Tribunal Superior de Antioquia y el Tribunal Contencioso Administrativo de Antioquia, asignando la competencia a la jurisdicción civil ordinaria, representado por la primera Corporación en segunda instancia”¹⁰⁷⁰.

Sin embargo, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente: si el título valor aún se encuentra en manos del acreedor contractual, esto es, no ha circulado, la acción ejecutiva debe impetrarse ante el contencioso administrativo, veamos:

[...] La sola existencia de títulos valores de contenido crediticio no implica siempre que la relación entre sus partes se rija por el derecho cambiario. En efecto, cuando el título permanece entre

¹⁰⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de marzo 9 de 2000, Expediente 14503, Magistrado Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros, página 521 de *Legis*.

¹⁰⁷⁰ Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Bogotá D.C., seis (6) de septiembre de dos mil uno (2001). Magistrado Ponente: Dr. Leonardo Perdomo Perdomo. Radicación: No 20010683-01 Aprobada según acta No 82 de septiembre 6 de 2001.

las partes del negocio subyacente conserva relevancia la relación causal entre éste, por lo cual, el deudor puede oponer excepciones propias del contrato y el juez deberá aplicar el derecho que lo rige.

Cuando se trata de contratos estatales que originaron la creación de un título valor, por ejemplo de un pagaré, que no ha circulado y cuyo cobro se pretende por la vía judicial, teniendo en cuenta que se pueden oponer excepciones propias del contrato estatal, el competente para conocer de la ejecución será el juez de lo contencioso administrativo, siempre que concurren los siguientes requisitos:

- a) Que el título valor haya tenido como causa un contrato estatal.
 - b) Que el contrato del que se trate sea de aquellos de los que conoce la jurisdicción contencioso administrativa.
 - c) Que las partes del título lo sean también del contrato.
 - d) Que las excepciones derivadas del contrato sean oponibles en el proceso ejecutivo. [...].¹⁰⁷¹
- Por otro lado, el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 hace referencia a la competencia de la Jurisdicción de Contencioso administrativa en cuanto a la ejecución que se origine de las obligaciones claras, expresas y exigibles que se originen del contrato estatal y la ejecución del mismo. Por lo tanto las obligaciones que reúnan estas características en favor de la entidad pública contratante y emanen de un acto administrativo contractual, no se harán exigibles a través de la jurisdicción coactiva sino a través del proceso ejecutivo adelantado ante la jurisdicción contencioso administrativa. En este sentido, el Consejo de Estado, se pronunció en cuanto a la orden de hacer efectiva la garantía de cumplimiento, así: “Lo anterior permite deducir que una vez declarado el incumplimiento de las obligaciones del contratista y configurado el siniestro, se ordenará hacer efectiva la garantía otorgada, mediante acto administrativo, el cual podrá ser objeto de recursos en la vía gubernativa, pero la ejecución no podrá tramitarse mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva, sino mediante el proceso ejecutivo ante esta jurisdicción [...]”¹⁰⁷².

¹⁰⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III. Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 21 de febrero de 2002, Radicación número: 41001-23-31-000-2000-2175-01 (19270) Actor: Bancafé.

¹⁰⁷² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de agosto 24 de 2000, Magistrado Ponente Jesús María Carrillo Ballesteros.

La anterior regla también se aplica en materia de contratos de seguro que amparen obligaciones derivadas de contratos estatales, tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos: “[...] una vez declarado el incumplimiento de las obligaciones del contratista y configurado el siniestro, se ordenará hacer efectiva la garantía otorgada, mediante acto administrativo, el cual podrá ser objeto de recursos en la vía gubernativa, pero la ejecución no podrá tramitarse mediante el procedimiento de la jurisdicción coactiva, sino mediante el proceso ejecutivo ante esta jurisdicción[...]”.¹⁰⁷³

Sin embargo, parece que la anterior posición no es pacífica pues se ha afirmado que si la administración pública garantiza la ejecución del contrato con base en un contrato de seguro, el proceso ejecutivo respectivo no se adelanta ante la jurisdicción contencioso administrativa, tal como lo ha expresado el Consejo de Estado en los siguientes términos: “[...] la obligación que tiene el contratista de garantizar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, cuando tal cosa se hace a través del contrato de seguro, no genera un contrato estatal y, por consiguiente, para los procesos ejecutivos que en él se generen no se aplica el artículo 75 de la Ley 80 de 1993, lo cual equivale a decir que no es competente la jurisdicción de lo contencioso administrativo para conocerlos” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 17244 de abril 4 de 2002, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez.)

Es importante anotar que cuando el título ejecutivo sea una factura de cobro de prestación de servicios públicos domiciliarios, expedida por la empresa prestadora de servicios públicos, siempre que el contrato de servicios públicos sea de aquellos que conoce esta jurisdicción, lo procedente es la jurisdicción coactiva. Sobre este punto, es necesario advertir que la jurisprudencia en comento lo traía como un caso de ejecución ante la jurisdicción contenciosa, sin embargo, la Ley 689 de 2001, a través de su artículo 18, el cual modificó el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, cambió este panorama, así:

“Las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos podrán ser cobradas ejecutivamente ante la jurisdicción ordinaria o bien ejerciendo la jurisdicción coactiva por las empresas industriales y comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos. La factura expedida por la empresa y debidamente firmada por el representante legal de la entidad prestará mérito

¹⁰⁷³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia 11.318, de agosto 24 de 2000, Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

ejecutivo, de acuerdo con las normas del derecho civil y comercial. Lo prescrito en este inciso se aplica a las facturas del servicio de energía eléctrica con destino al alumbrado público. El no pago del servicio mencionado acarrea para los responsables la aplicación del artículo que trata sobre los deberes especiales de los usuarios del sector oficial”.

Otro punto que es importante anotar es lo dispuesto en el párrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que reformó la Ley 80 de 1993 y donde se estableció otra excepción a la regla general, en lo relacionado con las multas y la cláusula penal pecuniaria que se pacten en el Contrato Estatal. En estos eventos la vía viable es la jurisdicción coactiva y no el proceso ejecutivo ante la jurisdicción contencioso administrativa. Veamos lo dispuesto por dicha disposición: La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiéndose acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva.

- Es importante advertir que el artículo 5° de la Ley 1066 de 2005 no afectó la competencia en materia de procesos ejecutivos contencioso administrativos que se deriven de obligaciones emanadas del contrato estatal, habida cuenta que aquella norma es de carácter general en materia de cobro coactivo, al paso que la regulación en materia del proceso ejecutivo contractual es especial (art. 75 de la Ley 80 de 1993).
- Se pueden cobrar ejecutivamente los cánones de arrendamiento adeudados en un contrato de arrendamiento estatal, tal como lo ha aceptado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

El contrato de arrendamiento en el cual surge la obligación de pagar sumas de dinero a cargo de cualquiera de las partes contratantes, resta mérito ejecutivo para el cobro de las mismas, como lo establece en forma expresa el artículo 23 de la ley 56 de 1985, que bien puede aplicarse analógicamente al contrato de arrendamiento en materia mercantil –artículo 8 Ley 153 de 1887.

Cuando la demanda se orienta a perseguir el pago de cánones insolutos o de sumas pendientes derivadas del contrato, no incumbe al arrendador probar que el arrendatario dejó de cancelar dichas obligaciones, ya que las negaciones indefinidas no requieren prueba (artículo 177 Código de Procedimiento Civil-; por lo tanto, solo le basta al arrendador afirmar que no se le han

cubierto los cánones correspondientes a determinado lapso para que se tenga como cierto tal hecho, quedándole al arrendatario la carga de presentar prueba del hecho del pago.¹⁰⁷⁴

- Ahora bien, es necesario afirmar que no es viable por la vía ejecutiva cobrar el anticipo cuando el contrato no se ha ejecutado, toda vez que el anticipo es un préstamo que se le otorga al contratista, esto es, el dinero que lo constituye no deja de ser público y, por ende, el contratista no puede ser considerado acreedor del mismo, salvo que, se reitera, ejecute el contrato, dado que, el anticipo debe pagarse al contratista para que pueda ejecutar las obligaciones a su cargo.¹⁰⁷⁵
- El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contempla esta especie de título ejecutivo en los siguientes términos: “Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones” (Numeral 3° del artículo 297 del CPA)

c. Siguiendo la misma lógica de las sentencias judiciales, consideramos que las conciliaciones judiciales o extrajudiciales propias del contencioso administrativo, que contengan una obligación clara, expresa y exigible, deben ser cobradas mediante un proceso ejecutivo ante la jurisdicción contenciosa administrativa. El juez del conocimiento debe ser el juez de la ejecución. Así lo ratificó el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, aún más, lo amplió a los demás mecanismos alternativos de solución de conflictos (Numeral 2° del artículo 297 del CPA).

Así mismo, cabe señalar que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que en los casos de decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible, la orden de cumplimiento del Juez

¹⁰⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Sentencia del 16 de mayo de 2002. Radicación número: 25000-23-26-0002000-2830-01 (21115), actor: Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

¹⁰⁷⁵ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Providencia del 22 de junio de 2001, Radicación número: 44001-23-31-000-1996-0686-01 (13436).

se emitirá transcurridos seis (6) meses desde la firmeza de la decisión o desde la fecha que en ella se señale, bajo las mismas condiciones y consecuencias establecidas para las sentencias como título ejecutivo. El juez competente en estos eventos se determinará de acuerdo con los factores territoriales y de cuantía establecidos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Inciso segundo del artículo 298 del CPA). Este apremio judicial es bastante interesante porque se trata de asuntos resueltos de manera extrajudicial y, sin embargo, el Juez conserva competencia para exigir el cumplimiento de tales acuerdos o mecanismos. Sin embargo, consideramos que esta orden judicial no incide en la exigibilidad del título o en la producción de intereses moratorios, aunque resulta loable porque puede ser protegida a través del incidente de desacato correspondiente.

d. Como novedad del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se encuentra la posibilidad de adelantar ante la jurisdicción contencioso administrativa procesos ejecutivos con base en copias auténticas de actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa, y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa. La autoridad que expida el acto administrativo tendrá el deber de hacer constar que la copia auténtica corresponde al primer ejemplar (Numeral 4° del artículo 297 del CPA). Esta novedad amplía de una manera significativa la amalgama de títulos ejecutivos que se pueden hacer valer ante la jurisdicción contenciosa, por ejemplo: piénsese en todos los reconocimientos laborales que se hacen en sede administrativa. Es importante aclarar en este literal que si el acto administrativo impone una sanción o una carga en contra de un particular, no es viable la acción ejecutiva por el contencioso, dado que la disposición que se analiza solo hace referencia a obligaciones a cargo de autoridades administrativas.

Por otro lado, cabe precisar que el artículo 156 del CPA, regula la competencia por factor del territorio, empero, no se refiere a los procesos ejecutivos que se adelanten con base en copia auténtica de actos administrativos, vacío normativo que debe ser suplido con base en lo dispuesto en el numeral 2° de la anotada disposición, es decir, acoger la regla de competencia territorial para los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, esto es, el Juez competente en estos casos será el del lugar donde se expidió el acto o el del domicilio del demandante, siempre y cuando la entidad demandada tenga oficina en dicho lugar.

D. Intereses e indexación

Es pertinente tener en cuenta que normalmente la obligación se hace exigible cuando el deudor se constituye en mora, sin embargo, la mora y los intereses que

esta genera no se pueden confundir con las fórmulas de indexación que buscan preservar el poder adquisitivo de la moneda. Sobre el particular, el Consejo de Estado ha dicho: “El interés moratorio es una sanción para el deudor moroso y una indemnización para el acreedor; en cambio, la indexación es un mecanismo para que el pago de la obligación responda al verdadero valor que tenía al momento de su surgimiento”¹⁰⁷⁶.

Por lo tanto, si se trata de una obligación dineraria, es perfectamente viable, una vez constituido en mora el deudor, ejecutarlo para que cumpla la obligación, aunado a la indexación correspondiente por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el pago de intereses moratorios a título de indemnización por los perjuicios ocasionados con ocasión del incumplimiento en el pago durante el plazo estipulado. En conclusión, no son incompatibles y se puede exigir el pago mediante una sola demanda ejecutiva, los siguientes conceptos: intereses corrientes (los que se causan durante el plazo a título de frutos o réditos del capital), intereses moratorios (los que se causan a título de sanción por no satisfacer la obligación en el plazo convenido) y la indexación (actualización monetaria).

Es importante anotar que la tasa de interés de mora que se debe aplicar a los contratos estatales en los que esta no se pactó, será equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de la deuda. Así lo advirtió el Consejo de Estado, en la sentencia 23989, expedida el 7 de octubre de 2004, Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez. Esto porque la Ley 80 de 1993 reguló de manera íntegra el régimen de los intereses moratorios en la contratación estatal, razón por la cual, a falta de estipulación de las partes, no es posible remitirse a la legislación comercial para aplicar al artículo 886 del Código de Comercio.

A pesar de lo expuesto en los párrafos anteriores, cabe manifestar que la Corte Suprema de Justicia sostiene lo siguiente: si los intereses se tasan por las partes sobre la base del interés bancario corriente no opera la indexación como un rubro aparte, toda vez que dicha base ya tiene contenida la corrección monetaria. Por ende, el rubro de la indexación solo se reconoce como un monto separado de los intereses, si se tasan dichos intereses con base en el interés legal civil. Veamos lo expuesto por la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria:

Respecto a que la parte demandada debe ser condenada a pagar la desvalorización monetaria, es cierto que la Corte ha reconocido la necesidad de reajustar las obligaciones en dinero que se encuentran afectadas por el fenómeno de la inflación, aunque no en la urgencia

¹⁰⁷⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Santafé de Bogotá, D.C., tres (3) de agosto de dos mil (2000), Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

de reparar un daño emergente, según en alguna oportunidad se sostuvo, sino en obediencia a principios más elevados como la equidad, el de la plenitud del pago, o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales, toda vez que la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino a su cuantía. Empero, también ha precisado que cuando el pago involucra el reconocimiento de intereses, no es dable ordenar el ajuste monetario, tratándose de intereses de naturaleza comercial, sean aquellos remuneratorios o moratorios, so pena de cohonestar un doble pago, porque en el interés bancario corriente que sirve de parámetro para su cuantificación, también se comprende la aludida corrección.¹⁰⁷⁷

Por otro lado, si las partes pactan sus intereses de conformidad a los parámetros legales (interés convencional), pero sin recurrir a las tasas de interés bancario corriente, la indexación es perfectamente viable. Empero, cuando se trata de pagar intereses de mora por el no pago de una sentencia judicial, es imposible reconocer al mismo tiempo la indexación y dichos intereses, pues ambos conceptos obedecen corresponden a la misma causa, es decir, a la devaluación del dinero. Por ejemplo: si se ordena el reintegro de un trabajador y la actualización de las sumas liquidadas desde la fecha de causación hasta su pago efectivo, no puede condenarse a cancelar los intereses de mora, porque son incompatibles.¹⁰⁷⁸

Sobre este mismo tema es importante anotar que cuando en materia de contratación estatal se regulan intereses comerciales, se debe diferenciar los conceptos de exigibilidad y mora, dado que si no se ha pactado plazo, es decir, si se trata de una obligación pura y simple, la exigibilidad opera inmediatamente, al paso que la mora solo se presenta luego del requerimiento respectivo, lo cual da vía libre para cobrar intereses de mora a título de perjuicios. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado al referirse al artículo 885 del CCO, en los siguientes términos:

Estas orientaciones de orden legal y jurisprudencial permiten despejar cualquier duda en cuanto al sentido que debe desentrañarse del texto del artículo 885 del Código de Comercio, norma que en manera alguna reguló el pago de intereses moratorios ni la constitución automática en mora del deudor, puesto que resulta suficientemente claro que cuando las partes no han pactado plazo para el cumplimiento de la obligación, esto es, cuando la obligación

¹⁰⁷⁷ CCXL-707, CCXXXVII-910, Sentencia del 19 de noviembre de 2001, expediente 6094.

¹⁰⁷⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto: 11001030600020120004800 (2106) de agosto 9 de 2012, Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez.

tiene la naturaleza de pura y simple, resulta indispensable que el deudor sea requerido en mora para que el acreedor tenga derecho a exigir intereses moratorios a título de perjuicios.¹⁰⁷⁹

El requerimiento referido líneas atrás opera en la práctica a través del auto admisorio de la demanda, tal como lo explica el Consejo de Estado a propósito de lo consagrado en el inciso segundo del artículo 90 del CPC de la siguiente manera:

Esta regulación del estatuto procesal permite tener a la notificación del auto admisorio de la demanda como el requerimiento judicial que debe ser efectuado por el acreedor y de esta manera lograr que el deudor quede constituido en mora y así resulte procedente el reclamo de los perjuicios causados por el incumplimiento de la prestación.¹⁰⁸⁰

Por último, resulta interesante hacer referencia a pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en el cual se señaló que los intereses remuneratorios de carácter comercial pueden producir nuevos intereses, dado que las obligaciones mercantiles están envueltas por el ánimo de lucro que guía la actividad comercial. Este fenómeno se encuentra regulado en el artículo 886 del Código de Comercio, donde se señala que los intereses pendientes no producen intereses, sino desde la fecha de la demanda judicial del acreedor o por acuerdo posterior al vencimiento, siempre y cuando, en uno y otro caso, se trate de intereses debidos, por lo menos, con un año de anterioridad.¹⁰⁸¹

E. La Procedencia de Embargos En Contra De La Administración Pública

El Proceso ejecutivo ante la jurisdicción contencioso administrativa se tramita a través del proceso ejecutivo singular de mayor cuantía regulado en el código de procedimiento civil a partir del artículo 488 (último inciso del artículo 87 del CCA¹⁰⁸²). Dicha normativa, en el artículo 513 contempla: “Desde que se

¹⁰⁷⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007. Expediente 14854. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Guzmán. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2007, páginas 2195 a 2199.

¹⁰⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007. Expediente 14854. Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Guzmán. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de diciembre de 2007, páginas 2195 a 2199.

¹⁰⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 14171 de agosto 27 de 2008, Magistrado Ponente: William Namén Vargas.

¹⁰⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Auto del 27 de enero de 2000, exp. 16962, C.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez: “Esta disposición, que, en principio, se limita a definir el trámite aplicable en los procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por esta jurisdicción, debe

presente la demanda ejecutiva podrá el demandante pedir el embargo y secuestro de bienes del demandado”. Ante esta premisa cabría preguntarse: ¿es procedente el embargo en contra de las entidades públicas, máxime si el artículo 513 ya mencionado establece que “las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación son inembargables”?

Para dilucidar este tema, tengamos en cuenta las siguientes anotaciones:

a. La regla general es la procedencia de la embargabilidad en contra de las entidades públicas ya que el sentido de un proceso ejecutivo adelantado contra las mismas es lograr la realización de la obligación de dar, hacer o no hacer en cabeza de ellas, de manera coercitiva, es decir aún en contra de su voluntad, utilizando todos los medios legales pertinentes. Un proceso ejecutivo no tiene sentido si no proceden medidas cautelares porque son estas, precisamente, las que aseguran el cumplimiento de la obligación. El tratadista Ricardo Hoyos Duque expresa sobre el particular¹⁰⁸³: “Esta rectificación jurisprudencial (se refiere al paso trascendental, a partir de la Constitución de 1991, de la inembargabilidad a la embargabilidad como regla general en contra de las entidades públicas) tiene sentido y guarda cierta lógica con los principios de acceso a la administración de justicia y eficacia (arts. 209 y 229 C.N.), ya que es claro que la finalidad del proceso, cuando este se dirige en contra de una entidad pública, es lograr el restablecimiento pleno de la situación jurídica del demandante que se ha visto lesionada con la acción o la omisión de ésta”. (Lo que está entre paréntesis es fuera de texto).

b. Para entender de manera más clara la dimensión de la regla general que se viene comentando, es necesario tener en cuenta que los bienes del Estado tienen una clasificación muy precisa: se clasifican en bienes fiscales y bienes de uso público¹⁰⁸⁴, tal como lo contempla el artículo 674 del código civil, así: “Se llaman bienes de la Unión aquellos cuyo dominio pertenece a la república. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos, se llaman bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio. Los bienes de la Unión cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes de la Unión o bienes fiscales”.

La principal diferencia entre los bienes de uso público y los bienes fiscales, es que estos están dentro del mercado y las entidades públicas pueden disponer de ellos

aplicarse también en los casos en que los procesos de ejecución tienen origen en un título ejecutivo derivado de un contrato”.

¹⁰⁸³ La procedencia de embargos contra Entidades Públicas, Congreso Colombiano de Derecho procesal (Memorias) Paipa, 1999.

¹⁰⁸⁴ Existen algunos bienes que no encajan dentro de esta clasificación tradicional: los que forman parte del patrimonio cultural, las tierras de resguardo y el espectro electromagnético.

(arrendarlos, venderlos, etc.), por lo tanto son embargables¹⁰⁸⁵, al paso que los bienes de uso público están fuera del comercio y por lo tanto son inembargables. (Numeral primero del artículo 684 del Código de Procedimiento Civil. Este artículo consagra que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico y cultural de la Nación son inembargables - Concordante con los artículos 63 y 72 de la Constitución Política-).

c. Teniendo en cuenta, entonces, que los bienes fiscales son los únicos que pueden ser objeto de embargo como medida cautelar cuando se adelanta un proceso ejecutivo en contra de entidades públicas, es pertinente advertir que el inciso tercero del artículo 177 del Código Contencioso administrativo establece que el Congreso, las Asambleas y los Concejos deben abstenerse de aprobar o ejecutar presupuestos en los que no se hayan incluido partidas o apropiaciones suficientes para atender el pago de las condenas que haya relacionado el Ministerio Público. Por lo tanto, siempre, las entidades públicas, deberán poseer disponibilidad presupuestal para atender las condenas impuestas por la Jurisdicción Contenciosa.

Aún más, preceptúa el inciso cuarto de la disposición en comento, que transcurridos 18 meses después de la ejecutoria de la sentencia de condena, se podrá adelantar proceso ejecutivo. Esta disposición debe entenderse modificada por lo dispuesto en los artículos 40 y 42 de la Ley 446 de 1998 modificatorios de los artículos 132 y 134B del CCA, en el sentido de que ya no solo es la jurisdicción ordinaria la que se ocupa de este tipo de procesos, respecto de los fallos condenatorios que ella dicte en contra de entidades públicas, sino, también la Jurisdicción Contenciosa en lo que tiene que ver con sus propias sentencias, normativa que compagina con el principio de unidad jurisdiccional. Por otro lado, es necesario tener en cuenta que el término de 18 meses de que habla la ley es un término prudencial que se le da a las entidades estatales, con el objeto de que éstas puedan hacer los trámites procedimentales necesarios en materia presupuestaria y así disponer de un rubro para cubrir las condenas impuestas por la jurisdicción contenciosa.

¹⁰⁸⁵ Sobre los bienes fiscales sucede una paradoja, aunque son embargables, y están dentro del comercio, son imprescriptibles según el numeral 7 del artículo 407 del CPC, lo cual resulta un exabrupto jurídico porque genera la inmovilidad jurídica de tales bienes, tal como lo explica el tratadista Hernán Fabio López Blanco, así: “[...]el inmovilismo jurídico que se ha creado en torno a bienes fiscales poseídos por espacio de veinte o más años, donde al poseedor se le niega legitimación para iniciar la pertenencia debido a ser bien adscrito su dominio a una persona jurídica de derecho público, pero a su vez no puede esta entidad obtener su recuperación reivindicándolo por estar prescrita la acción,[...]” *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte Especial, Tomo II, Séptima Edición, Dupré Editores, página 79.* Sin embargo, lo anterior se entiende superado por lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 136 del CCA, modificado por el Decreto 2304 de 1989, art. 23. Modificado. Ley 446 de 1998, art. 44, que señala que cuando el objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inajenables la acción no caducará, por tanto la acción reivindicatoria puede ejercerse ante la jurisdicción contencioso administrativa en cualquier tiempo, si aplicamos el criterio orgánico de competencia radicalmente.

En la jurisdicción ordinaria, en cuanto a los procesos ejecutivos que se adelantan contra las entidades públicas (salvo si se trata de sentencias condenatorias en su contra), no se aplica el término de 18 meses contemplado en el artículo 177 del CCA, sino el término de 6 meses contemplado en el artículo 336 del CPC. Esta última afirmación se aplica a los créditos laborales reconocidos mediante acto administrativo, habida cuenta que su reconocimiento implica necesariamente la disponibilidad y registro presupuestal previo (inciso primero del artículo 122 de la Constitución Política)¹⁰⁸⁶.

Es pertinente tener en cuenta que frente a ejecuciones derivadas de los contratos estatales y de las Conciliaciones Judiciales y Extrajudiciales no se aplica la restricción de los 18 meses prevista en el artículo 177 del CCA y deberá estarse por tanto, a las condiciones de pago señaladas en la Conciliación respectiva o en el contrato o en los actos administrativos o conciliaciones derivadas de su ejecución¹⁰⁸⁷.

d. Teniendo claridad, entonces, desde qué momento se puede iniciar la ejecución en contra de una entidad pública en virtud de una condena contenciosa, es pertinente manifestar hasta donde llega el ámbito del principio de inembargabilidad de los recursos públicos. Dice Ricardo Hoyos Duque¹⁰⁸⁸: “[...] el artículo 6° de la Ley 179 de 1994, incorporado al artículo 19 del Estatuto Orgánico del presupuesto (Decreto 111 de 1996) estableció que son inembargables además de las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la nación (ingresos corrientes, contribuciones parafiscales, fondos especiales y recursos de capital) [...], los bienes y derechos de los órganos que conforman el citado presupuesto así como las cesiones y participaciones de que trata el capítulo 4 del Título XII de la Constitución Política -situado fiscal a favor de los Departamentos (art. 356: hoy sistema general de participaciones), participación de los municipios y de los resguardos indígenas en los ingresos corrientes de la Nación (art. 357) y regalías y compensaciones en favor del Estado y de las entidades territoriales por explotación de recursos naturales no renovables (art. 360 y 361)-”

Como corolario de lo anterior es pertinente precisar cuáles son los órganos que conforman el presupuesto general de la Nación de acuerdo con el artículo 3° del Estatuto Orgánico de Presupuesto: “las ramas legislativa y judicial, el ministerio público, la contraloría general de la república, la organización electoral y la rama

¹⁰⁸⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto del 22 de julio de 1997, exp. S-694, C.P.: Carlos Betancur Jaramillo: “En cambio, pese a lo que señala la Corte Constitucional, la ejecución de los créditos laborales contenidos en actos administrativos dictados a nivel seccional deberá sujetarse a lo previsto en el citado artículo 336, se entiende, en cuanto al término a partir del cual podrá procederse a su ejecución”.

¹⁰⁸⁷ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Auto del 22 de julio de 1997, Exp. N° S-694.

¹⁰⁸⁸ La procedencia de embargos contra Entidades Públicas, Congreso Colombiano de Derecho procesal (Memorias) Paipa, 1999.

ejecutiva del nivel nacional” en su sector central. Por lo tanto, en palabras de Hoyos Duque¹⁰⁸⁹, son embargables “los bienes de los órganos cuyo presupuesto no está incorporado al presupuesto general de la Nación [...], es decir, los de las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades de economía mixta, las empresas de servicios públicos domiciliarios en cuyo capital la Nación o sus entidades descentralizadas posean el 90% o más, así como las empresas sociales del Estado del orden nacional, las que para efectos presupuestales se sujetan al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado de conformidad con el artículo 5° del Estatuto Orgánico del Presupuesto”.

e. Los bienes de las entidades territoriales - departamentos, municipios y distritos - y sus entes descentralizados no se encuentran favorecidos por el principio de inembargabilidad analizado en el literal anterior, por lo tanto, sus bienes y rentas pueden ser embargados como consecuencia de medidas cautelares decretadas bajo el amparo de un proceso ejecutivo adelantado en contra de las mismas. El Dr. Hoyos Duque explica¹⁰⁹⁰: “En este orden de ideas, y de conformidad con las reglas constitucionales precedentemente expuestas, debe concluirse que el principio de inembargabilidad que establece el Estatuto Orgánico de Presupuesto para ciertos bienes, derechos y recursos de propiedad de los órganos que forman el presupuesto general de la Nación no puede hacerse extensivo por efectos del artículo 109 de dicho Estatuto a las entidades territoriales y sus organismos descentralizados. Tampoco podrían estas, al expedir sus normas orgánicas de presupuesto, contemplar dicho principio, a pesar de que se trate de una competencia constitucional (arts. 300 numeral 5 y 313 numeral 5), toda vez que de conformidad con el artículo 63 de la Constitución, la definición de los bienes que son inembargables es una materia reservada al legislador. Por consiguiente, tales bienes pueden ser embargados de acuerdo con las limitaciones que establece el artículo 684 del C. de P. C.”

Sobre el artículo 684 del CPC, hay que tener especial cuidado con los numerales 1 al 5 de dicha disposición, especialmente en cuanto a la limitación contemplada en el numeral segundo, habida cuenta que es pertinente manifestar, de conformidad al principio de la dinámica de la carga de la prueba, que le corresponde a la entidad territorial o a sus entidades descentralizadas demostrar los bienes que estaban destinados directamente a la prestación de un servicio público.¹⁰⁹¹ Sin embargo esta posición no ha sido unánime, dado que en ocasiones el Consejo de Estado ha estudiado de oficio la fuente de la obligación reclamada y el origen de las cuentas.¹⁰⁹²

¹⁰⁸⁹ La procedencia de embargos contra Entidades Públicas, Congreso Colombiano de Derecho procesal (Memorias) Paipa, 1999.

¹⁰⁹⁰ La procedencia de embargos contra Entidades Públicas, Congreso Colombiano de Derecho procesal (Memorias) Paipa, 1999.

¹⁰⁹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 22 de febrero de 2001, expediente 18.844, C.P. Dr. Alíer Hernández Enríquez.

¹⁰⁹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto del 23 de septiembre de

Es necesario expresar que solo se puede embargar hasta la tercera parte de los ingresos por un servicio público, en el ámbito territorial, en caso contrario se compromete la responsabilidad del funcionario judicial que ordena tal embargo siempre y cuando se actúe con temeridad o mala fe. Cabe advertir que esta limitación no opera frente a particulares que prestan servicios públicos. Aseveración que se puede extender al patrimonio privado del servidor público o de los particulares que ejercen funciones públicas.

Excepciones a la inembargabilidad de los bienes y rentas pertenecientes al presupuesto general de la Nación:

Retomando lo anotado líneas atrás, son inembargables los bienes y rentas correspondientes al presupuesto general de la Nación y los órganos que lo componen. Sin embargo, en jurisprudencia de la Corte Constitucional¹⁰⁹³, acogida por el Consejo de Estado, se establecieron las siguientes excepciones:

- a.** Cuando se trate de créditos laborales, cuya satisfacción es necesaria para realizar el principio de la dignidad humana y hacer efectivo el ejercicio del derecho fundamental al trabajo en condiciones justas y dignas.
- b.** Cuando se trate de créditos cuyo título es una sentencia condenatoria, con miras a garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos a las personas en dichas sentencias.
- c.** Aquellos títulos que constan en actos administrativos o que se originan en las operaciones contractuales de la administración. Debido a que “Tanto valor tiene el crédito que se reconoce en una sentencia como el que cree el propio Estado a través de los modos o formas de actuación administrativa que regula la ley”.
- d.** Adicionalmente, el Consejo de Estado, en sentencia emitida en proceso cuyo expediente se identifica con la nomenclatura 22006, de marzo 25 de 2004, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, señaló que los ingresos corrientes que la Nación transfiere a las entidades territoriales para la atención de los servicios de educación preescolar, primaria, secundaria, media y salud (sistema general de participaciones) o para financiar áreas prioritarias de inversión social, son inembargables “a menos que se trate de la ejecución de obligaciones derivadas de contratos celebrados por el ente territorial, con el objeto de atender la destinación específica o la financiación de los servicios y salud que prevé la carta”. Esta posición fue reiterada por la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en los siguientes términos:

2004, expediente 26.563, C.P. Dra. María Elena Giraldo.

¹⁰⁹³ Sentencia C-354 de agosto 4 de 1997. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell.

El artículo 684 del Código de Procedimiento Civil, indica que no solo son inembargables los bienes que señala sino además otros por disposición de leyes especiales.

Por regla general las cesiones y participaciones de los Municipios son inembargables de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19 del decreto 111 de 1996.

El impuesto al valor agregado es un tributo de carácter nacional que hace parte de los ingresos corrientes de la Nación, de los cuales los Municipios tienen una participación a través de las transferencias, las cuales, una vez percibidas por los Municipios deben ser invertidas prioritariamente en inversión social, toda vez que tiene una destinación específica –artículo 84 L. 715 de 2001-.

Los dineros del Fondo Local de Salud provienen exclusivamente del Sistema General de Participaciones y tienen destinación específica de acuerdo también con lo dispuesto por el artículo 47 de la ley 715 de 2001.

Excepcionalmente, cuando la fuente jurídica del título ejecutivo tiene por objeto la destinación específica de las transferencias o participaciones que perciben los Municipios, pueden embargarse los dineros provenientes de cesiones y participaciones.

La acreencia que se pide ejecutar deriva de un contrato de obra pública no con objeto de inversión social sino de construcción de un dique. El objeto del contrato no coincide con el objeto de la destinación específica de las transferencias.

Los dineros depositados en la cuenta sobre la cual el ejecutante pretende que recaiga la medida cautelar contiene dineros del Fondo Local de Salud que son de destinación específica y por lo tanto, al igual que sucede con la anterior cuenta del IVA que se analizó, es improcedente la medida cautelar porque el objeto del contrato, del cual deriva la ejecución (de obra pública de construcción de un Dique) no coincide con la destinación específica de los dineros del Fondo Local de Salud y por lo tanto resulta inembargable.

En lo que respecta con la otra cuenta, sí se decretará el embargo, toda vez que en principio no pesa sobre ellas la limitante de

inembargabilidad por no provenir sus recursos de cesiones, participaciones o transferencias.¹⁰⁹⁴

Es importante advertir en este punto que los Servidores Públicos encargados de administrar los dineros del Sistema General de Participaciones, deben tener cuidado que dichos dineros no hagan unidad de caja con los demás recursos del presupuesto. Por eso su administración debe realizarse en cuentas separadas de los recursos de la entidad y con una división por sectores (artículo 1º del Decreto 1101 de abril 3 del 2007, expedido por el Ministerio de Hacienda). Por otro lado, en caso de que un Despacho judicial ordene la medida de embargo en contra de las cuentas que administran este tipo de recursos, el servidor público que reciba la solicitud, deberá pedirle al Ministerio de Hacienda la constancia sobre la naturaleza de dichas cuentas, con el fin de tramitar el desembargo (Decreto 1101 de abril 3 de 2007, expedido por el Ministerio de hacienda).

En armonía con lo expuesto en el párrafo anterior, se presenta el hecho de que el ejecutante no tiene que identificar las cuentas que pretende que se embarguen con la medida, por ende, es a la entidad demandada en cabeza del servidor público correspondiente, a la que le corresponde acreditar cuales de dichas cuentas son inembargables en los términos explicados anteriormente y, por tanto, solicitar que tales cuentas se desembarguen. Sobre la no necesidad de identificar las cuentas por parte del demandante que ejecuta, el Consejo de Estado explica lo siguiente:

El artículo 76 del Código de Procedimiento Civil, dispone que para efectos de la solicitud de medidas cautelares deben determinarse “las personas o los bienes objeto de ellas, así como el lugar donde se encuentran”.

La doctrina ha considerado que: En relación con el requisito de que trata el inciso cuarto del artículo 76 debe advertirse que la expresión referente a la determinación de los bienes implica, no solo para este caso sino siempre que se pidan medidas cautelares, que se den los datos más precisos posibles para poder identificar los bienes respecto de los cuales van a recaer las medidas, pero sin que pueda extremarse la exégesis para señalar que si no aparece es la determinación con todo detalle no cabe el derecho de aquellas, pues son numerosos los eventos en los cuales es menester realizar la petición en un sentido general y esperar a la práctica de la cautela respectiva para comprobar su completa identificación. Así, por ejemplo, si se trata de embargar y secuestrar los muebles que se encuentren en el interior de una casa

¹⁰⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, Bogotá, D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 68001-23-15-000-2003-2309-01 (26563) A, Actor: Inocencio Martínez Estrada.

o local, basta enunciar el propósito de hacerlo pero sin que se le pueda exigir con detalle al solicitante su completa determinación, al igual de cómo sucedería si lo que se persiguen son saldos bancarios, para citar otro de los muchos ejemplos que ilustran la explicación.

Es equivocado supeditar la admisión de la solicitud de las medidas cautelares al señalamiento de los números de las cuentas donde se encuentran depositados los dineros de la entidad demandada. Esa exigencia no está prevista legalmente, ni tampoco se puede deducir de la norma aplicable al caso.

Es imposible pretender que el solicitante tenga un conocimiento preciso y detallado de la entidad donde se encuentran radicados los dineros depositados a nombre de la entidad que se pretende ejecutar, así como la identificación numérica de las cuentas.

Basta con oficiar a las distintas entidades financieras, señaladas por el ejecutante, para que den cumplimiento a la medida cautelar impuesta, a lo cual procederán, lógicamente, siempre y cuando aparezca que la entidad ejecutada tiene dinero depositado, situación de la que informarán al tribunal, para los fines a que haya lugar.¹⁰⁹⁵

Ahora bien, a pesar de lo expuesto en esta excepción, el inciso primero del artículo 45 de la Ley 1551 de 2012, establece que no procede embargo sobre los recursos del sistema general de participaciones ni sobre los del sistema general de regalías, ni de las rentas propias de destinación específica para el gasto social de los Municipios en los procesos contenciosos adelantados en su contra, sin precisar excepción alguna, lo cual se nos antoja inconstitucional, ante los pronunciamientos de la Corte Constitucional anotados anteriormente. Sin embargo, es de aclarar, que el aparte de la disposición anotada se refiere a los procesos contenciosos, por tanto, el panorama en los procesos ejecutivos se mantendría incólume. Sin embargo, en los procesos ejecutivos en que sea parte demandada un municipio solo se podrá decretar embargos una vez ejecutoriada la sentencia que ordena seguir adelante con la ejecución (Inciso segundo del artículo 45 de la Ley 1551 de 2012). Aunado a lo anterior, en ningún caso procederán embargos de sumas de dinero correspondientes a recaudos tributarios o de otra naturaleza que hagan particulares a favor de los municipios, antes de que estos hayan sido formalmente declarados y pagados por el responsable tributario correspondiente (Inciso tercero del artículo 45 de la Ley 1551 de 2012).

¹⁰⁹⁵ Consejo de Estado; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Consejero Ponente: Alirio Eduardo Hernández Enríquez, dos (2) de noviembre de dos mil (2000); Radicación número: 17357; Actor: Electroequipos Castro Varela Ltda.

Conclusión: Ante el panorama anterior cabría preguntarse: ¿el principio de inembargabilidad que busca proteger los recursos y los bienes de la Nación a la cuál le corresponde administrar, que permite asegurar la consecución de los fines de interés general que conlleva la necesidad de hacer efectivos materialmente los derechos fundamentales y, en general, el cumplimiento de los diferentes cometidos estatales; tal como lo afirma la Corte Constitucional; no desaparece en la práctica?

F. Aspectos procesales en la acción ejecutiva contencioso administrativa

1. La caducidad en la acción ejecutiva contencioso administrativa:

La caducidad frente a la acción ejecutiva contencioso administrativa, tiene una regulación especial en el Código Contencioso Administrativo, veamos:

a. Frente a sentencias condenatorias contencioso administrativas: El numeral 11 del artículo 44 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, introdujo un término de caducidad de cinco (5) años para la acción ejecutiva derivada de decisiones proferidas por la jurisdicción contenciosa, término que empezará a correr a partir del día en que se haga exigible la obligación de conformidad a lo contemplado por la ley o lo previsto por la respectiva decisión judicial. Es pertinente recordar que el inciso 4to del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, señala que las condenas judiciales en contra de la Administración Pública, serán ejecutables dieciocho (18) meses después de su ejecutoria, lo que significa, que luego de cumplido este plazo, empieza a correr el término de caducidad, salvo que la providencia respectiva disponga otra cosa, atendiendo las características especiales del caso concreto.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo redujo el término de 18 meses a que se hizo referencia en el párrafo anterior a 10 meses, conforme lo establece el inciso segundo del artículo 299, por tanto, los 5 años de caducidad empezarán a correr, en vigencia del nuevo código, a partir del día siguiente de que se cumplan los 10 meses anotados.

b. Frente a obligaciones derivadas de la contratación estatal: En vigencia del antiguo código el término de caducidad es de dos (2) años contados a partir del día siguiente en que la obligación se hace exigible, ya que esta es una acción relativa a contratos y, por tanto, sometida a lo contemplado en el numeral 10 del artículo 136 del CCA ¹⁰⁹⁶

¹⁰⁹⁶ No es admisible lo explicado por algunos doctrinantes en el sentido de que habrá que acogerse en estos casos

No es de acogida lo expuesto por algunos doctrinantes en el sentido de que la caducidad de la acción ejecutiva derivada de contratos es de 5 años, aplicando analógicamente lo dispuesto en el artículo 136 numeral 11 del CCA, toda vez que en materia de acciones relativas a contratos existe una norma especial, esto es, el inciso primero del numeral 10° del artículo 136 del CCA. Esta disposición no puede ser circunscrita solo a la acción de controversias contractuales regulada en el artículo 87 del CCA, habida cuenta que la expresión “en las relativas a contratos”, cobija todas las acciones relacionadas con la actividad contractual, incluida la acción ejecutiva.

Por otro lado, tampoco es acogida la tesis de que se debe aplicar el artículo 2536 del Código Civil por la remisión que contempla el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, dado que, se reitera, existe una norma especial en materia de caducidad de la acción ejecutiva contractual, el inciso primero del numeral 10° del artículo 136 del CCA.

A pesar de lo expuesto el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo clarificó el panorama y señaló de manera expresa que “cuando se pretenda la ejecución con títulos derivados del contrato, de decisiones judiciales proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en cualquier materia y de laudos arbitrales contractuales estatales, el término para solicitar su ejecución será de cinco (5) años contados a partir de la exigibilidad de la obligación en ellos contenida”. (Literal k del numeral 2° del artículo 164 del CPA).

2. Competencia y cuantía en la acción ejecutiva contencioso administrativa:

La misma lógica expuesta en cuanto a la caducidad de la acción que se estudia, la ha venido manejando el Consejo de Estado, cuando en materia de competencia y de cuantía en el proceso ejecutivo contencioso administrativo derivado del contrato estatal, señala que no se puede atender la normativa consagrada en el CPC, sino la especial establecida en el CCA en lo que tiene que ver con controversias contractuales. Sobre este punto ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto de octubre 7 de 1999, Expediente 16974, Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez, que señaló: “[...] la unificación de esta competencia encuentra una razón más en el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 el cual incluye en la denominación genérica de controversias contractuales las de ejecución”.

a lo contemplado en el artículo 2536 del Código Civil, toda vez que se trata de una regulación general y no especial y por tanto no vinculante en la jurisdicción especializada. (Ver por ejemplo: Triana Perdomo José Marcelino, *El Proceso Ejecutivo Contractual Administrativo*, Editorial: Ediciones Doctrina y Ley LTDA., páginas 26 y 27).

3. Posibilidad de declaración oficiosa de excepciones en el proceso ejecutivo contencioso administrativo:

Tal como lo explica el Consejo de Estado en sentencia 21177 de agosto 12 de 2004, Consejero Ponente: Ramiro Saavedra Becerra, la congruencia de las sentencias se define en los artículos 305 y 306 del Código de Procedimiento Civil, así como en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo. Según estas normas, el principio general de congruencia faculta al juez para declarar excepciones cuando el demandado las alega, en los eventos en que así lo exige la ley y de oficio, si encuentra que los hechos en que se fundan están probados. Regla aplicable en materia de procesos ejecutivos contencioso administrativos.

4. Cuando el título ejecutivo es un acto administrativo no se puede discutir su legalidad en el proceso ejecutivo:

En este evento se aplica el inciso 2° del artículo 509 del CPC tal como lo señala el Consejo de Estado en los siguientes términos:

[...] dentro de los procesos ejecutivos en los cuales el título de recaudo ejecutivo esté constituido por un acto administrativo, solo es posible proponer como excepciones, las de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos ocurridos con posterioridad a la expedición del acto administrativo; la de indebida representación de las partes o por falta de notificación en legal forma de personas determinadas, o por falta de emplazamiento en legal forma de las personas indeterminadas que deban ser citadas como partes y la de pérdida de la cosa debida, con la advertencia de que tampoco procede la proposición de excepciones previas, conforme a la modificación que al inciso 2° del artículo 509 del CP Civil, introdujo la Ley 794 de 2003.¹⁰⁹⁷

5. El proceso ejecutivo debe suspenderse por prejudicialidad cuando se propone la excepción de ilegalidad del título en que se funda la obligación:

La legalidad del acto administrativo o del contrato estatal que funge como título ejecutivo, se debe discutir en un proceso ordinario y el ejecutivo, en caso de haberse iniciado, debe suspenderse por prejudicialidad, siempre y cuando la acción ordinaria se hubiere impetrado en tiempo (art. 170, Núm. 2° del CPC). Esta posición ha sido expuesta por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

¹⁰⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de julio de 2005. Expediente 23565. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Revista de Jurisprudencia y Doctrina de noviembre de 2005, *Legis*, págs. 1550 a 1554.

El trámite de excepciones que discutan la legalidad del título de recaudo ejecutivo, desnaturaliza el proceso ejecutivo que solo busca obtener coercitivamente del deudor, el pago a favor del acreedor, de una obligación sobre cuya claridad, expresión y exigibilidad, no existe duda alguna. El trámite de excepciones en el proceso ejecutivo no permite convertirlo en un proceso ordinario, en el cual se discuta la legalidad del título. Para cuando existan dudas sobre la legalidad del título el legislador previó su cuestionamiento a través del juicio ordinario que corresponde y la suspensión del proceso ejecutivo por prejudicialidad, conforme lo indica el artículo 170 numeral 2° del Código de Procedimiento Civil.¹⁰⁹⁸

6. Está prohibido apelar el mandamiento ejecutivo:

La Corte Constitucional decidió que el artículo 48 de la Ley 794 de 2003 no incurrió en violación de la carta magna, pues la restricción a la doble instancia de los autos que decretan el mandamiento ejecutivo tuvo el fin razonable de darle celeridad a los procesos ejecutivos y descongestionar el despacho judicial. Además, a pesar de la limitación, el ejecutado tiene garantizado su derecho a la defensa, ya que cuenta con la posibilidad de proponer excepciones perentorias, con las que puede controvertir el mandamiento ejecutivo.

Para la Corte, la norma tampoco viola el derecho a la igualdad al permitir que el ejecutante apele la providencia que niega el mandamiento ejecutivo, mientras que al ejecutado se le impide apelar el auto que lo decreta, toda vez que si al ejecutante se le impidiera apelar la providencia que niega el mandamiento, hasta ahí llegaría su pretensión. El demandado, por el contrario, puede acudir a las excepciones perentorias, como mecanismo eficaz para controvertir el mandamiento.¹⁰⁹⁹

7. Excepciones cuando el título ejecutivo se funda en una sentencia judicial:

Cuando el título ejecutivo sea una sentencia u otra providencia que conlleve ejecución no es posible proponer excepciones previas ni aún por vía de reposición y, además solo pueden proponerse las precisas excepciones de mérito atinentes a la extinción de la obligación: pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, en aplicación a lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 509 del CPC

¹⁰⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 27 de julio de 2005. Expediente 23565. Consejera Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio. Revista de Jurisprudencia y Doctrina de noviembre de 2005, *Legis*, págs. 1550 a 1554.

¹⁰⁹⁹ Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-1193 de noviembre 22 de 2005, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

8. En el proceso ejecutivo contencioso administrativo no es aplicable el artículo 335 del CPC sin embargo, el numeral 9° del CPA incorpora esta regla de competencia:

El inciso primero del artículo 335 del CPC resulta incompatible a la naturaleza del proceso contencioso administrativo, dado que dicha disposición establece que la ejecución proveniente de una sentencia judicial se puede proponer ante el juez de conocimiento, para que adelante el proceso ejecutivo a continuación y dentro del mismo expediente que fue dictada. Esta norma es incompatible porque no se armoniza con el factor cuantía para determinar la competencia en el contencioso, pues en muchas ocasiones la cuantía no superaría el monto establecido por la ley para que se adelante la ejecución a continuación de la sentencia condenatoria al interior del mismo expediente. Es decir, si observamos el numeral 7° del artículo 132 del CCA, este establece que los Tribunales Administrativos conocerán de aquellos procesos ejecutivos derivados de condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa, cuando la cuantía exceda de 1500 salarios mínimos legales mensuales, sin embargo, las condenas en procesos de conocimiento en muchas ocasiones nunca llegan a esa cifra tan alta. Por ende, es muy probable que una Corporación judicial condene por menos de dicho monto, lo que imposibilitaría que a continuación se adelantara el proceso ejecutivo por falta de competencia por el factor cuantía.

9. Las diligencias previas de que trata el artículo 489 del CPC no sirven para constituir un título complejo:

El juez por ningún motivo puede completar el título ejecutivo del demandante utilizando la facultad de las diligencias previas, tal como lo ha precisado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En el proceso ejecutivo no tiene por que solicitarse al ejecutado que allegue pruebas tendientes a integrar el título del que se habla.

La única posibilidad de pruebas, previo el mandamiento de pago, es en lo que respecta a las medidas previas.

El juez del proceso ejecutivo carece de competencia para requerir a los posibles deudores a efecto de que remitan al expediente el documento o conjunto de documentos que constituyen el presunto título ejecutivo, de cuya existencia pende la procedibilidad del proceso ejecutivo.

La demanda ejecutiva debe ir acompañada del o los documentos que contienen la obligación clara, expresa y exigible, por cuya efectiva satisfacción se acude a la jurisdicción.

No es dable pretender que sea el juez de la ejecución quien busque, solicite y requiera los documentos que podrían constituir el título ejecutivo; pues esta es una carga procesal del ejecutante, no una función del juez. Cosa distinta es la posibilidad que ofrece la ley para que el demandante, antes de que se profiera el mandamiento de pago, logre el concurso del juez para complementar los requisitos de exigibilidad o autenticidad exigidos por la ley para que exista el título ejecutivo, mediante la utilización de las diligencias previas, las cuales son taxativas y restringidas, a las situaciones que prevé.¹¹⁰⁰

A pesar de lo expuesto en la última parte del extracto jurisprudencial transcrito, es importante anotar que a pesar de que podría pensarse que el ejecutante puede allegar el título ejecutivo complejo en simples copias y hacer uso de las diligencias previas del artículo 488 del CPC, este aspecto no está dilucidado, pues aún no se ha advertido una providencia judicial que se pronuncie sobre el particular, empero, si reiteradas que rechazan mandamientos de pago porque los documentos que constituyen el título ejecutivo complejo se encuentran en simple copia.

10. Caucciones en el proceso ejecutivo contencioso administrativo:

En primer lugar hay que decir que con el escrito donde se solicitan medidas cautelares previas, se debe acompañar caución equivalente al 10% del valor total de la ejecución, para responder por los perjuicios que se causen con la práctica de dichas medidas cautelares. En caso de que no se haya hecho, el Juez solicitará que se preste dicha caución antes de decretar la medida cautelar previa, teniendo en cuenta los parámetros contemplados en el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil. Ahora bien, el Consejo de Estado ha precisado que en caso de falta de dicho requisito no se decreta la medida, sin dar la oportunidad de prestar la caución, lo que a nuestro modo de ver afecta el acceso efectivo a la administración de justicia¹¹⁰¹.

¹¹⁰⁰ Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Goraldo Gómez. Sentencia del 5 de octubre de 2000. Radicación número: 16868. Actor: Unión Temporal H Y M.

¹¹⁰¹ Ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez, treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006), Radicación número: 08001-23-31-000-2003-00452-01 (31390), Actor: Ministerio de Transporte.

En segundo lugar, el ejecutado le puede solicitar al juez que se abstenga de embargar los bienes y en su lugar fije caución que garantice el pago de la obligación. El Consejo de Estado ha establecido los lineamientos que debe tener el Juez al momento de fijar la caución referida, así:

En conclusión, el Juez al fijar la caución pedida con el fin de evitar el embargo de bienes debe tomar como base el capital cobrado, sus intereses y el valor de las eventuales costas del proceso.

El límite máximo de dicha caución, por tratarse de una suma de dinero, será el de los anteriores rubros, más un cincuenta por ciento.

Con el fin de no restringir el alcance de la norma, dado el sentido del recurso de apelación y el derecho fundamental al debido proceso, el recurso de apelación es procedente no solo contra la providencia contra la providencia que acepta o rechaza la caución, sino también respecto de la que establece el monto o la modalidad de la caución o resuelve cuestiones semejantes.¹¹⁰²

11. No se puede objetar la liquidación del crédito elaborada por el Secretario del Juzgado:

Si el ejecutante no presenta la liquidación dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del fallo, la ejecutada cuenta con un término igual para allegarla. Si transcurren 20 días sin que ninguno presente la liquidación, el secretario del despacho la elabora, pero, en ese caso, las partes no pueden objetarla, sin embargo, el artículo 521 del CPC protege a las partes, dado que pueden hacer valer sus intereses interponiendo los recursos de reposición y apelación contra el auto aprobatorio o modificadorio de la liquidación.¹¹⁰³

12. El término para fallar en los procesos ejecutivos contencioso administrativo es el regulado en el Código Contencioso Administrativo:

Siguiendo la lógica de los lineamientos que ha trazado el Consejo de Estado en torno a la cuantía en este tipo de procesos, donde se ha manifestado que la misma no es la contemplada en el Código de Procedimiento Civil sino la estipulada en el Código Contencioso Administrativo por la naturaleza del asunto, lo mismo se puede predicar de los términos para fallar, en cuyo caso no se aplica el parágrafo

¹¹⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Germán Rodríguez Villamizar, Bogotá D.C., diez (10) de febrero de dos mil cinco (2005), Radicación número: 05001-23-31-000-2000-03959-01 (24066), Actor: Empresa de Transporte Masivo del Valle de Aburra Ltda.

¹¹⁰³ Ver: Corte Constitucional, Sentencia C-664 de agosto 29 de 2007, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

del artículo 124 del CPC, adicionado por el artículo 9° de la Ley 1395 de 2010, sino lo consagrado en el artículo 211 del CCA

13. El arancel judicial:

De conformidad a lo dispuesto en los artículos 3° y 4° de la Ley 1394 de 2010, en los procesos ejecutivos contencioso administrativos provenientes de títulos contractuales o de sentencias condenatorias diferentes a las dictadas en procesos laborales o conciliaciones judiciales o extrajudiciales que no sean de carácter laboral, se generará arancel judicial.

14. El Juez puede modificar la liquidación del crédito propuesta en la demanda ejecutiva desde el mismo mandamiento de pago:

De conformidad a lo establecido en el artículo 497 del CPC, el Juez puede modificar la liquidación del crédito que se hace en la demanda ejecutiva, cuando la considera improcedente, al momento de librar el mandamiento de pago, por ende, no tiene que esperar hasta la etapa de liquidación del crédito para desaprobado parcial o totalmente la propuesta en la mencionada demanda.

15. Embargos de jurisdicción ordinaria o contenciosa y penal pueden concurrir:

Aunque exista un embargo de carácter real, es posible inscribir otro ordenado por la Fiscalía, pues ninguna norma lo prohíbe (art. 542 del CPC). Esta tesis la contempló el Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia 11001103240020070009700 de noviembre 1° de 2012, Consejero Ponente: María Claudia Rojas.

II. La Jurisdicción Coactiva (arts. 561 a 568 del C. de P.C., 68, 79 y 252 del CCA, el Decreto 624 de 1989 “Estatuto Tributario” y los arts. 98 a 101 del CPA).

La Administración Pública por medio de sus propios funcionarios, puede hacer efectivos los créditos a su favor sin necesidad de tener que acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa u ordinaria, a través de una operación administrativa llamada jurisdicción coactiva (Principio de auto tutela administrativa)¹¹⁰⁴. En nuestro concepto la jurisdicción coactiva no tiene

¹¹⁰⁴ Sentencia T-445 del 12 de octubre de 1994, M.P.: Alejandro Martínez Caballero: “Esta sala de revisión comparte esta última tesis sobre la naturaleza administrativa del proceso de jurisdicción coactiva, pero en razón de los siguientes argumentos: la administración tiene privilegios que de suyo son los medios idóneos para el cumplimiento efectivo de los fines esenciales del Estado, prerrogativas que se constituyen en la medida en que solo a la administración se le otorga la posibilidad de modificar, crear, extinguir o alterar situaciones jurídicas, en forma unilateral, con o sin el consentimiento de los administrados, incluso contra su voluntad”.

naturaleza jurisdiccional habida cuenta que la ley no la contempla como tal, aunado a que comparte la naturaleza de una prerrogativa pública como lo es la ejecución de oficio, aún en contra de la voluntad del administrado. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

El punto de partida será el inciso tercero del artículo 116 de la Constitución Política y del ordinal segundo del artículo 13 de la Ley 270 de 1996, que establecen, al tiempo, una permisición y una prohibición; de un lado se autoriza a la ley para que, de modo excepcional, pueda atribuir función jurisdiccional, en materias precisas, a autoridades administrativas determinadas. La excepcionalidad, la precisión de materias y la determinación de las autoridades administrativas constituyen exigencias para la adopción de este sistema. De otro lado, existe una prohibición: tal procedimiento está vedado para la instrucción de sumarios y el juzgamiento de delitos.

Como se trata de una atribución excepcional, es menester que se encuentre consagrada, de manera expresa, la asignación de funciones jurisdiccionales a la administración; de otro modo, habrá de entenderse que se trata de funciones administrativas, aspecto este que ha quedado enfatizado en la jurisprudencia que atrás se dejó transcrita.

En este caso, como se anunció antes, la ley no ha manifestado de manera expresa que se trata de una función jurisdiccional confiada a la administración, razón por la cual, en principio habrá que, aplicando la regla general, concluir que se trata de una función administrativa.

El argumento anterior se robustece si se considera que el denominado procedimiento de cobro por jurisdicción coactiva lo que realmente hace es ejecutar un crédito a favor del Estado, o mejor, la obligación a cargo del particular, los cuales han quedado previamente definidos por un acto administrativo en firme.

Ninguna diferencia existe entre este proceder y el previsto en el artículo 64 del Código Contencioso Administrativo [...].

Corolario de esta disposición legal es el artículo 68 del mismo código, cuya primera parte regula el ejercicio de la función administrativa (arts. 1º a 81), como se desprende con claridad de

su artículo primero. Pues bien, el mencionado artículo 68 establece cuándo los documentos allí relacionados prestan mérito ejecutivo para ser cobrados por jurisdicción coactiva, sin necesidad de remitirse, para ello, al Código de Procedimiento Civil.

Vistas las cosas así, resulta lógico deducir que la jurisdicción coactiva no es nada distinto de la denominada auto tutela ejecutiva de la administración de la cual constituye solamente una especie, es decir, es una forma especial de llevarla a cabo.¹¹⁰⁵

Este es un privilegio exorbitante que emana del principio de Soberanía Estatal, puesto que el buen funcionamiento de la Administración Pública es un derecho que le interesa a todo el conglomerado y, por lo tanto, debe hacer efectivos sus derechos, esto se constituye en una obligación, es el principio del “debido cobrar” a que están sometidas todas las entidades públicas, con el objeto de sanear su cartera de una manera expedita para bien de la colectividad¹¹⁰⁶.

Sobre el deber de recaudo señalado en el párrafo anterior y la prerrogativa pública del cobro coactivo como una manifestación del principio de auto tutela administrativa, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo señala sobre el particular: “Las entidades públicas definidas en el parágrafo del artículo 104 deberán recaudar las obligaciones creadas en su favor, que consten en documentos que presten mérito ejecutivo de conformidad con este Código. Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes” (art. 98 del CPA).

En el sentido expuesto la Corte Constitucional definió la jurisdicción coactiva como “un privilegio exorbitante de la administración que consiste en la facultad de cobrar directamente, sin que medie intervención judicial, las deudas a su favor, adquiriendo la doble calidad de juez y parte, cuya justificación se encuentra en la prevalencia del interés general, en cuanto dichos recursos se necesitan con urgencia para cumplir eficazmente los fines estatales”.¹¹⁰⁷

A. Documentos que prestan mérito ejecutivo (Artículo 68 del CCA y artículo 99 del CPA)

¹¹⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto de 2006. Expediente 14807. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2007, páginas 1614 a 1650.

¹¹⁰⁶ Sobre el objetivo principal de esta institución el Consejo de Estado explica que es precisamente obtener el cobro directo y expedito de las obligaciones claras, expresas y exigibles a favor de las entidades estatales, e indirectamente, por esta vía, se busca sanear la cartera que puede tener el Estado por el no pago oportuno de sus contribuciones, tasas impuestos, anticipos, intereses, retenciones, garantías, cauciones, sanciones, multas, alcances líquidos, etc. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1552, de marzo 8 de 2004, Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri.

¹¹⁰⁷ Sentencia C-666 de 2000.

Es necesario advertir que esta enumeración es taxativa.

1. Actos administrativos ejecutoriados (art. 64 CCA y art. 89 CPA): Debe tenerse en cuenta que el acto administrativo debe contener una obligación de pagar una suma líquida de dinero clara, expresa y exigible a favor de cualquier entidad pública, es decir, todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50% (Parágrafo del artículo 104 del CPA).

Sin perder de vista lo anterior, es menester advertir que la titularidad de esta prerrogativa es un cambio fundamental entre el antiguo Código Contencioso Administrativo y el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, pues la antigua codificación solo circunscribía a la Nación, a una Entidad Territorial o a un Establecimiento Público de cualquier orden, la posibilidad de ejercer la operación administrativa de la jurisdicción coactiva.

Requisitos para que opere la jurisdicción coactiva frente a actos administrativos¹¹⁰⁸:

a. El acto administrativo contentivo de la obligación debe estar en firme: Es imprescindible que el acto administrativo se expida en debida forma, se publicite y frente a él se agote la vía gubernativa, con el objeto de que adquiera firmeza y, por tanto, obtenga la connotación de ser ejecutivo y ejecutorio (Artículos 64 y 66 del CCA y artículos 89 y 91 del CPA).

b. El acto administrativo no puede haber perdido su fuerza ejecutoria: Especialmente lo que tiene que ver con la causal 3° del artículo 66 del CCA y la causal 3° del artículo 91 del C.P.A., es decir, la pérdida de fuerza ejecutoria por el transcurso del tiempo, toda vez que la administración pública posee 5 años, luego de que queda en firme al acto administrativo, para operativizar, en caso contrario, no podrá adelantar el cobro coactivo¹¹⁰⁹. Los actos administrativos que revivan este tipo de deudas se constituyen en vías de hecho, porque le otorgan vigencia a créditos que perdieron fuerza ejecutoria.

¹¹⁰⁸ Ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1552, de marzo 8 de 2004, Consejera Ponente: Susana Montes de Echeverri.

¹¹⁰⁹ “En tales condiciones se concluye para el caso de autos, que la pérdida de la fuerza ejecutoria se presenta cuando dentro de los cinco años siguientes a la fecha en la cual alcanzó firmeza el acto correspondiente, no se dicta o se notifica al deudor o al curador ad litem, el mandamiento ejecutivo dictado por el funcionario de la administración investido de jurisdicción coactiva”. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto del 12 de septiembre de 1996, consejera ponente, Dra. Mirén de la Lombana de Magyaroff. Exp. 0622, acto Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, c/ Antonio Hinestroza Llanos y/o Seguros del Estado).

c. El acto administrativo debe contener una obligación clara, expresa y exigible: Solo las obligaciones que se encuentran inmersas en los requisitos contemplados en el artículo 488 del CPC se pueden hacer exigibles a través del cobro coactivo.

2. Las Sentencias y demás decisiones jurisdiccionales: Se trata de providencias que impongan a favor de una entidad pública en los términos del parágrafo del artículo 104 del CPA, la obligación de pagar una suma líquida de dinero¹¹¹⁰. En este evento se incluyen las sentencias que diriman controversias contractuales a favor del Estado, toda vez que la obligación ya no emana directamente del contrato sino de un pronunciamiento judicial, por ende, no solo es el proceso ejecutivo contencioso administrativo el viable en este caso. Es pertinente manifestar que si se trata de una sentencia condenatoria en contra de las entidades mencionadas, se debe adelantar un proceso ejecutivo de naturaleza jurisdiccional ante la jurisdicción contenciosa o la jurisdicción ordinaria según el caso.

3. Las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas o las liquidaciones privadas: Esto en aquellos tributos en los que su presentación sea obligatoria. Ahora bien, así no se trate de aquellos tributos cuyo cobro le corresponde a la Dirección de Impuestos Nacionales, el trámite de la Jurisdicción Coactiva se realizará a través de la regulación contemplada en el estatuto tributario, dado que la Ley 1066 de 2006 unificó el procedimiento de la jurisdicción coactiva al establecido en dicho estatuto. Es importante destacar que este evento no está contemplado de manera expresa en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, lo que significa que este caso debe tipificarse o en el numeral primero del artículo 99 del CPA, en relación con las liquidaciones de impuestos contenidas en providencias ejecutoriadas, o en el numeral 5° de la misma disposición, en tratándose de las liquidaciones privadas.

4. El numeral cuarto del artículo 68 del CCA, quedó derogado por la Ley 80 de 1993, de conformidad a lo dispuesto en su artículo 75 (Sentencia del 24 de agosto de 2000, sección tercera, Consejo de Estado). Sin embargo, las obligaciones que se generen en virtud de la cláusula penal o de las multas pactadas en los contratos estatales, se harán efectivas directamente por las entidades estatales a través de la jurisdicción coactiva si así lo consideran conveniente, en virtud de lo contemplado en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que modificó el Estatuto de Contratación. Ahora bien, consideramos que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo revivió esta causal al señalar que prestan mérito ejecutivo a favor del Estado “los contratos o los documentos en que constan sus garantías, junto con el acto administrativo que declara el incumplimiento o la caducidad. Igualmente lo serán el acta de liquidación del contrato o cualquier acto administrativo proferido con ocasión de la actividad contractual” (Numeral 3° del

¹¹¹⁰ Incluidas las sentencias que culminan un proceso de repetición, dado que la ley 678 de 2001 dispuso para ellas el mecanismo del cobro coactivo.

artículo 99 del CPA). Como corolario, sostenemos que cuando entre en vigencia el nuevo CPA, los títulos ejecutivos contractuales podrán cobrarse a través del proceso ejecutivo contencioso administrativo o a través del cobro coactivo.

5 y 6. Demás documentos en los cuales se consagre una obligación a favor de las entidades a que se ha venido haciendo referencia: Por ejemplo, Títulos Valores, incluso aquellos que respalden obligaciones derivadas de contratos estatales, o el acto administrativo que declara la ocurrencia del siniestro con el objeto de hacer efectivo el amparo cubierto por la póliza respectiva. Estos eventos consagrados en el antiguo CCA pueden ser remitidos a los casos establecidos en los numerales 4° y 5° del artículo 99 del CPA, pues el primero se refiere a cualquier obligación a favor del Estado integrada con el acto administrativo ejecutoriado que la declare. Y el segundo se circunscribe a cualquier documento que emane del deudor.

De la anterior enumeración se colige qué órganos poseen la facultad exorbitante de la jurisdicción coactiva, así: la Nación (La DIAN y la Contraloría General de la República entre otros), Las Entidades Territoriales, los Establecimientos Públicos y demás órganos, organismos o entidades estatales, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50% (Parágrafo del artículo 104 del CPA)¹¹¹¹. Aunado a lo anterior, la Ley 689 de 2001 le otorgó a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado prestadoras de Servicios Públicos Domiciliarios, la potestad de cobrar los créditos a su favor adeudados por los usuarios de tales servicios, tal como lo explicamos anteriormente. De igual manera la Ley 100 de 1993 en su artículo 57, en concordancia con el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992, facultó a las entidades administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con la posibilidad de que establezcan el cobro coactivo para que hagan efectivos sus créditos.

Como corolario de lo expuesto en el párrafo anterior, las empresas industriales y comerciales del estado que prestan servicios públicos domiciliarios y las sociedades de economía mixta donde el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital, entre otros organismos, poseen esta potestad. Por tanto, la opinión que el tratadista Hernán Fabio López Blanco tenía sobre el asunto ya no está vigente, porque se sustentaba en el artículo 68 del antiguo Código Contencioso Administrativo, así: “En nuestra opinión prestarán mérito ejecutivo aquellos documentos suscritos por el deudor, que dan cuenta de una obligación expresa, clara y exigible y que están suscritos a favor de la Nación, de una entidad territorial o de un establecimiento público de cualquier orden. Si

¹¹¹¹ Sobre las entidades que poseen potestad de jurisdicción coactiva se puede observar un listado detallado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto de 2006. Expediente 14807. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2007, páginas 1614 a 1650.

se trata de otro tipo de entidades, como las empresas industriales o comerciales del Estado, o las sociedades de economía mixta, la competencia radicará en la justicia ordinaria [...]”¹¹¹² Aunque esta posición podría continuar operando en aquellos asuntos que se ventilen bajo la competencia del CCA, sin embargo, el asunto no deja de ser problemático, pues el artículo 5° de la Ley 1066 de 2006, pareciera atribuirle esta potestad a todas las entidades públicas.

Sin perder de vista lo anterior, cuando estamos en presencia de empresas industriales y comerciales del estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios, solo podrán cobrar las acreencias que emanen de las facturas que contengan las obligaciones derivadas por la prestación directa del servicio público o los títulos valores que respalden tales acreencias, por tanto las demás obligaciones a su favor deberán cobrarlas por el proceso ejecutivo ordinario ante la justicia ordinaria o contenciosa según el caso. En este sentido se pronunció el Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Se trata entonces de un título valor que no puede ser cobrado por la vía de jurisdicción coactiva, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 6ª de 1992 (en su interpretación ajustada a la carta) y en el artículo 130 de la Ley 142 de 1994, las empresas prestadoras de servicios públicos solo tienen la facultad de jurisdicción coactiva en relación con las deudas derivadas de la prestación de los servicios públicos y que consten en las respectivas facturas de cobro o en los títulos valores que garanticen el pago de éstas”¹¹¹³.

B. Clases de Jurisdicción Coactiva

Antes de la Ley 1066 de 2006 existían dos clases de jurisdicción coactiva, la jurisdicción coactiva ordinaria y la jurisdicción coactiva puramente administrativa. Veamos:

1. la jurisdicción coactiva ordinaria: Esta operación administrativa poseía una intervención jurisdiccional un poco más amplia, con respecto a la puramente administrativa. La iniciaban los Servidores Públicos y se tramitaba en su mayor parte en sede gubernativa, con excepción de lo contemplado en el numeral primero del artículo 134C y numeral segundo del artículo 133 del CCA

¹¹¹² Instituciones de derecho procesal civil, séptima edición, Dupré Editores, página 603.

¹¹¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 15 de octubre del 2002, exp. 1687-01, C.P.: Roberto Medina.

Los artículos citados en el párrafo anterior establecían que los juzgados administrativos y los tribunales administrativos; cuya competencia se determinaba de conformidad a la cuantía allí señalada; conocían siempre en segunda instancia de las apelaciones contra el mandamiento de pago, la sentencia de excepciones, el auto aprobatorio de liquidación de crédito y el auto que decreta nulidades procesales, que se interponían en los procesos por jurisdicción coactiva. Por lo tanto, el servidor público tramitaba todo el procedimiento, incluyendo la primera instancia de las providencias mencionadas.

2. la jurisdicción coactiva puramente administrativa: La posee la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN). Al interior de esta se aumenta el privilegio exorbitante, porque disminuye la intervención jurisdiccional en un mayor porcentaje. La excepción en su naturaleza administrativa, radica en que el único acto administrativo que se puede demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, es el que falla las excepciones y ordena llevar adelante la ejecución (art. 834 del decreto 624 de 1989, “estatuto tributario”).

Ahora bien, no compartimos la tesis del Consejo de Estado en el sentido de que al interior de la operación administrativa de cobro coactivo se pueden demandar otros actos administrativos ejecutorios adicionales al que resuelve las excepciones y ordena seguir adelante la ejecución, toda vez que tales actos son incontrovertibles judicialmente y solo la ley puede contemplar excepciones a esta regla general. Aunado a lo anterior, las operaciones administrativas (incluida la jurisdicción coactiva), se controlan a través de la acción de reparación directa, por tanto, la posición del Consejo de Estado resulta vulneratoria del principio de acceso a la administración de justicia, pues en torno a decisiones que se controlarían a través de la acción anotada, con un término generoso de caducidad de dos años, se pasa a un término mucho más reducido, dado que la caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es de solo cuatro meses. Veamos la posición que se controvierte:

Ha considerado la Sala en anteriores oportunidades que en el tema del procedimiento de cobro coactivo en el cual el artículo 835 del estatuto tributario dispone que “dentro del proceso de cobro administrativo coactivo, solo serán demandables ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa las resoluciones que fallan excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución”, no por ello, sea dable inadmitir a priori el debate jurisdiccional sobre ciertas controversias que eventualmente pudieran suscitarse entre la administración y el contribuyente y que de otro modo quedarían desprovistas de tutela jurídica y de control jurisdiccional.

Así, se ha querido dar protección jurídica a controversias independientes originadas en la aplicación de normas tributarias especiales o recientes, o las surgidas con posterioridad a la expedición y notificación de las “resoluciones que fallan las excepciones y ordenan llevar adelante la ejecución”, esto es, aquellas que se generaran por actuaciones como los embargos de que trata el artículo 86 de la ley 6ª de 1992 (E.T., ad. art. 839-1), o el remate de bienes del ejecutado, la aprobación del mismo, su cumplimiento y el pago al acreedor, situaciones a las que a falta de norma en el sistema tributario específico, cabe aplicar las pertinentes del Código de Procedimiento Civil, conforme a lo previsto por los artículos 839-2 y 840 del estatuto tributario [...].¹¹¹⁴

Por otro lado, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo amplió el número de decisiones que pueden ser acusadas ante la jurisdicción contencioso administrativa, empero, pero solo para los casos contemplados en el numeral 2º del artículo 100 del CPA, así: “Solo serán demandables ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en los términos de la Parte Segunda de este Código, los actos administrativos que deciden las excepciones a favor del deudor¹¹¹⁵, los que ordenan llevar adelante la ejecución y los que liquiden el crédito” (Inciso primero del artículo 101 del CPA) Como consecuencia, no solo cabe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que resuelve las excepciones y ordena llevar adelante la ejecución, pues también cabe contra el acto administrativo que resuelve las excepciones a favor del deudor y contra el acto administrativo que liquida el crédito. Sin embargo, a pesar del advenimiento de esta nueva disposición, consideramos que solo frente a estas tres decisiones cabe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y para las demás es viable la acción de reparación, por las razones expuestas líneas atrás.

En este evento se da un caso de prejudicialidad, ya que mientras no se resuelva el proceso judicial, no se pueden rematar los bienes embargados (Artículo 835 del Estatuto Tributario) y esto es obvio porque se encuentra en juego la legalidad del título ejecutivo (Sobre la suspensión del proceso ver los artículos 170 y ss. del C.de P.C., los cuales se aplican en este caso). Por lo anterior se exige la constitución de una caución por parte del demandante para garantizar el recaudo en caso de una sentencia desfavorable (art. 140 del CCA). En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

¹¹¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto del 19 de julio de 2002, radicación 25000-23-27-000-2001-0148-01 (12.733), actor: Pacc Dent Ltda.

¹¹¹⁵ En este caso nos preguntamos sobre la titularidad del accionante en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, pues es la misma administración pública la que decide dar por terminado el cobro coactivo y, por otro lado, la decisión favorece al ejecutado.

[...] por el efecto del artículo 140 del Código Contencioso Administrativo que regula la necesidad de prestar caución cuando se demanden actos administrativos que contienen obligaciones tributarias en estos términos: “Si se trata de impuestos,... bastará que se otorgue caución a satisfacción del ponente para garantizar el pago con los recargos a que haya lugar en cuanto fuere desfavorable a lo resuelto”. Entonces, como para admitir la demanda es necesario caucionar (salvo que se quiera pagar en virtud del principio *solve et repete*), no se puede seguir con el cobro coactivo, pues la finalidad de la caución es la de suspender la ejecución del acto administrativo que está ejecutoriado. La interpretación lógica del numeral 4º del artículo 829 no es otra que la de suspender el cobro coactivo mientras se decide el proceso judicial, de allí que en forma expresa, y como causal diferente de la de “falta de ejecutoria del título” el artículo 831 del estatuto tributario consagre como excepción a dicho cobro la “interposición de demandas de restablecimiento del derecho o proceso de revisión de impuestos ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.¹¹¹⁶

Ahora bien, a pesar de lo expuesto en los párrafos anteriores sobre la prejudicialidad, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo en su artículo 101, modifica de manera ostensible el panorama sobre la materia. Es así como establece que la admisión de la demanda contra los actos de la jurisdicción coactiva o contra el que constituye el título ejecutivo, no suspende el procedimiento de cobro coactivo, empero, solamente en los casos contemplados en el numeral 2º del artículo 101 del CPA. En efecto, dicha disposición señalan solo los siguientes casos de suspensión del procedimiento administrativo de cobro coactivo, así:

- Cuando el acto administrativo que constituye el título ejecutivo haya sido suspendido provisionalmente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y
- A solicitud del ejecutado, cuando proferido el acto que decida las excepciones o el que ordene seguir adelante con la ejecución, según el caso, esté pendiente el resultado de un proceso contencioso administrativo de nulidad contra el título ejecutivo, salvo lo dispuesto en leyes especiales. Esta suspensión no dará lugar al levantamiento de medidas cautelares, ni impide el decreto y práctica de medidas cautelares.

¹¹¹⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: Dr. Enrique José Arboleda Perdomo, Radicación: 1837, Bogotá, D.C., agosto dos (2) de dos mil siete. Extracto publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2007, páginas 2043 a 2048.

Empero, aunque el segundo punto en la práctica deja “viva” la prejudicialidad en relación con los procesos contencioso administrativos de nulidad contra el título ejecutivo, lo interesante es que impide que dicha suspensión genere el levantamiento de medidas cautelares o su decreto y práctica. Así las cosas, los bienes asegurados para cubrir la deuda, podrán mantenerse fuera del comercio y sin posibilidad de negociabilidad por parte del deudor.

Ahora, llama la atención el parágrafo del artículo 101 del CPA, donde se establece que a los procesos que se ventilen contra los actos administrativos proferidos al interior de la Jurisdicción Coactiva, se les da prelación sin perjuicio de lo que disponga la Constitución u otras leyes. En estos casos entonces dichos procesos serán prevalentes después del habeas corpus, la tutela, de aquellos populares con carácter preventivo, de los de cumplimiento, de los electorales y de asuntos donde una de las partes sea una entidad en liquidación. Sin embargo, el legislador olvidó darle prevalencia a los procesos donde se persiga la nulidad del acto administrativo que constituye precisamente el título ejecutivo que genera la jurisdicción coactiva. Este olvido es desafortunado pues tales procesos son una causal de suspensión del proceso de cobro coactivo y su trámite “paquidérmico” perjudica el deber de recaudo que radica en el Estado. Aún más, consideramos que todos aquellos procesos que pongan en tela de juicio la legalidad del título ejecutivo originario de un cobro coactivo, deberían tener trámite preferente.

El tratadista Hernán Fabio López Blanco, concluye sobre la naturaleza jurídica de este tipo de Jurisdicción Coactiva de la siguiente forma: “ Se concluye que la ejecución para el cobro de obligaciones tributarias de las administradas por la Dirección de Impuestos consagra un sistema más ágil que los restantes eventos de la jurisdicción coactiva, pero muestra como aspecto censurable el que ha sido difícil para los encargados del cobro asumir el doble papel de parte y jueces, de ahí que se nota una marcada tendencia a negar, mediante fútiles pretextos, las excepciones de fondo, lo que obliga a recurrir ante la justicia contencioso administrativa en numerosos eventos”¹¹¹⁷.

3. Unificación del procedimiento: Ahora, en este momento podemos afirmar sin temor a equívocos que los artículos 133 y 134C del CCA quedaron derogados en lo pertinente, pues con el advenimiento de la Ley 1066 de 2006, la jurisdicción coactiva es solo la puramente administrativa descrita, toda vez que dicha normativa en su artículo segundo unificó el procedimiento de cobro coactivo al contemplado en el estatuto tributario para todas las entidades públicas. De lo anterior se infiere que solo el acto administrativo que resuelve las excepciones y ordena seguir adelante con la ejecución es controlable ante la jurisdicción contenciosa administrativa a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

¹¹¹⁷ Instituciones de derecho procesal civil, séptima edición, tomo II, parte especial, Dupré Editores, página 617.

En algunos eventos también se incluyen como controlables jurisdiccionalmente el acto administrativo que resuelve las excepciones a favor del deudor y el acto administrativo que liquida el crédito, específicamente en los casos contemplados en el numeral 2° del artículo 101 del CPA, de conformidad a lo dispuesto en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo (Inciso primero del artículo 101 del CPA). La disposición anotada contempla lo siguiente:

Artículo 5°. Facultad de cobro coactivo y procedimiento para las entidades públicas. Las entidades públicas que de manera permanente tengan a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios del Estado colombiano y que en virtud de estas tengan que recaudar rentas o caudales públicos, del nivel nacional, territorial, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política, tienen jurisdicción coactiva para hacer efectivas las obligaciones exigibles a su favor y, para estos efectos, deberán seguir el procedimiento descrito en el Estatuto Tributario.

A pesar de la claridad del aparte legal transcrito, algunos doctrinantes han limitado el alcance de la norma sin ninguna razón valedera, restringiendo el concepto de caudales públicos, empero, sin ningún fundamento legal que así lo disponga. Este es el caso de la Dra. Ruth Stella Correa Palacio, quién sobre el particular anota:

Igualmente puede deducirse de la norma que subsiste el trámite de jurisdicción coactiva en los términos de los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo y por los trámites de los artículos 561 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, para aquellas obligaciones que constituyan uno de los títulos a que se refiere el artículo 68 siempre que dentro de la actividad de la entidad en cuyo favor exista, no esté la de recaudo de rentas y caudales públicos. Así por ejemplo, cuando entre otros se trate del cobro de sentencias en su favor, en otras palabras la sola existencia de títulos ejecutivos a favor de una entidad pública, no la convierte en recaudadora de rentas y caudales públicos y por tanto en destinataria de la norma.¹¹¹⁸

La anterior posición es criticable por varias razones:

- El recaudo de caudales públicos hace referencia a la potestad de cobro coactivo y no a una actividad específica o especial, por ende, todas las

¹¹¹⁸ Salvamento de voto a Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de agosto de 2006. Expediente 14807. Consejero Ponente: Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de septiembre de 2007, páginas 1614 a 1650.

entidades que tengan la posibilidad de cobrar sus créditos directamente a través de la jurisdicción coactiva, recaudan mediante esta actividad caudales públicos. Por tanto, recaudar caudales públicos constituye cobrar todo tipo de ingresos (tributarios o no tributarios, por ejemplo, una sentencia condenatoria a favor de una entidad pública).

- En armonía con lo expuesto en el punto anterior y a *contrario sensu* de la posición que se critica, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado prestadoras de servicios públicos domiciliarios están sometidas al artículo 5° de la Ley 1066 de 2006, a pesar de que ese tipo de entidades no recaudan ingresos tributarios. En este sentido conceptuó la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en los siguientes términos:

Se basa su solicitud en determinar si el procedimiento para el cobro coactivo de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado IBAL SA E.S.P. Oficial, debe adelantarse conforme a lo establecido en el Estatuto Tributario o en el Código de Procedimiento Civil.

De acuerdo con la información suministrada al Sistema único de Información –SUI- que administra ésta Superintendencia, la Empresa de Acueducto y Alcantarillado OBAL SA E.S.P. Oficial, es una Empresa de Servicios Públicos Oficial y de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 forma parte de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden Nacional, sector descentralizado por servicios, y por ende puede ser catalogada como una Entidad Pública [...]

En consecuencia, a partir de la promulgación de la Ley 1066 de 2006 las empresas de servicios públicos oficiales, al ser consideradas como entidades públicas, se considera que deben efectuar el recaudo de la cartera siguiendo el procedimiento establecido en el Estatuto Tributario.¹¹¹⁹

- Así mismo, la Superintendencia de Sociedades expidió la Resolución 531-003675 de septiembre 26 de 2008, que contiene el nuevo reglamento de cobro coactivo para las acreencias a su favor, el cual se ajusta a las reglas del Estatuto Tributario, sin entrar a diferenciar que es o que no es caudales públicos.
- La misma Ley 1066 de 2006, en su artículo 5°, contempló una única excepción en materia de recaudo de rentas y caudales públicos a través de la jurisdicción coactiva, esto es, las deudas generadas en contratos de

¹¹¹⁹ Concepto SSPC–OJ–2007–064, Germán Darío Fonseca Salcedo, Jefe Sección Recuperación Cartera, IBAL S.A. ESP OFICIAL, Avenida 15 No. 6–48, Ibagué–Tolima. Ref. Solicitud de concepto.

mutuo o aquellas derivadas de obligaciones civiles o comerciales, en donde las entidades deben desarrollar una actividad de cobranza igual a la de los particulares, en desarrollo del régimen privado que se aplica al giro principal de sus negocios, cuando dicho régimen esté consagrado en la ley. Por tanto, no le es dable al Juez ampliar el ámbito excepcional de la disposición anotada, so pena de contrariar la voluntad del legislador.

- Finalmente, cabe anotar que lo dispuesto en el párrafo 3° del artículo 5° de la Ley 1066 de 2006, hace referencia a que la potestad de cobro coactivo se mantiene en cabeza de las Administradoras de Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin embargo, esto no es óbice para exceptuarlas del procedimiento de cobro coactivo contemplado en el Estatuto Tributario.

En consonancia con lo expuesto en los puntos anterior, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo mantuvo unificado el procedimiento del cobro coactivo al estipulado en el Estatuto Tributario, en los siguientes términos:

Artículo 100. Reglas de procedimiento. Para los procedimientos de cobro coactivo se aplicarán las siguientes reglas:

1. Los que tengan reglas especiales se regirán por ellas.
2. Los que no tengan reglas especiales se regirán por lo dispuesto en este título y en el Estatuto Tributario.
3. A aquellos relativos al cobro de obligaciones de carácter tributario se aplicarán las disposiciones del Estatuto Tributario.

En todo caso, para los aspectos no previstos en el Estatuto Tributario o en las respectivas normas especiales, en cuanto fueren compatibles con esos regímenes, se aplicarán las reglas de procedimiento establecidas en la Parte Primera de este Código y, en su defecto, el Código de Procedimiento Civil en lo relativo al proceso ejecutivo singular.

Aunque es loable lo regulado en este artículo porque clarifica de forma definitiva el tema de la unificación del procedimiento y mantiene vigentes las normas especiales, encontramos desafortunado el tópico de las remisiones. En efecto, en lo atinente a las normas especiales, la remisión debió dirigirse al Estatuto Tributario y no a la primera parte del Código de Procedimiento Administrativo, pues dicho Estatuto señala con precisión aspectos propios del cobro coactivo que no se tocan por el CPA por su evidente carácter general. Por otro lado, no había necesidad de predicar una remisión al Código de Procedimiento Civil, pues dicha remisión ya la contempla el Estatuto Tributario, y al aplicarse este pues se aplica aquél. Otro tanto se podría predicar del Código de Procedimiento Administrativo cuando la remisión pertinente deviene del Estatuto Tributario.

Por otro lado, el artículo transcrito requiere de unos comentarios adicionales:

I.- En relación con el tema de las reglas especiales a que hace referencia el numeral 1º del artículo 100 del CPA, es necesario aclarar que se trata de normas sustanciales más no procesales, pues la unificación del procedimiento de cobro coactivo en relación con lo regulado en el Estatuto Tributario es un imperativo consagrado en el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 que debe ser armonizado con el nuevo CPA. Por ejemplo: la posibilidad de demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho únicamente el acto administrativo que resuelve las excepciones y ordena seguir adelante con la ejecución es un aspecto procedimental que está unificado, al paso que la tasa de interés moratorio aplicable a las obligaciones a favor del tesoro público no se unificó, pues debe obedecer a la naturaleza de cada obligación (Por ejemplo: en el caso de multas disciplinarias los intereses moratorios se liquidan a la tasa del interés comercial, al paso que la tasa de interés de mora aplicable a las obligaciones generadas en un contrato estatal, equivale al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado a falta de convención). En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Los antecedentes legislativos reseñados en el capítulo anterior y las disposiciones transcritas, permiten a la Sala ratificar lo expuesto en el concepto 1835 de 2007, en el sentido, de que el legislador unificó “el procedimiento a seguir por las autoridades administrativas investidas de jurisdicción coactiva, incluidos los órganos autónomos y entidades con régimen especial otorgado por la Constitución Política”, el cual se rige por las disposiciones contenidas en el estatuto tributario (art. 823 y ss.) y, además precisar, que este objetivo de unificación se extendió a aspectos de carácter sustancial que pudieran afectar el contenido, la naturaleza y los efectos de las obligaciones sujetas a cobro por esta vía.

En consecuencia, no es dable al intérprete extender la remisión al estatuto tributario contenido en el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006 a este tipo de aspectos sustanciales para concluir que esta ley reguló de manera uniforme la tasa de interés moratorio aplicable a las obligaciones a favor del tesoro público. Tampoco es viable con fundamento en los artículos 3º y 4º *ibídem*, afirmar que la Ley 1066 de 2006 unificó la tasa de interés moratorio de todas las obligaciones a favor de las entidades públicas.¹¹²⁰

¹¹²⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 19 de junio de 2008. Radicación 1904. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Aponte Santos. Extracto doctrinal publicado en la revista de Jurisprudencia y Doctrina de *Legis* de octubre de 2008, páginas 1735 a 1745.

Empero, a pesar de lo expuesto en el aparte doctrinal transcrito, el legislador no diferenció en el numeral 1º del artículo 100 del CPA, si se trataba de reglas especiales de carácter sustancial o reglas especiales de carácter procesal, por lo cual se encuentra una aparente contradicción con lo dispuesto en el artículo 5º de la Ley 1066 de 2006. Sin embargo, consideramos que la contradicción es aparente, dado que este artículo tampoco lo diferencia, pero los antecedentes legislativos lo aclaran, como lo señaló el Consejo de Estado en el aparte referido, por tanto, es importante armonizar las dos normas para que no pierda su efecto útil la unificación procedimental de la jurisdicción coactiva en el trámite dispuesto en el estatuto tributario.

Ahora bien, sin perder de vista lo anterior, la falta de claridad en este punto, genera conclusiones como la siguiente: “Por tanto, de acuerdo con las reglas de resolución de antinomias antes explicadas, es dable concluir que la Ley 1066 de 2006 no derogó las normas especiales contenidas en la Ley 610 de 2000 para los procesos de cobro coactivo originados en procesos de responsabilidad fiscal”,¹¹²¹ sin entrar a diferenciar entre normas sustanciales y normas procesales en lo atinente a procesos de cobro coactivo en procesos de responsabilidad fiscal.

En todo caso, sea lo que fuere, es decir, acójase el criterio de que las reglas especiales se refieren solo a aspectos sustanciales o que dichas reglas también cobijan las normas adjetivas, es menester afirmar que todo procedimiento de jurisdicción coactiva debe estar regulado por una ley que emane del Congreso de la República, pues dicho procedimiento hace parte integrante del Código Contencioso Administrativo y al ejecutivo le está vedado proferir Códigos (art. 150, numeral 10º de la CP). Así lo ha reconocido el Consejo de Estado agregando razones adicionales que sustentan esta premisa, así:

Finalmente, aclara la Sala que la facultad de las entidades de “establecer mediante normatividad de carácter general, por parte de la máxima autoridad o representante legal de la entidad pública, el reglamento de interno del recaudo de cartera, el cual deberá incluir las condiciones relativas a la celebración de acuerdos de pago” (L. 1066/2006, art. 2º), no comprende bajo ninguna circunstancia la posibilidad de que por esa vía se modifique o se hagan excepciones

¹¹²¹ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina, Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00014-00 (1882) A. Actor: Ministerio del Interior y de Justicia. Referencia: Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva por la Contraloría General de la República. Alcance de la remisión al estatuto tributario por la ley 1066 de 2006. Bogotá, D.C. quince de diciembre de dos mil nueve. Extracto doctrinal publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2010, páginas 641 a 656. Aquí se precisó que “ en el proceso de jurisdicción coactiva seguido con base en un acto declarativo de responsabilidad fiscal no cabría la excepción fundada en la demanda jurisdiccional del respectivo acto, ni dicha circunstancia daría lugar a la terminación del proceso ni al levantamiento de la medidas cautelares practicadas”.

al procedimiento legal de cobro coactivo, como se sugiere en una de las preguntas de la solicitud de ampliación. Lo anterior, no solo por la reserva legal que existe en materia de procesos judiciales y administrativos (CP, art. 29), sino también porque ello atentaría contra los principios de legalidad y jerarquía normativa.¹¹²²

II.- El numeral 2º del artículo 100 del CPA, señala que las obligaciones que no se rijan por reglas especiales en materia de su cobro coactivo, se rigen por lo dispuesto en el CPA y en el estatuto tributario, lo que quiere decir que en estos eventos cabe demandar judicialmente los actos contemplados en el inciso primero del artículo 101 del CPA y, por regla general, no procedería la suspensión del procedimiento de cobro coactivo por la sola admisión de la demanda, Este sería el caso, por ejemplo, del cobro de las multas de que trata el artículo 90 del CPA

III.- El numeral 3º del artículo 100 del CPA, advierte que en materia tributaria si opera en su integridad el trámite contemplado en el Estatuto Tributario (art. 823 y ss.) y, por ende, en estos casos solo es dable demandar en acción de nulidad y restablecimiento del derecho el acto que resuelve las excepciones y ordena seguir adelante la ejecución (art. 834 del decreto 624 de 1989, “estatuto tributario”) y sin ninguna restricción operaría la prejudicialidad contemplada en el artículo 835 del Estatuto Tributario.

C. Aspectos procedimentales de la jurisdicción coactiva

1. La competencia para asignar a órganos de derecho público la potestad de la jurisdicción coactiva está circunscrita a lo que la ley en sentido formal disponga (art. 68 del CCA y art. 98 del CPA, en concordancia con el parágrafo del art. 104 del CPA), así:

- La Dirección de Impuestos y Aduana Nacionales (DIAN) en virtud de lo contemplado en el Estatuto Tributario y lo dispuesto por el artículo 68 del CCA y por el artículo 98 del CPA.
- El Distrito Capital, por ser una entidad territorial de conformidad a lo contemplado en el artículo 68 del CCA y el artículo 98 del CPA Para esta entidad existe una regulación especial sobre la materia contemplada en los decretos 807 y 838 de 1993, artículos 140 y siguientes. Es así como el artículo 31 del decreto 838 regula el juzgado único de deudas fiscales a favor del distrito.

¹¹²² Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Consejero Ponente: Dr. William Zambrano Cetina, Radicación número: 11001-03-06-000-2008-00014-00 (1882) A. Actor: Ministerio del Interior y de Justicia. Referencia: Ejercicio de la Jurisdicción Coactiva por la Contraloría General de la República. Alcance de la remisión al estatuto tributario por la ley 1066 de 2006. Bogotá, D.C. quince de diciembre de dos mil nueve. Extracto doctrinal publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de abril de 2010, páginas 641 a 656.

- Para el caso de los municipios la Ley 383 de 1997 en su artículo 66 establece su competencia para adelantar este tipo de operación administrativa, norma compaginada con la del artículo 68 del CCA y el artículo 98 del CPA
- La Ley 42 de 1993 (Artículos 90 y ss.) le estableció esta potestad a la Contraloría General de la República. Esta facultad se infiere del artículo 268 numeral 5to de la Constitución Política. Las contralorías departamentales y municipales también poseen esta facultad de acuerdo a lo contemplado en el inciso 5to del artículo 272 de la Constitución Política. Es pertinente manifestar que el trámite es especial y se encuentra regulado en la ley referida, así: los artículos 90, 91 y 92 establecen los documentos que prestan mérito ejecutivo, el artículo 93 regula el trámite de las excepciones y el artículo 94 establece que solo es demandable la resolución que falle las excepciones, es decir, en este último caso exactamente igual que en lo que tiene que ver con la jurisdicción coactiva puramente administrativa.
- Desde el punto de vista Nacional, la Ley 6ta de 1992, los artículos 68 y 79 del Código Contencioso Administrativo y 98 del CPA establecen la regla general que precisa cuales son los órganos legitimados para ejercer jurisdicción coactiva.
- A nivel territorial la Ley 84 de 1915 en su artículo 6to establece los encargados de recaudar impuestos a nivel departamental, en el orden municipal la Ley 49 de 1987 en su artículo 5to establece que el Alcalde es la máxima autoridad a este nivel y, por lo tanto, es el representante legal del municipio y el servidor público competente para ejercer la jurisdicción coactiva, sin embargo, normalmente se delega la función al Tesorero.
- En cuanto a la contribución por valorización, las entidades encargadas de su cobro se designan de conformidad al ámbito en que operan, así: Decreto-Ley 1333 de 1986 “Código de Régimen Municipal”, en su artículo 241 lo determina, de igual manera el Decreto Legislativo 1222 de 1986 “Código de Régimen Departamental”, en su artículo 183 lo consagra.
- Al interior de la Superintendencia de Sociedades, la gestión del recaudo está a cargo del Coordinador del Grupo de Jurisdicción Coactiva y Cobro Persuasivo y de los intendentes regionales, en cada una de sus intendencias, de acuerdo con las reglas de competencia territorial (Resolución 531-003675 de septiembre 26 de 2008).

2. A título de ejemplo: los funcionarios investidos de jurisdicción para el cobro de las acreencias de las entidades públicas son, entre otros, los tesoreros o recaudadores municipales (aunque la competencia radica en el alcalde este delega), los empleados encargados de la recaudación de las rentas departamentales (aunque la responsabilidad es del gobernador este delega), los administradores de impuestos nacionales, a través de la División de Cobranzas de su respectiva regional, los funcionarios encargados de tal función por la Tesorería General de la

República, por el Fondo Vial Nacional, por el instituto Colombiano de Reforma Agraria ¹¹²³, etc.. Se infiere de lo anterior que la disposición legal es imprescindible, por lo tanto, es necesario tener en cuenta que de acuerdo con la ley todas las entidades públicas poseen la potestad de jurisdicción coactiva con excepción de las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación inferior al 50% de su capital y los entes con aportes o participación estatal inferior al 50% (Parágrafo del artículo 104 del CPA).

Sin perder de vista lo anterior, en este punto se nota una gran diferencia entre el antiguo Código Contencioso Administrativo y el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, pues la antigua codificación solo le atribuía esta potestad a la Nación, los establecimientos públicos y las entidades territoriales, salvo las excepciones que contemplara la misma ley, tal como acontecía con las Empresas Industriales y Comerciales prestadoras de servicios públicos domiciliarios, en materia de recaudo de montos provenientes de obligaciones relacionadas con la prestación de dichos servicios.

3. A modo de referencia se citaran las normas pertinentes del estatuto tributario en materia de jurisdicción coactiva puramente administrativa, con el objeto de que sirvan como marco de estudio al momento de interesarse en este tema, veamos:

- El artículo 824 establece la competencia funcional para ejercerla de acuerdo a la estructura funcional de la DIAN.
- El artículo 825 establece la competencia territorial debido a que la DIAN se encuentra diseminada por todo el territorio del País.
- El artículo 826 establece como se libra el mandamiento de pago. A partir de su notificación se vincula al deudor, sin embargo, cuando estemos ante deudores solidarios no opera lo señalado en el ítem anterior, habida cuenta que la notificación del mandamiento de pago solo los vincula si antes de que opere se profiere un acto administrativo que se les notifique en debida forma donde se decida que serán vinculados también a la operación de jurisdicción coactiva y contenga el título ejecutivo correspondiente¹¹²⁴.

¹¹²³ Actualmente Incoder.

¹¹²⁴ “De otra parte no es acertado afirmar que la jurisprudencia después de lo establecido en el artículo 83 de la ley 6ª de 1992, haya sostenido que no se requiere acto previo al mandamiento de pago para efectuar la vinculación del deudor solidario, ya que por el contrario han sido reiterados los pronunciamientos de la corporación en relación con el tema en el sentido de señalar que en vigencia de la citada ley se requiere de la constitución del título ejecutivo respecto del deudor solidario, como quiera que las liquidaciones oficiales, privadas y otros títulos ejecutivos lo son frente a los contribuyentes a quienes se les practica, más no cobijan automáticamente a los deudores solidarios, por lo que previo a la vinculación del deudor, la administración debe producir un acto administrativo notificado en debida forma, en el cual determine individualmente las circunstancias que configuran la solidaridad, la proporción de la participación del socio, el tiempo de posesión durante el periodo gravable”. (Consejo de Estado, Sentencia 13109, febrero 24 de 2003, Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié. Extracto publicado en el Código Contencioso Administrativo de hojas sustituibles de *Legis*, páginas 104 y 105).

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

Ahora, es indispensable también que dicha firmeza se predique de la persona que se pretende ejecutar y no de persona diferente, pues el acto solo es oponible a quien lo conoce, en consecuencia, si la administración no lo ha notificado a nadie, le será oponible solo a ella, si lo ha notificado a ciertas personas, le será oponible solo a tales personas. El medio idóneo para poner en conocimiento los actos administrativos de tal forma que queden en firme o ejecutoriados es la notificación. Por ello es necesario notificar al garante ya que el proceso de cobro coactivo va dirigido contra él, motivo por el cual no es suficiente que tal acto se encuentre ejecutoriado respecto del contribuyente si no es a quién se le cobrará de manera ejecutiva. La Sala ha sentenciado que la exigencia de que el título ejecutivo esté en firme para iniciar el cobro coactivo ha de entenderse respecto de quien se cobra la obligación (Sentencia de oct. 26/2006, CP María Inés Ortiz Barbosa, exp. 15432).¹¹²⁵

Por otro lado, el mandamiento de pago como actuación que inicia el cobro coactivo debe señalar de manera precisa y sin lugar a equívocos las obligaciones que se persiguen y los documentos que las soportan, con el fin de que el deudor pueda ejercer un adecuado y oportuno derecho de defensa. En consecuencia, si el mandamiento de pago se fundamenta en una actuación que impuso una sanción pero no fijó suma alguna a favor del fisco, no contiene una obligación que constituya un título ejecutivo.¹¹²⁶

- El artículo 828 trae la enumeración taxativa de los títulos ejecutivos en este tipo de jurisdicción coactiva.
- El artículo 831 contempla las excepciones que se pueden impetrar contra el mandamiento de pago con el objeto de enervar la legalidad del título ejecutivo.
- El artículo 834 regula lo concerniente a la resolución que rechaza excepciones.
- El artículo 835 explica que solo es demandable en acción de nulidad y restablecimiento del derecho el acto administrativo, es decir la resolución que rechaza las excepciones y ordena continuar la ejecución. De igual manera advierte que no se pueden rematar los bienes embargados hasta que no haya fallo.

¹¹²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia de 4 de septiembre de 2008. Expediente 16540. Consejera Ponente: Dra. Ligia López Díaz. Extracto jurisprudencial publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de noviembre de 2008, páginas 1983 a 1985.

¹¹²⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia 15952 de marzo 6 de 2008. Consejero Ponente: Hector J. Romero.

- Es pertinente manifestar que la Ley 383 de 1997, en su artículo 66, consagra que para los impuestos del orden territorial se aplica el trámite del estatuto tributario, salvo lo que dispongan las respectivas ordenanzas o acuerdos.

4. En cuanto a la jurisdicción coactiva ordinaria, es pertinente anotar, tal como se advirtió líneas atrás, que la Ley 1066 de 2006 la derogó, habida cuenta que se unificó el procedimiento de la jurisdicción coactiva al puramente administrativo contemplado en el estatuto tributario (art. 5º), lo cual se ratificó en el artículo 100 del CPA Sin embargo consideramos que las siguientes anotaciones no resultan incompatibles con la normativa del estatuto tributario y, al contrario, resultan aplicables al procedimiento de cobro coactivo en virtud de lo dispuesto en el guion 2 del artículo 839 y 840 de dicho estatuto, veamos:

- En una operación administrativa de cobro coactivo no se pueden discutir asuntos que debieron ser objeto de recursos por la vía gubernativa, esto es, las causales contempladas en el artículo 84 del CCA y en el artículo 137 del CPA o razones de conveniencia u oportunidad. (art. 561 C. de P. C., inciso dos).
- El artículo 68 del CCA, derogó el artículo 562 del C. de P.C. y el artículo 98 del CPA derogó en lo pertinente el artículo 68 del CCA
- El artículo 564 del C. de P.C. consagraba una forma especial de notificación del mandamiento de pago, sin embargo debe entenderse que en la actualidad y en virtud de la unificación de los procedimientos de cobro coactivo, quedó derogada y remplazada por lo dispuesto en el artículo 826 del Estatuto Tributario, así: Se cita al ejecutado por medio de comunicación enviada por conducto de empleado del despacho o por correo certificado a la última dirección registrada en la oficina de impuestos, y a falta de tal dato, mediante aviso que debe publicarse en periódico de amplia circulación en el lugar. Transcurridos diez (10) días a partir del envío de la comunicación, de la publicación del aviso o de la entrega del oficio, si el citado no ha comparecido se notificará por correo.
- Frente a las medidas cautelares se aplica la normativa contemplada en los artículos 837 a 843-2 del estatuto tributario, empero, con el objeto de que el deudor no se insolvente, tal como lo advierte Hernán Fabio López Blanco en cuanto a la medida cautelar de embargo, así: “[...] el juez de ejecuciones fiscales tiene la misma facultad del juez civil para decretar, aún antes de la notificación del mandamiento de pago, medidas cautelares y ejecutarlas, pues la finalidad que se persigue es la misma, o sea que el deudor no se insolvente y garantizar así el pago de la obligación mediante la práctica de los embargos que sean necesarios, bien por el sistema de embargos que llamamos puramente burocrático o del que requiere del secuestro para su perfeccionamiento”¹¹²⁷.

¹¹²⁷ Instituciones de derecho procesal civil, séptima edición, editorial Dupré, página 605.

- En firme el avalúo, la administración efectuará el remate de los bienes directamente o a través de entidades de derecho público o privado. Y adjudicará los bienes a favor de la Nación en caso de declararse desierto el remate después de la tercera licitación, en los términos que establezca el reglamento (artículo 840 del ET)

5. Diferencias entre la justicia ordinaria (tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción contenciosa) y la coactiva:

- El título ejecutivo en la justicia ordinaria proviene del ejercicio de la autonomía de la voluntad, al paso de que el título en la jurisdicción coactiva es de creación Estatal.
- La demanda ejecutiva en la justicia ordinaria debe reunir todos los requisitos contemplado en las normas procedimentales pertinentes, mientras que para el inicio de la jurisdicción coactiva no se necesita elaborar demanda alguna.
- En la justicia ordinaria la notificación del mandamiento de pago se realiza en forma personal (art. 315 y ss., CPC), en la jurisdicción coactiva, la notificación se realiza conforme lo consagra el artículo 826 del Estatuto Tributario. En lo demás no existe diferencia en el trámite procesal entre la justicia ordinaria y la jurisdicción coactiva.
- En cuanto a la obtención de la información relativa a los bienes del deudor, en la justicia ordinaria los señala el demandante, al paso que en la jurisdicción coactiva, si el deudor no denuncia bienes, el funcionario competente investiga lo pertinente, salvo que exista reserva legal (art. 837 en concordancia con el art. 825-1 del Estatuto Tributario).
- En los procesos de jurisdicción coactiva solo es admisible la acumulación de procesos cuando se trate de los títulos contemplados en el artículo 68 del CCA y el artículo 99 del CPA y bajo la óptica de lo dispuesto en el artículo 825 del Estatuto Tributario, a diferencia de la justicia ordinaria donde la acumulación se ciñe a las reglas generales (Inciso 1º del artículo 566 del CPC). Por tanto, en la jurisdicción coactiva solo pueden comparecer entidades de derecho público.

6. Aplicación de la normativa de prelación de créditos y por ende, de embargos: Los créditos estatales, aun los que se hacen efectivos a través de la jurisdicción coactiva, deben estar sometidos a la normativa vigente. La doctrina ha dicho:

No se piense que en estos casos las entidades de derecho público sufren desmedro y que se desconoce la calidad de créditos privilegiados de la primera clase que tiene algunos de los créditos a favor de dichas entidades, pues si se cumple el desembargo, y el crédito que se cobra por jurisdicción coactiva es privilegiado (como acontece con los que

proviene de impuestos), simplemente se aplica al caso la prelación de pagos de que trata el artículo 542 ya explicado.

Pero si el crédito que se cobra por jurisdicción coactiva no es privilegiado (no todos los créditos a favor del Estado tienen tal característica), simplemente opera la prelación de un crédito privilegiado como lo es el garantizado con hipoteca y el juez de ejecuciones fiscales debe embargar el remanente si queda, o buscar otros bienes, porque so pretexto de que se trata de un proceso por jurisdicción coactiva no es posible desconocer ni el privilegio que generan ciertos créditos ni las disposiciones sobre prelación de embargos.¹¹²⁸

Como corolario de lo anterior tiene plena vigencia el artículo 558, numeral 1° del CPC (Prelación de embargos).

Por tanto, en los procesos de jurisdicción coactiva el crédito civil debe ceder frente al fiscal cuando este se trate de impuestos, menos en materia de costas. Mediante un ejemplo podemos explicar la premisa anotada, así: Si un juez civil ha decretado el embargo en un proceso ejecutivo hipotecario, de un inmueble, y un juez de ejecución fiscal, a su vez, decreta un embargo sobre el mismo bien, empero, advierte a través de oficio que le envía al registrador respectivo, que ya se encuentra embargado con el primer gravamen mencionado. ¿El juez de ejecución fiscal podrá continuar con el proceso de jurisdicción coactiva de conformidad a lo contemplado en el artículo 839 del Estatuto Tributario, o tendrá que hacerse parte en el proceso ejecutivo ordinario para garantizar el pago de la deuda fiscal con el remanente del remate del bien embargado?

Es menester tener en cuenta que del evento que nos describe el problema jurídico anotado anteriormente, se infiere el tipo de crédito a favor del Estado. En efecto, al mencionarse el estatuto tributario se colige que estamos ante deudas fiscales por concepto de impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones de competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales (Artículo 523 del Estatuto Tributario).

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que este tipo de créditos se encuentran dentro de los señalados por el Código Civil como créditos privilegiados de primera clase, contemplados en el artículo 2495. Al observar detenidamente el mencionado artículo, encontramos que el numeral sexto del mismo consagra: “Los créditos del fisco y los de las municipalidades por impuestos fiscales o municipales devengados”.

¹¹²⁸ López Blanco, Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo II, Séptima Edición, Dupré Editores, página 607.

Como corolario de lo anterior, advertimos que los créditos a favor del fisco originado en tributos o impuesto, se encuentran dentro de la primera clase y, por ende, prevalecen sobre los demás, con excepción de los contemplados en los numerales 1 al 5 del artículo 2495 del Código Civil. En este sentido se encuentra redactado el 2496 *ibídem*.

Por otro lado, los créditos hipotecarios se encuentran dentro de la tercera clase de créditos, tal como lo estipula el artículo 2499 del Código Civil, lo que quiere decir que deben ceder frente a los créditos contemplados en la primera clase. Sentado lo anterior, encontramos que el Estatuto Tributario regula lo concerniente al registro de embargo decretado en un proceso de cobro coactivo administrativo. En efecto, el artículo 839 de dicha normativa señala: “De la resolución que decreta el embargo de bienes se enviará una copia a la Oficina de Registro correspondiente. Cuando sobre dichos bienes ya existiere otro embargo registrado, el funcionario lo inscribirá y comunicará a la Administración y al juez que ordenó el embargo anterior”. Como se colige del aparte de la disposición transcrita, el primer embargo se cancela y el embargo decretado por el juez fiscal se inscribe, aplicando en esta materia lo dispuesto por el numeral 1º del artículo 558 del CPC por remisión expresa del artículo 87 de la Ley 6ta del 30 de junio de 1992, que adicionó el artículo 839 del Estatuto Tributario que se viene analizando.

Empero el artículo 839, tantas veces mencionado, en su inciso segundo establece el criterio del privilegio del crédito que originó el primer embargo, para establecer la competencia o no del juez de ejecuciones fiscales. Dispone que si el crédito que originó el embargo anterior es inferior, el juez fiscal continuará con su actuación y de ello informará al juez respectivo, a quién le pondrá a su disposición el remanente si así lo solicitare. Por el contrario, si el crédito que originó el primer embargo es de grado superior, el juez fiscal deberá hacerse parte en el proceso ejecutivo correspondiente y velará porque se garantice la deuda con el remanente del remate del bien embargado.

Sin perder de vista lo anterior y atendiendo el caso concreto, la hipótesis a aplicar en el mismo es la que conlleva a la continuación del proceso ejecutivo coactivo por la administración, esto debido a que, como se explicó, el crédito hipotecario es de grado inferior al crédito fiscal por tributos y, por ende, debe ceder.

En este punto de la disertación cabe preguntarse: ¿y qué pasa con el artículo 542 del CPC el cual regula una situación similar a la que se viene analizando? La respuesta al interrogante planteado es a no dudarlo, lo siguiente: el artículo 542 del CPC es inaplicable para el caso que nos ocupa. Esta respuesta se funda en las siguientes premisas:

- El Estatuto Tributario es la normativa que regula todo lo concerniente al recaudo de impuestos, anticipos, retenciones intereses y sanciones a favor de la Administración de Impuestos, lo cual lo convierte en una normativa especial frente al procedimiento civil, el cual posee una regulación de naturaleza supletiva en estos casos.
- Como corolario de lo esbozado en el ítem anterior, cuando el artículo 542 del Código de Procedimiento Civil, habla de juez fiscal, está haciendo referencia a procesos ejecutivos adelantados por la administración para hacerse efectivos créditos a favor del Estado por conceptos diferentes a impuestos, anticipos, retenciones, intereses y sanciones, lo cual es de competencia de la Dirección de Impuestos Nacionales.
- La prevalencia de créditos regulada en los artículos 2493 a 2511 del Código Civil, señala los créditos fiscales por concepto de tributos como privilegiados de 1ra clase, lo que evidencia su protección frente a los hipotecarios ubicados en la 3ra clase. Con esto se quiere decir que el espíritu del ordenamiento jurídico común es proteger este tipo de créditos y por esta razón existe una normativa especial que hace prevalecer por regla general, la competencia al juez fiscal y deja al juez civil como potencial ejecutor de los remanentes.
- El sistema tributario se encuentra fundado en los principios de equidad, eficiencia y progresividad, tal como lo consagra la Constitución Política en su artículo 363, esto implica que los sistemas de recaudo deben ser diseñados de una forma que concreten de manera real las metas presupuestales, esto con el objeto de que el Estado pueda cumplir con sus fines. Por lo tanto, es apenas lógico que exista una normativa especial, como lo es el estatuto tributario, que consagre una serie de prerrogativas a favor del Estado para evitar la evasión de los impuestos con el único límite de no vulnerar derechos fundamentales.

Como conclusión a todo lo anterior, la norma aplicable al caso concreto es el artículo 839 del Estatuto Tributario por ser norma especial y el manejo del gravamen será en las condiciones que dicha norma consagra y que ya se explicaron.

7. Práctica de medidas cautelares: Frente a este acápite, son cinco las afirmaciones que se deben hacer:

a. En la práctica del secuestro para perfeccionar el embargo o para hacer efectivo el remate de bienes, es perfectamente viable la oposición, ya que para este caso se aplican las normas de los procesos ejecutivos con garantías personales (art. 686 del CPC).

b. En cuanto a la práctica del embargo, el Estado no está obligado a constituir caución, tal como lo expresó el Consejo de Estado en los siguientes términos: “La razón de la caución estriba en proteger al ejecutado de la insolvencia del deudor (sic) para el pago de los perjuicios. Tal hipótesis es extraña a la administración pública, cuyo patrimonio no podrá desaparecer sin que el Estado mismo desapareciera, por lo cual no es exigible el otorgamiento de garantías de este tipo”.¹¹²⁹ Por otro lado la oportunidad para llevar a cabo el embargo, como el secuestro, es aún antes de notificar el mandamiento de pago, evento en el cual no es procedente constituir caución.

c. La enajenación de bienes embargados procede en el proceso de cobro coactivo¹¹³⁰, previa autorización del funcionario competente, en aplicación del artículo 1521 del Código Civil. Esto para que el deudor pueda ofrecer el bien a terceros y así lograr un mejor precio del que se obtendría en un remate. La medida busca, en definitiva, celeridad y economía en el proceso de cobro, con el fin de que el deudor pueda extinguir y satisfacer la obligación. Lo anterior no significa que la medida sea levantada, evento que solo ocurre cuando se presta garantía bancaria o de compañía de seguros por el valor adeudado, habida cuenta que el dinero que resulte de la transacción comercial estará afectado a la deuda.

Es importante anotar que el deudor puede solicitar, desde que se libre mandamiento ejecutivo en su contra, que no se le embarguen ni secuestren bienes, de acuerdo con el artículo 519 del Código de Procedimiento Civil. Para esto, deberá prestar caución en dinero, con el fin de garantizar el pago de crédito y las costas, dentro de los tres días siguientes a la comunicación del acto administrativo que desestime las excepciones, del que acepte su desistimiento o del que ordene llevar adelante la ejecución, según el caso.

d. La expresión “fallo judicial debidamente ejecutoriado” contenida en el inciso 4° del artículo 837-1 del Estatuto Tributario se refiere al fallo judicial definitivo proferido por las autoridades contencioso administrativas en procesos tramitados contra los actos administrativos que determinan o establecen sumas líquidas de dinero a favor del Estado. Según el artículo 837-1, cuando no exista límite de inembargabilidad de las cuentas de ahorro en los procesos administrativos de cobro adelantados contra personas jurídicas, los recursos embargados no podrán utilizarse por la entidad ejecutora, hasta que se demuestre la acreencia a su favor, con un fallo judicial ejecutoriado o por vencimiento de los términos de los que dispone el ejecutado para ejercer las acciones procedentes. En ambos casos, la administración deberá contar con las respectivas constancias de ejecutoria del

¹¹²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto de diciembre 12 de 1986, Ponente: Dr. Hernán Guillermo Aldana).

¹¹³⁰ Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), en el concepto 8756 del 17 de febrero del 2005, que reconsideró parcialmente el 049393 del 14 de agosto del 2003.

título ejecutivo, que, en el caso de los actos administrativos, están conformadas por la certificación de la autoridad donde consta que no se interpusieron acciones contenciosas o estas fueron rechazadas. Si se trata de fallo, la constancia de ejecutoria es el sello que estampa el juez (DIAN, concepto 13442 de febrero 8 de 2008).

e. Los rematantes en un proceso de cobro coactivo tienen derecho a que la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) se pronuncie sobre sus peticiones, una vez el bien les haya sido adjudicado, pues, a partir de ese momento, se convierten en un tercero con interés.¹¹³¹

8. Prescripción del derecho a cobrar en los procesos de jurisdicción coactiva: Por regla general hay que mirar las normas específicas y el tipo documentos que constituyen el título ejecutivo¹¹³², sin embargo, se pueden sentar las siguientes reglas:

- Cuando el título ejecutivo es un acto administrativo, se aplica el término de 5 años de que habla la pérdida de fuerza ejecutoria, tal como lo contempla el numeral 3ro del artículo 66 del CCA y el numeral 3ro del artículo 91 del CPA en concordancia con lo dispuesto en el artículo 817 del Estatuto Tributario, última disposición que regula la prescripción de la acción de cobro o de derecho a cobrar por parte de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), aplicable por remisión del artículo 59 de la Ley 788 de 2002 a las entidades territoriales. Para evitar que el acto administrativo pierda la fuerza ejecutoria en estos casos, se debe notificar el mandamiento de pago al obligado o a su curador *ad litem*, según el caso, dentro de los 5 años siguientes a la firmeza de dicha decisión que constituye título ejecutivo.
- Cuando la jurisdicción coactiva se origina en una sentencia, se aplica lo contemplado en el numeral 11 del artículo 136 del CCA.
- En los demás casos se aplica la prescripción prevista en el Código Civil (art. 2536 –modificado L. 791/2002, art. 8º-), o en normas especiales que provengan del legislador en sentido formal (art. 817.-modificado L. 788/2002, art. 86-*Estatuto Tributario*), tal como lo explica el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En los demás casos, es decir, en aquellos en que la obligación esté contenida en otro tipo de documentos, por ejemplo, en aquellos

¹¹³¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia 02026 de diciembre 12 de 2007, Consejero Ponente: Juan Palacio.

¹¹³² “Bajo este entendimiento, para determinar la viabilidad de iniciar un proceso de cobro coactivo, hay que distinguir entre las obligaciones contenidas en actos administrativos y aquellas que están contenidas en otro tipo de documentos”. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 19 de junio de 2008. Radicación 1904. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Aponte Santos. Extracto doctrinal publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2008, páginas 1735 a 1745.

que provengan del deudor, la viabilidad de iniciar el proceso de cobro coactivo dependerá de la ocurrencia o no de la figura de la prescripción extintiva del derecho, prevista en el Código Civil y cuando así lo prevea el legislador, como en el caso, de la prescripción de obligaciones origen tributario.

9. La solicitud de compensación no suspende el cobro coactivo: El Consejo de Estado ha observado sobre el particular lo siguiente: “La solicitud de compensación no lleva per se su aprobación y de contera la extinción parcial o total del crédito a cargo de deudor tributario, porque, tal como lo dice el acto acusado, es una mera expectativa, puesto que es probable que dicha solicitud no cumpla con los requisitos legales”.¹¹³³ Por tanto, el hecho de que esté en trámite una solicitud de compensación en sede administrativa, no implica que el proceso de cobro coactivo se suspenda en espera de que dicha solicitud se resuelva, dado que la misma es una mera expectativa, tal como lo expresó la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo en el aparte jurisprudencial transcrito.

10. Si la administración pública llegare a impetrar una demanda ejecutiva a pesar de poseer potestad de jurisdicción coactiva, el Juez deberá remitir la demanda al competente por falta de jurisdicción o declarar la nulidad de todo lo actuado y ordenar dicha remisión, si hubiere adelantado el proceso. En este sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En consecuencia, dado que dentro del presente asunto se pretende el cobro ejecutivo de unos créditos fiscales, es claro que el conocimiento de su ejecución no pertenece al conocimiento de esta jurisdicción, toda vez que el mismo no fue asignado por el legislador a la misma, habida consideración al hecho de que las normas previstas en el Capítulo VIII del Código de Procedimiento Civil, en el título de la Ejecución para el cobro de deudas fiscales, al señalar el procedimiento para el cobro de las mismas, estableció claramente la competencia de la Jurisdicción Coactiva para el conocimiento de dicho tipo de asuntos. Dado que el cobro de créditos fiscales se rige por normas propias del derecho tributario, además de tener una jurisdicción y un procedimiento propio, esto es, aquel establecido en el capítulo VII del Título XXVII, de la Sección Segunda del Código de Procedimiento Civil, es claro que el conocimiento del presente asunto no corresponde a esta jurisdicción. Para ahondar en razones la Sala destaca el hecho de que de la lectura del acuerdo de pago suscrito por las partes se evidencia que estas pactaron que en caso

¹¹³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia 14063 de julio 5 de 2007, Consejero Ponente: Juan Ángel Palacio Hincapié.

de incumplimiento de pago por parte de la Lotería la Sabanera al Municipio, se daría inicio a los cobros coactivos pertinentes. Así las cosas, como en el presente asunto se configura una causal de nulidad insanable, esto es aquella prevista en el numeral 1° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, dado que el conocimiento del presente asunto fue asignado por el legislador a una jurisdicción diferente a la que lo ha venido tramitando, se impone a la Sala declarar la nulidad de todo lo actuado y ordenar la remisión del expediente al competente en los términos del artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 45 de la ley 446 de 1998.¹¹³⁴

Sin embargo, con el advenimiento del nuevo Código de Procedimiento Administrativo, este evento de falta de jurisdicción desaparece, toda vez que la nueva normativa le permite a las entidades públicas escoger entre la vía del cobro coactivo o la vía jurisdiccional, veamos: “Artículo 98. Deber de recaudo y prerrogativa del cobro coactivo. [...] Para tal efecto, están revestidas de la prerrogativa de cobro coactivo o podrán acudir ante los jueces competentes.” Aunque debe advertirse que en caso de normas especiales esta regla no opera, es decir, si las normas anotadas señalan expresamente que el asunto solo se puede cobrar por la vía de la jurisdicción coactiva, es imposible adelantar un proceso ejecutivo u otro trámite para obtener dicho cobro y operará la causal de nulidad por falta de jurisdicción. Un ejemplo que nos puede ilustrar este caso es el contemplado en el artículo 173 de la Ley 734 de 2002, donde se establece que cuando la suspensión en el cargo se convierte en multa, el cobro se efectuará por jurisdicción coactiva.

11. El régimen de excepciones:

a. Oportunidad para presentar excepciones y forma del escrito: En este aspecto se aplica lo dispuesto en el artículo 832 del Estatuto Tributario. Si no se propone ninguna excepción, se debe dictar el acto administrativo que ordena proseguir la ejecución.

b. Trámite que debe dársele a las excepciones: El trámite será el consignado en los artículos 832 y siguientes del Estatuto Tributario, de conformidad a la unificación de procedimientos que consagró la Ley 1066 de 2006.

¹¹³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil siete (2007), Radicación número: 70001-23-31-000-2000-00353-01 (29658), Actor: Municipio de Sincelejo, Demandado: Departamento de Sucre, Referencia: Acción ejecutiva-Apelación de Sentencia-Nulidad.

c. Las excepciones que proceden:

- Excepciones: El artículo 831 del Estatuto Tributario contempla las excepciones que se pueden alegar, así:
 1. El pago efectivo.
 2. La existencia de acuerdo de pago.
 3. la de falta de ejecutoria del título.
 4. La pérdida de ejecutoria del título por revocación o suspensión provisional del acto administrativo, hecha por autoridad competente.
 5. La interposición de demandas de restablecimiento del derecho o de proceso de revisión de impuestos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
 6. La prescripción de la acción de cobro.
 7. La falta de título ejecutivo o incompetencia del funcionario que lo profirió.
 8. La calidad del deudor solidario.
 9. La indebida tasación del monto de la deuda si se vincula a un deudor solidario.

- El numeral segundo del artículo 509 del C. de P. Civil, modificado por el art. 50 de la Ley 794 de 2003, establece cuales son las excepciones que se pueden proponer cuando el título ejecutivo que origine la jurisdicción coactiva sea una providencia judicial, norma que consideramos vigente a pesar de la unificación de procedimiento, toda vez que la misma no resulta incompatible con el Estatuto Tributario, así:

C. DE P. CIVIL. ART. 509. EXCEPCIONES QUE PUEDEN PROPONERSE:**1. [...]**

- 2.-** Cuando el título ejecutivo consista en una sentencia o un laudo de condena, o en otra providencia que conlleve ejecución, solo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia; la de nulidad en los casos que contemplan los numerales 7 y 9 del artículo 140, y de la pérdida de la cosa debida. En este evento no podrán proponerse excepciones previas ni aún por la vía de reposición.

- En cuanto a la excepción por existencia de acuerdo de pago, es pertinente anotar que tales acuerdos son viables jurídicamente siempre y cuando no vulneren el derecho a la igualdad, exonerando al pago por mora a los deudores incumplidos. Así lo manifiesta el Consejo de Estado en los siguientes términos:

En concepto de esta Sala, en los acuerdos de pago, las entidades públicas, además de observar las condiciones mínimas previstas en la Ley 1066 de 2006, el Decreto 4473 de 2006 y las que establezcan los reglamentos internos de cartera de cada entidad pública, en materia de plazos, garantías y cláusulas aceleratorias, deben tener en cuenta la siguiente regla: los problemas de eficiencia del aparato estatal, no pueden resolverse a costa del derecho a la igualdad (art. 13 superior), exonerando del pago de intereses de mora a los deudores incumplidos.¹¹³⁵

Por otro lado, en este proceso siempre se deberá excepcionar, en caso contrario al ejecutor no le queda otra alternativa que dictar el acto administrativo de que trata el artículo 836 del Estatuto Tributario.

12. Terminación del proceso de cobro coactivo:

- a. Por pago.
- b. Por acto administrativo que resuelve las excepciones a favor del ejecutado.
- c. Por acto administrativo que declara la extinción del proceso de cobro coactivo de oficio. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

A la luz de las normas comentadas, es claro que los representantes de las entidades públicas a cuyo cargo está la función de cobrar, en su calidad de acreedoras, son los titulares de la facultad para declarar, de oficio, no solo la prescripción extintiva del derecho, la remisión de una obligación, sino la pérdida de fuerza ejecutoria y, con ello, declarar la extinción del proceso de cobro coactivo.¹¹³⁶

- d. Por el remate de los bienes.
- e. Por adjudicación de los bienes en cabeza de la administración pública en caso de imposibilidad de su remate.

¹¹³⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 19 de junio de 2008. Radicación 1904. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Aponte Santos. Extracto doctrinal publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2008, páginas 1735 a1745.

¹¹³⁶ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 19 de junio de 2008. Radicación 1904. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Aponte Santos. Extracto doctrinal publicado en la revista de jurisprudencia y doctrina de *Legis* de octubre de 2008, páginas 1735 a1745. En este caso el Consejo de Estado explica que la remisión de una obligación es reconocer la precariedad en que se encuentran ciertas obligaciones que imposibilita su cobro.

GLOSARIO

Segunda parte

1. **Funciones de Coleislador:** Es decir, colabora con el Congreso de la República en la expedición de leyes, particularmente, a través de la preparación y presentación de actos legislativos y de proyectos de Ley sobre materias relacionadas con sus competencias (Numeral 4to del artículo 237 de la Constitución Política). (p. 467 capítulo I).
2. **Funciones Administrativas:** Cumple funciones de gestión y organización alrededor de su desempeño como supremo ente de la Contencioso Administrativo. Por ejemplo: darse su propio reglamento (Numeral 6to del artículo 237 de la Constitución Política). (p. 467 capítulo I).
3. **Funciones Jurisdiccionales:** Es la función natural para la cual fue creado y se materializa a través de decisiones judiciales (por lo regular sentencias), las cuales dirimen un conflicto o le dan certeza jurídica a situaciones oscuras o ambivalentes. (p. 467 capítulo I).
4. **Funciones Consultivas:** Aconseja al gobierno en asuntos de administración pública y derecho administrativo (Numeral 3ro del artículo 237 de la Constitución Política). (p. 467 capítulo I).
5. **Conflictos de competencia:** Son aquellos que se presentan al interior del Contencioso Administrativo. (p. 516 capítulo I).
6. **Conflictos de jurisdicción:** En este evento nos encontramos ante conflictos entre diferentes jurisdicciones, esto es, controversias en torno al conocimiento de asuntos en donde puede existir duda de cuál jurisdicción es la competente: la ordinaria, la contenciosa, la constitucional, la penal militar, la coactiva o una especial (indígena o de paz). (p. 517 capítulo I).
7. **La Justicia Ordinaria:** Estas Sentencias se profieren dentro de una modalidad de justicia identificada en solucionar los conflictos que se susciten entre los asociados, de manera efectiva, en procura de aplicar el ordenamiento jurídico para darle certeza a los derechos individuales (Con excepción de las que surgen como consecuencia de las acciones públicas que se ejercen ante la jurisdicción contencioso administrativa). (p. 519 capítulo II).
8. **La Justicia Constitucional:** Esta justicia está consagrada en los artículo 116 y 239 de la Constitución Política y busca, básicamente, proteger el interés general del conglomerado social, es decir, trasciende de los intereses personales a los intereses de la colectividad. (p. 519 capítulo II).

- 9. Proceso contencioso administrativo:** Conjunto de actos procesales coordinados, los cuales poseen sus ritualidades propias, que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo con el objeto de controlar el comportamiento de la Administración Pública en procura de que este busque materializar el interés general, restablecer los derechos subjetivos de las personas y salvaguardar el orden jurídico general. Obviamente el proceso contencioso administrativo se surte a través de diferentes tipos de procedimiento de conformidad a su naturaleza. (p. 521 capítulo II).
- 10. Medios de Impugnación:** Son los mecanismos procesales que poseen las partes al interior de un proceso judicial, tendientes a revisar la legalidad de las providencias judiciales dictadas durante el transcurso del mismo. También son utilizados para solicitar la aclaración o adición de tales providencias. (p. 544 capítulo II).
- 11. La Transacción:** Es un contrato a pesar de que no genera obligaciones, por el contrario extingue, por tanto es un negocio jurídico en el cual la renuncia recíproca de las partes a sus pretensiones es su elemento esencial y a través de ella se termina extrajudicialmente (es decir sin que medie la intervención del Juez del proceso) un litigio pendiente o se precave uno eventual. (p. 579 capítulo II).
- 12. La Conciliación:** Es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado conciliador. (p. 583 capítulo II).
- 13. Cláusula compromisoria:** Es una estipulación incorporada en el texto de un contrato o en un documento anexo a ese contrato, en donde las partes señalan que todas o solamente algunas de las controversias derivadas del contrato. (p. 612 capítulo II).
- 14. La amigable composición:** Es un mecanismo contractual de solución de controversias a través del cual las partes delegan en un tercero que se llama amigable componedor, la facultad de precisar las partes, el estado y la forma de cumplimiento de un determinado contrato. La decisión que adopte el amigable componedor tiene efectos de cosa juzgada. (p. 618 capítulo II).
- 15. Acción de repetición:** Cuando la conciliación se diere por una actuación dolosa o gravemente culposa de un servidor público, la entidad perjudicada podrá repetir contra este. (p. 600 capítulo II).
- 16. Sentencias de condena:** Son aquellas sentencias que además de declarar la existencia de determinada situación jurídica, como consecuencia de las mismas imponen a la administración la obligación de cumplir con una obligación de dar, hacer o no hacer. En esta clasificación encontramos las

sentencias favorables a la parte demandante que surgen de las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho o de reparación directa y, en general, en todas aquellas favorables a la parte actora en lo que tiene que ver con el restablecimiento del derecho y la reparación del daño. (p. 630 capítulo III).

- 17. Las sentencias declarativas:** Se dirigen únicamente al reconocimiento de la existencia de una situación jurídica de importancia o la constatación de la ocurrencia de un hecho con consecuencias jurídicas. En estos eventos encontramos las sentencias que denieguen las pretensiones del demandante, sin importar el tipo de proceso en donde se profieran. (p. 630 capítulo III).
- 18. Las sentencias constitutivas:** Son aquellas que crean, modifican o extinguen un estado jurídico, es decir, al emitirse, generan una nueva estructura jurídica frente a determinada situación, no se limitan a declarar sino que producen algo nuevo. Las sentencias que deciden favorablemente los procesos que acusan actos administrativos o los procesos electorales o las que revisan cartas de naturaleza, en lo que tiene que ver con la declaratoria de nulidad, son ejemplos clásicos de esta modalidad. (p. 630 capítulo III).
- 19. La sentencias inhibitorias:** Son aquellas que no definen de fondo el asunto por presentarse una grave irregularidad que debió dar lugar al rechazo de la demanda y sin embargo se admitió la misma, adelantándose el procedimiento respectivo y llegando a la etapa del fallo. El ejemplo tradicional es la falta de agotamiento de la vía gubernativa. (p. 630 capítulo III).
- 20. Acción de Simple Nulidad:** Se busca declarar la nulidad de un acto administrativo con su consecuente pérdida de fuerza ejecutoria (Causal 5ta del artículo 66 del CCA, es decir, la pérdida de vigencia del acto administrativo), con el único objeto de preservar el principio de legalidad, teniendo en cuenta que tal decisión de la administración se encuentre incurso en alguna o algunas de las causales de ilegalidad contempladas en el artículo 84 del CCA o en el artículo 137 del nuevo CPA (p. 672 capítulo III).
- 21. ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Es aquella a través de la cual se acude a la Jurisdicción Contencioso-administrativa, con el fin de que se declare la nulidad de un acto administrativo y se restablezca un derecho subjetivo vulnerado por la expedición de la decisión que se impugna y, si es del caso, que se repare el daño en caso de que con la ejecución de tal decisión, se hayan ocasionado perjuicios para el accionante. (p. 736 capítulo IV).
- 22. La acción de lesividad:** Es aquella a través de la cual la Administración Pública impugna ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

su propio acto, es decir, el producido por ella misma. Por lo tanto, por ejemplo, si un Municipio demanda un acto administrativo proferido por una Corporación Regional, será una acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento, pero en ningún momento de festividad. Para que sea de festividad, el Municipio debe impugnar un acto administrativo proferido por el mismo. (p. 740 capítulo IV).

23. Restablecimiento del derecho: Esta pretensión se manifiesta como consecuencia de la nulidad del acto administrativo y consiste en precaver un daño futuro cierto (restablecimiento del derecho automático) o volver las cosas a su estado inicial. (p. 748 capítulo IV).

24. Lucro cesante: Los salarios y demás prestaciones sociales dejadas de percibir desde el momento en que fue desvinculado del cargo y hasta el momento en que sea reintegrado efectivamente al cargo respectivo. (p. 768 capítulo IV).

25. Daño emergente: Se deberá argumentar que dinero se tuvo que utilizar a partir de que perdió su trabajo, para continuar solventando su necesidad, por ejemplo: se tuvo que seguir cotizando a la E.p.S., para no perder su derecho a acceder en un futuro a una mesada pensional. El pago mensual asciende a tanto. Este rubro en materia laboral no tiene ninguna incidencia en el acápite cuantía, empero, es una pretensión legítima en este tipo de controversias, sin embargo, el nuevo código no es claro en este tópico, es decir, en la inclusión o no del daño emergente para calcular la cuantía en materia laboral, situación sobre la cual nos pronunciaremos más adelante. (p. 768 capítulo IV).

26. Perjuicios morales: Por el dolor espiritual, la aflicción y el apesadumbramiento que le genera al actor la pérdida del empleo, 100 Salarios Mínimos Mensuales Vigentes. (p. 768 capítulo IV).

27. Efecto económico presente y determinado: La cuantía está sujeta a la diferencia entre la declaración privada y la liquidación oficial, es decir, cuando la administración liquida un mayor impuesto por pagar o un menor saldo a favor del contribuyente. Es presente, porque, una vez ejecutoriada, la liquidación oficial surte efectos económicos para el contribuyente y para el Estado. Y es determinado, porque en la liquidación oficial el valor es evidente y concreto. (p. 778 capítulo IV).

28. Efecto económico presente y neutro: Cuando el valor discutido por concepto de impuestos, tasas, contribuciones y sanciones en la liquidación resulta de la operación aritmética que propone la autoridad tributaria y discrepa de la operación propuesta por el contribuyente, pero es igual al valor declarado por impuestos, tasas, contribuciones y sanciones en la liquidación privada. El efecto económico es presente y neutro, porque el valor determinado oficialmente es igual al declarado por el contribuyente,

de manera que, al quedar ejecutoriada, la liquidación oficial surte efectos para el contribuyente, pero no para el Estado. (p. 778 capítulo IV).

- 29.Efecto económico futuro y determinable:** Se da en la medida en que los conceptos que la autoridad tributaria desconoce en la liquidación oficial tienen repercusiones a futuro que se reflejarán cuando se presenten los denuncios tributarios subsiguientes al que fue objeto de glosas. (p. 778 capítulo IV).
- 30.El daño:** El daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación. (p. 800 capítulo V).
- 31.El perjuicio:** lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo. (p. 800 capítulo IV).
- 32.El caso fortuito:** Es la causa interna a la actividad administrativa que termina por producir el daño. (p. 837 capítulo V).
- 33.Hecho o culpa de la víctima:** Es un error de conducta que no habría cometido una persona advertida, colocada en las mismas circunstancias exteriores del autor del daño. También se define como la violación de las obligaciones a las cuales está sujeto el administrado. (p. 837 capítulo V).
- 34.La falla del servicio:** Consistente en que se produce un daño debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente. (p. 840 capítulo V).
- 35.La falla presunta del servicio:** Se da en aquellos eventos donde el particular solo debe demostrar la existencia de un daño que le ocasionó perjuicios, el comportamiento administrativo dañino y la relación de causalidad entre tal daño y el comportamiento administrativo dañino que lo ocasionó, ya que la imputación a la administración pública, de la conducta administrativa activa o pasiva dañina, se presume y es a esta a la que le corresponde desvirtuar dicha presunción. (p. 843 capítulo V).
- 36.La teoría de la conscripción o reclusión:** Consiste en que se presume la responsabilidad del Estado en el evento en que un recluso o un soldado o policía que está prestando servicio militar, sufre una lesión o muerte en el lapso de la reclusión o conscripción, a pesar de que al momento de ingresar al sitio de reclusión o de reclutamiento se encontraba en óptimas condiciones de salud. (p. 856 capítulo V)
- 37.La acción contractual:** Es una acción por regla general, de naturaleza subjetiva, individual, temporal, resistible y pluripretensional a través de la cual cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenaciones o restituciones consecuenciales; que se ordene su revisión; que se declare su incumplimiento y que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan las demás declaraciones y condenaciones

que sean pertinentes; así mismo, la nulidad de los actos administrativos contractuales y los restablecimientos a que haya lugar; como también las reparaciones e indemnizaciones relacionadas con los hechos, omisiones u operaciones propias de la ejecución del contrato. (p. 858 capítulo VI).

38. Teoría de la imprevisión: Se presenta cuando en un contrato de ejecución sucesiva se presentan eventos imprevistos e imprevisibles que agravan particularmente la situación del contratista. A pesar de lo anterior y tal como lo anotamos, el contratista debe continuar cumpliendo con el objeto contractual en pro del interés general y como contraprestación, la administración a pesar de no tener responsabilidad en el desequilibrio, deberá restablecerlo a un punto de no pérdida para evitar la paralización del servicio público. (p. 867 capítulo VI).

39. Las sujeciones imprevistas: Se trata de un alea material que se refleja en un fenómeno natural. Puede tener origen en las condiciones del subsuelo, profundidad imprevista del lecho de un río, lluvias o sequías verdaderamente excepcionales; aunque excepcionalmente se han entendido también como sujeciones imprevistas las medidas administrativas derivadas de un fenómeno natural, por ejemplo, impedir temporalmente el acceso a la obra. En este caso se presenta una indemnización integral dado que en principio la entidad pública contratante es la que realiza los estudios técnicos previos sobre las condiciones naturales donde se va a desarrollar la obra. (p. 868 capítulo VI).

40. La Acción Electoral: Conjunto de mecanismos o instituciones de control de la regularidad de los procesos electorales, como condición necesaria para la existencia de elecciones libres. (p. 896 capítulo VII).

41. La Acción Ejecutiva: es aquel compendio de etapas y actuaciones procesales cuya razón de ser no gira en torno a declarar la existencia o no de un derecho o una obligación de dar, hacer o no hacer, por el contrario, sobre el derecho o la obligación no se maneja ninguna duda jurídica, lo que se busca es que dicha obligación sea cumplida por el deudor de la misma. (p. 929 capítulo VIII).

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”.

UPRIMNY YEPES, Rodrigo, UPRIMNY YEPES, Inés Margarita y PARRA VERA, Oscar, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, 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.

ANEXO 1.¹¹³⁷

“En el Municipio de VILLA ROSARIO se elegirán NUEVE (9) concejales, se presentaron SEIS (6) listas que obtuvieron la siguiente votación:

Partido FUCSIA:	491 votos	Partido REAL:	312 votos
Movimiento SÍSMICO:	317 votos	Partido ROSADO:	1800 votos
Movimiento COMUNAL:	808 votos	Partido GRIS:	1688 votos
VOTOS EN BLANCO:	286		
TARJETAS NO MARCADAS:	46		
VOTOS NULOS:	69		
TOTAL VOTOS:	5.817		

CÁLCULO DEL UMBRAL

1. Cálculo de los votos válidos:

Votos Válidos = Votos por listas + Votos en blanco

Votos por las listas: 1.800+ 1.688+ 808+ 491+ 317+ 312 = 5.416

Total Votos Válidos = 5.416 + 286 = 5.702

2. Cálculo del cociente:

$$\text{COCIENTE} = \frac{\text{VOTOS VÁLIDOS}}{\text{ELECTORAL NÚMERO DE CURULES A PROVEER}} = \frac{5.702}{9}$$

COCIENTE = 633 (Se tiene en cuenta únicamente el valor entero)

3. Se calcula el UMBRAL:

$$\text{UMBRAL} = \frac{\text{COCIENTE ELECTORAL}}{2} = \frac{633}{2} = 316,5$$

UMBRAL= 316 (Se tiene en cuenta únicamente el valor entero)

APLICACIÓN DEL UMBRAL (Asignación de curules): Las listas que obtuvieron votación superior al UMBRAL, participan en la asignación de curules, para el caso, aquellas que obtuvieron una votación igual o mayor a 316 votos.

¹¹³⁷ Extracto del Manual de Claveros y Escrutinios de la organización electoral de Colombia. Páginas 24 a 26.

Según el ejemplo son las siguientes:

Partido FUCSIA: 491 Votos
 Mov. SÍSMICO: 317 Votos
 Partido ROSADO: 1.800 Votos
 Mov. COMUNAL: 808 Votos
 Partido GRIS: 1.688 Votos

Sin embargo, estos partidos aún no tienen garantizada la obtención de curules.

La lista del Partido REAL no se tiene en cuenta al momento de asignar curules, ni participa del cálculo de la cifra repartidora, por cuanto su votación fue de 312 votos, cifra menor al UMBRAL.

CÁLCULO DE LA CIFRA REPARTIDORA

1. Se procede a obtener las listas de forma descendente por votación de aquellas que superaron el UMBRAL:

Primera Votación	Partido ROSADO:	1.800 votos
Segunda Votación	Partido GRIS:	1.688 votos
Tercera Votación	Mov. COMUNAL:	808 votos
Cuarta Votación	Partido FUCSIA:	491 votos
Quinta Votación	Mov. SÍSMICO:	317 votos

2. Se elabora la matriz de resultados:

Como son nueve (9) los escaños para asignar, se toman los primeros nueve (9) resultados de mayor a menor en forma consecutiva obtenidos en la matriz, así: 1800, 1688, 900, 844, 808, 600, 562, 491 y 450. La última cifra, es decir, el noveno resultado, que es 450, es la CIFRA REPARTIDORA. Veamos el gráfico de lo descrito en este párrafo:

	/1	/2	/3	/4	/5	/6	/7	/8	/9
PARTIDO ROSADO	1800	900	600	450	360	300	257	225	200
PARTIDO GRIS	1688	844	562	422	337	281	241	211	187
MOVIMIENTO COMUNAL	808	404	269	202	161	134	115	101	89
PARTIDO FUCSIA	491	245	163	122	98	81	70	61	54
MOVIMIENTO SÍSMICO	317	158	105	79	63	52	45	39	35

EFFECTOS DE LA CIFRA REPARTIDORA

Se procede a dividir cada una de las votaciones de las listas que superaron el UMBRAL por la CIFRA REPARTIDORA:

Número de votos x lista

Asignación de curules= -----

Cifra repartidora

PARTIDO	VOTACIÓN	OPERACIÓN	CURULES
Partido ROSADO	1800 votos	1800/450	4
Partido GRIS	1688 votos	1688/450	3
Móv. COMUNAL	808 votos	808/450	1
Partido FUCSIA	491 votos	491/450	1
Móv. SÍSMICO	317 votos	317/450	0
TOTAL CURULES	9

Si aplicada la cifra repartidora resultare que varias listas obtuvieren derecho a la última curul a proveer, esta se asignará a la que tenga la mayor fracción decimal. Si persiste el empate, se asignará por sorteo en los términos señalados por el artículo 183 del Código Electoral.

Acto seguido se toman las listas por Partidos o Movimientos que alcanzaron a obtener curules y se procede a la declaratoria de elección y entrega de credenciales, en el mismo orden en que fueron inscritas las listas y presentadas al electorado.

NOTA: Cuando se presentan listas únicas sin voto preferente, no hay lugar a reordenamiento dentro de la lista para la asignación de curules, somos sí se presenta, en las listas con voto preferente.

El procedimiento para la declaratoria de elección de las Asambleas se hará en las Comisiones Escrutadoras Departamentales, para Concejo y JAL, se hará en las respectivas comisiones municipales.”

