



Consejo de Estado

Seminario Internacional
de presentación del Nuevo Código
de Procedimiento Administrativo
y de lo Contencioso Administrativo

Ley 1437 de 2011

Memorias

Seminario Internacional
de presentación del Nuevo Código
*de Procedimiento Administrativo
y de lo Contencioso Administrativo*

Ley 1437 de 2011

Mauricio Fajardo Gómez

Presidente del Consejo de Estado

Gustavo E. Gómez Aranguren

Vicepresidente del Consejo de Estado

Sandra Morelli Rico

Contralora General de la República

Iván Darío Gómez Lee

Auditor General de la República

José Darío Uribe Escobar

Gerente General del Banco de la República

Honorio Enríquez Pinedo

Director General de la ESAP

Coordinación General de la Edición

William Zambrano Cetina.

Consejero de Estado

Edición de textos

Isabel Martínez Gaitán

Directora oficina estudios especiales

Auditoría General de la República

Ingrid Catherine Viasús Quintero

Auxiliar judicial. Consejo de Estado

Imagen del evento

Juan de Dios Cano Londoño

David Garzón Rodríguez

Auditoría General de la República

Diseño General Publicación

Silvana Orlandelli

Directora de Comunicaciones

Contraloría General de la República

Juan Fernando Londoño

Editor de la Revista de la Contraloría

General de la República

Angélica Beltrán

Oficina de Comunicaciones de la

Contraloría General de la República

Yenny Liliana Pérez Guzmán

Diseño y Diagramación

Contraloría General de la República

Kelly Rojas Cubrillos

Diagramación

Contraloría General de la República

Néstor Adolfo Patiño Forero

Portada y Portadillas

Contraloría General de la República

Impresión

Imprenta Nacional de Colombia

ISBN

978-958-9351-82-6

República de Colombia

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
CONSEJO DE ESTADO**

Mauricio Fajardo Gómez

Presidente

Gustavo E. Gómez Aranguren

Vicepresidente

**SALA DE CONSULTA Y SERVICIO
CIVIL**

Augusto Hernández Becerra

Presidente

**Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Enrique José Arboleda Perdomo
William Zambrano Cetina**

**SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO**

Sección Primera

Marco Antonio Velilla Moreno

Presidente

**Maria Elizabeth García González
Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta
Maria Claudia Rojas Lasso**

Sección Segunda

Víctor Hernando Alvarado Ardila

Presidente

**Gerardo Arenas Monsalve
Gustavo E. Gómez Aranguren
Bertha Lucía Ramírez de Páez
Luis Rafael Vergara Quintero
Alfonso Vargas Rincón**

Sección Tercera

Enrique Gil Botero

Presidente

**Gladys Agudelo Ordoñez (e)
Hernán Andrade Rincón
Stella Conto Diaz Del Castillo
Ruth Stella Correa Palacio
Mauricio Fajardo Gómez
Danilo Alfonso Rojas Betancourth
Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Olga Mélida Valle de De la Hoz**

Sección Cuarta

Martha Teresa Briceño de Valencia

Presidente

**Hugo Fernando Bastidas Bárcenas
William Giraldo Giraldo
Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez**

Sección Quinta

Mauricio Torres Cuervo

Presidente

**Susana Buitrago Valencia
Alberto Yepes Barreiro**

Juan Enrique Bedoya Escobar

Secretario General

Equipo interinstitucional que hizo posible la realización del Seminario

Consejo de Estado

Juan Manuel Laverde Álvarez.

Magistrado Auxiliar

Lida Yaneth Manrique Alonso.

Magistrado Auxiliar

Jorge Murgueitio Cabrera.

Magistrado Auxiliar

Oscar Eduardo Vargas Rozo.

Magistrado Auxiliar

Ruth Jenny Galindo Huertas.

Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Ana Carolina Osorio Calderín.

Relatora

Marcela Zuluaga Vélez.

Relatora

María Fabiana de la Espriella Salcedo.

Jefe de Prensa

Javier Antonio Guzmán Berrío.

Secretaría Técnica Comisión de Reforma

Laura Victoria Hernández Valderrama.

Secretaría Técnica Comisión de Reforma

Yuri Marcela Parra Muñoz.

Secretaría Técnica Comisión de Reforma

Sergio Andrés Chacón Sánchez.

Auxiliar judicial

Diego Fernando López Moreno.

Auxiliar judicial

Jorge Alejandro Vargas García.

Auxiliar judicial

Ingrid Catherine Viasús Quintero.

Auxiliar judicial

Magda Cristina Castañeda Parra.

Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Aristóbulo Ruge Forero.

Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Oscar Alberto Reyes Rey.

Secretaría de la Sala de Consulta y Servicio Civil

Karen Nathaly Jiménez Rojas.

Ad Honorem

Érika Andrea Parra Sanabria.

Ad Honorem

Antonio Guarín Rojas.

Coordinador Administrativo Consejo de Estado

Capitán Erika Castellanos Pérez

Intendente Luis Heberto Lozano Díaz

Subintendente Alex Mauricio López Álvarez

Auditoría General de la República

Isabel Martínez Gaitán.

Directora de la Oficina de Estudios Especiales y Apoyo Técnico

América Moreno Guzmán.

Asistente Oficina de Estudios Especiales

Oscar Rojas Baquero.

Asistente Oficina de Estudios Especiales

Andrea Novoa Velásquez.

Profesional Especializado Oficina de Estudios Especiales

Liliana Ortiz Ospino.

Profesional Especializado Oficina de Estudios Especiales

Lucía Mazuera Romero.

Asesora del Despacho

Stephanie Piscioti.

Judicante Asistente del Despacho

Maribel Robayo.

Asesora Auditoría Delegada para el Control Fiscal

Juan de Dios Cano Londoño.

Profesional Especializado Oficina de Comunicaciones

Jhon Alexander Agudelo Córdoba.

Asistente Oficina de Comunicaciones

David Garzón Rodríguez.

Profesional Oficina de Comunicaciones

Ximena O'Byrne,

Profesional Oficina de Comunicaciones

Katherin Suárez,

Profesional Oficina de Planeación

Alejandra del Pilar Vargas.

Profesional Oficina de Planeación

Johana Vela.

Profesional Oficina de Planeación

Contraloría General de la República

Carlos Eduardo Umaña Lizarazo.

Director de Capacitación

Giovana Victoria Orozco.

Directora de Comunicaciones

Banco de la República

Ángela María Pérez Mejía.

Sub Gerente Cultural

Eduardo Reina Andrade.

Director del Departamento Jurídico

Juan Agustín Carrizosa Umaña.

Director de la Unidad Administrativa de la Subgerencia cultural

Guillermo Ramírez Ramírez.

Analista de Eventos



Presentación

Con especial satisfacción hacemos entrega al país de las memorias correspondientes al Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –Ley 1437 de 2011-.

Luego de sancionada la Ley a principios de este año surgió la necesidad inmediata de aunar esfuerzos y recursos para iniciar la valiosa e indispensable labor de dar a conocer, estudiar, examinar y discutir en el país y en la comunidad jurídica en general, los aspectos más relevantes de esta nueva codificación, con el fin de generar mecanismos eficaces a través de los cuales se logren importantes bases para su correcta aplicación.

La generación de espacios propicios y diversos para la difusión y el debate de estos nuevos contenidos, sin duda alguna, contribuirá a que los objetivos y finalidades que se trazaron desde que se concibió la idea de repensar la estructura y la totalidad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, puedan hacerse efectivos.

En este contexto el Consejo de Estado tomó la iniciativa en planear, preparar, organizar y desarrollar, a escasos días de la sanción de la Ley 1437, un seminario internacional, cuyo objetivo principal fue el de presentar el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a través de la participación activa, importantísima y primordial de conferencistas de primer orden, la mayoría de ellos con intervención directa en la formación, discusión, elaboración y aprobación de este nuevo Código.

En este sentido y luego de superar los obstáculos propios de la realización de eventos de esta magnitud, dificultades que en realidad fueron más bien pocas, dada la gran generosidad, recepción y alto sentido de colaboración de las personas y entidades que de una u otra forma contribuyeron a la realización del seminario, durante los días 1, 2 y 3 de febrero se desarrolló con total éxito en la ciudad de Bogotá D.C., en las instalaciones de la Biblioteca Luis Ángel Arango y con la asistencia de más de 1.500 personas, el Seminario de presentación del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, evento que se convirtió en el modelo a seguir y en la punta de la lanza –por su impecable organización y la pertinencia de los temas que se trataron- de los demás seminarios que con dicha finalidad se han venido llevando a cabo en toda la geografía nacional.

Luego de un proceso de compilación y edición del valioso material preparado para cada una de las conferencias que se presentaron en el marco del certamen, el Consejo de



Estado presenta con orgullo las memorias de dicho seminario, siguiendo con el propósito inagotable e inaplazable de continuar con la labor de difusión de los aspectos más relevantes de la codificación, en el entendido de que herramientas como la que en esta oportunidad se ponen a disposición de la comunidad jurídica, serán de extrema importancia en la tarea de estudio y aplicación de éstos preceptos.

En cuanto a la estructura del texto –al igual que ocurrió en el Seminario- el libro inicia con la presentación de las ponencias por medio de las cuales se logró realizar una aproximación general de los antecedentes, fundamentos del nuevo Código y una visión de la citada Ley, desde la perspectiva del Derecho Comparado.

En una segunda parte se recogen los aspectos relevantes relacionados con el procedimiento administrativo, tales como: i) los principios que ilustran este procedimiento; ii) los fundamentos de los procedimientos administrativos iii) el derecho de petición; iv) el proceso administrativo general y el procedimiento administrativo sancionatorio; v) recursos, silencio administrativo y revocatoria directa.

La tercera parte de la obra se ocupa de algunos elementos transversales, a saber: i) la jurisprudencia en el nuevo código; ii) los medios electrónicos en la Ley 1437 y; iii) la intervención del Ministerio Público.

La cuarta parte analiza los puntos cardinales del procedimiento contencioso, de los cuales se destacan: i) el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; ii) los medios de control; iii) la oralidad y el proceso; iv) medidas cautelares; v) recursos ordinarios en la Ley 1437 de 2011; vi) el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia; vii) el contencioso electoral y laboral en el nuevo código, y viii) el régimen probatorio, nulidades, incidentes e impedimentos en la nueva ley.

La parte final del texto plantea tres aspectos de suma importancia para la correcta interpretación y aplicación del nuevo Código referentes a la incidencia de esta legislación en el fortalecimiento del ordenamiento jurídico y en el mejoramiento de la gestión pública, así como los retos para su implementación, contenidos que fueron en parte el fundamento mismo de la nueva codificación en cuanto mecanismo directo y efectivo de acercamiento de la Administración a la comunidad como instancia propia y única para la atención eficaz de la peticiones y solución de los conflictos particulares.

Como fácilmente se puede advertir, por tratar de forma precisa, clara y completa los contenidos primordiales y novedosos de este nuevo Estatuto, la obra que ahora se presenta, se convertirá en un texto de obligatoria y necesaria consulta, que contribuirá con creces a la labor de difusión del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Finalmente, se impone registrar el reconocimiento y gratitud a todas las personas, entidades y autoridades que participaron y colaboraron en la publicación de las memorias, entre las cuales cabe destacar la labor imprescindible, dinámica y responsable del señor Consejero William Zambrano Cetina, Coordinador General tanto del evento como de la edición de las memorias; de la Auditoría General de la República; de la Contraloría General de la República; de la Escuela Superior de Administración Pública y del Banco de la República, entidades que con su apoyo incondicional y generoso hicieron posible la realización de este proyecto.

Mauricio Fajardo Gómez
Presidente del Consejo de Estado

Contenido



Instalación

- Intervención del doctor Mauricio Fajardo Gómez. Presidente del Consejo de Estado **15**
- Intervención del doctor Carlos Alberto Zuluaga Díaz. Presidente de la Cámara de Representantes. **21**
- Intervención del doctor Germán Vargas Lleras. Ministro del Interior y de Justicia. **23**



Aproximación General

- Antecedentes y presentación general de la Ley 1437 de 2011. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Ex Presidente del Consejo de Estado. Miembro de la Comisión de reforma. **31**
- Fundamentos y objetivos de la reforma del libro I del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. William Zambrano Cetina. Magistrado del Consejo de Estado. Miembro de la Comisión de reforma. **37**
- Fundamentos de la reforma del libro II del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ruth Stella Correa Palacio. Magistrada del Consejo de Estado. Miembro de la Comisión de reforma. **79**
- El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo desde la perspectiva del derecho comparado. Luciano Parejo Alfonso. Catedrático de Derecho Administrativo Universidad Carlos III de Madrid. **105**



El procedimiento administrativo

- Los principios del procedimiento administrativo en la Ley 1437 de 2011 a la luz del derecho comparado latinoamericano. Allan Brewer Carías. Profesor de la Universidad Central de Venezuela. **115**
- Fundamentos de los procedimientos administrativos en el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo – Ley 1437 de 2011-. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Magistrado del Consejo de Estado. **145**
- El derecho de petición. Enrique José Arboleda Perdomo. Magistrado del Consejo de Estado. Miembro de la Comisión de reforma. **187**
- El proceso administrativo general y el procedimiento administrativo sancionatorio. Pablo Felipe Robledo del Castillo. Viceministro de Justicia y del Derecho. **199**
- Recursos, silencio administrativo y revocatoria directa. Enrique Gil Botero. Ex Presidente del Consejo de Estado. Miembro de la Comisión de reforma. **217**



Elementos transversales

- La jurisprudencia en el nuevo código. Augusto Hernández Becerra.
Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.
Miembro de la Comisión de reforma. **233**
- Los medios electrónicos en la Ley 1437 de 2011. Cristina Pardo Schlesinger.
Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República. **245**
- La intervención del Ministerio Público en el nuevo Código de Procedimiento
Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Alejandro
Ordoñez Maldonado. Procurador General de la Nación. **259**

Procedimiento Contencioso

- El objeto de la jurisdicción contencioso administrativa. Juan Pablo
Cárdenas Mejía. Asesor de la Comisión de reforma. **273**
- Los Medios de Control en la Ley 1437 de 2011. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.
Magistrado del Consejo de Estado. Miembro de la Comisión de reforma. **293**
- Oralidad y Proceso. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. Ex presidente del
Consejo de Estado. Miembro de la Comisión de reforma. **311**
- Medidas Cautelares. Mauricio Fajardo Gómez. Presidente del Consejo de Estado. **327**
- Recursos ordinarios en la Ley 1437 de 2011. Héctor J. Romero Díaz.
Ex Magistrado del Consejo de Estado. Miembro de la Comisión de reforma. **353**
- El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Guillermo Chahín
Lizcano. Ex Presidente del Consejo de Estado. Asesor de la Comisión de reforma. **373**
- El contencioso electoral en el nuevo código de procedimiento administrativo
y de lo contencioso administrativo. Mauricio Torres Cuervo.
Magistrado del Consejo de Estado. **385**
- Extensión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el campo laboral
a la luz de la ley 1437 de 2011. Gustavo E. Gómez Aranguren. Vicepresidente
del Consejo de Estado. **395**
- El contencioso laboral. Alfonso Vargas Rincón. Magistrado del Consejo de Estado.
Miembro de la Comisión de reforma. **405**
- Régimen probatorio, nulidades, incidentes e impedimentos en el nuevo Código de
Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Álvaro
Namén Vargas. Magistrado Auxiliar. Secretario Técnico de la Comisión de reforma. **409**



La incidencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el fortalecimiento del ordenamiento jurídico

Danilo A. Rojas Betancourth. Magistrado del Consejo de Estado. **441**

Susana Buitrago Valencia. Magistrada del Consejo de Estado **449**



La incidencia del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo en el mejoramiento de la gestión pública

Sandra Morelli Rico. Contralora General de la República. **463**

Iván Darío Gómez Lee. Auditor General de la República. **469**

Hernando Torres Corredor. Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Miembro de la Comisión de reforma. **483**



Los retos para la implementación del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo

Gustavo Aponte Santos. Ex Presidente del Consejo de Estado. Miembro de la Comisión de reforma. **509**

Guillermo Rivera Flórez. Representante a la Cámara. Coordinador de Ponentes en la Cámara de Representantes. **515**

Héctor Helí Rojas Jiménez. Vicepresidente del Parlamento Andino. Coordinador de Ponentes en el Senado de la República. **521**

Ricardo H. Monroy Church. Vicepresidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. **523**

Instalación





Intervención del doctor Mauricio Fajardo Gómez Presidente del Consejo de Estado

El Consejo de Estado asiste orgulloso y con enorme satisfacción a cumplir esta importante cita con los ciudadanos colombianos, con las autoridades administrativas y de control, con los magistrados y jueces de la república, con la comunidad jurídica y académica y, en general, con el país, que hoy se encuentra representado por este nutrido pero a la vez selecto auditorio, cita cuya programación fue realmente definida desde hace aproximadamente cuatro años, en 2007.

Desde ese entonces el Consejo de Estado, a través de ilustres magistrados, algunos de los cuales por fortuna todavía forman parte de la corporación y otros que hoy ya no la integran como consecuencia de la dinámica a la cual nuestra democracia supedita la conformación de las altas cortes, pero con cuyo concurso y aporte dieron brillo a la corporación y a los pronunciamientos que desde ella se producen permanentemente en desarrollo de las funciones que la constitución política y las leyes de la república atribuyen a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, desde ese entonces –repi-to- el Consejo de Estado emprendió un proceso de profunda reflexión y auto examen a raíz de la entrada en funcionamiento, en agosto de 2006, de la figura de los jueces administrativos unipersonales.

Esa figura, hasta ese momento ajena a la estructura de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y hoy tan compenetrada con la misma, como si siempre los jueces hubieren integrado su esencia en cuanto con su inteligencia, con su consagración y con su entrega han sabido interpretar y aplicar en debida forma las instituciones de orden constitucional y legal que le dan vida a ese cada vez mas enriquecido derecho administrativo que Colombia exhibe con orgullo ante el mundo, genero interrogantes de fondo acerca de cuál habría de ser el papel que debería jugar el Consejo de Estado: continuar fungiendo como un alto tribunal de instancia o dejarle esa tarea en términos generales a los tribunales administrativos y a los jueces unipersonales para reservarse el rol de unificador de jurisprudencia a través del conocimiento de recursos y mecanismos extraordinarios, exclusivamente.

Esas meditaciones, inicialmente encaminadas a determinar las competencias legales que debían asignarse y/o revisarse en cuanto correspondía al funcionamiento del Consejo de Estado, muy pronto derivaron en un escenario mucho mas amplio que tuvo por objeto repensar la estructura y la organización de la de la totalidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.



Al comprometerse con esa importante tarea, el tribunal supremo de lo contencioso administrativo y cuerpo supremo consultivo del gobierno, la asumió con entusiasmo en el entendido de que su propia existencia encuentra justificación a través de la realización, entre otros, de dos aspectos de singular importancia que apuntan a la efectividad del cometido constitucional que la carta política le traza a nuestro estado social de derecho, consistente en la consecución de un “orden justo”, a saber:

A) De un lado la atención pronta, eficiente e idónea de los usuarios de la jurisdicción especializada que llenos de esperanza y confiados en la efectividad de las instituciones democráticas, con lo cual dotan de legitimidad tanto al sistema institucional como al ordenamiento vigente, a diario ocurren ante los despachos judiciales en demanda de justicia, de una administración de justicia que traduzca en realidad los postulados constitucionales.

B) De otro lado, manteniendo los objetivos en el norte constituido por el origen mismo del derecho administrativo, con todas sus evoluciones conquistadas a lo largo de la historia, esto es procurando asegurar la protección efectiva y concreta de los derechos y las libertades de los asociados de cara al ejercicio del poder de las autoridades públicas, de tal manera que así se alcance el no menos significativo propósito de asegurar el imperio de la ley y, con ello, el destierro definitivo de la arbitrariedad y toda forma de abuso por parte del estado o de sus servidores.

De esta manera el Consejo de Estado, con la participación entusiasta de la totalidad de su sala plena, decidió dejar de lado la que en una determinada perspectiva podría considerarse como una postura cómoda o pasiva, que no por ello menos importante y delicada, consistente en limitarse a la aplicación de la normatividad vigente en cada uno de los casos concretos que se someten a su conocimiento, para asumir entonces el reto de discutir, de elaborar, de proponer y de defender un código moderno que de manera ágil y actualizada regule, entre otras cuestiones significativas: las actuaciones de las autoridades administrativas; las relaciones de los asociados con dichas autoridades; que defienda y garantice la efectividad de los derechos de los particulares; que simultáneamente procure el funcionamiento idóneo, oportuno y adecuado de las instituciones y de las autoridades legítimamente constituidas; que contribuya de manera eficaz a la descongestión del aparato judicial de lo contencioso administrativo mediante el reconocimiento de derechos y de garantías en sede administrativa; que consagre procedimientos eficientes para el funcionamiento de la jurisdicción especializada en orden a lograr una administración de justicia eficiente, fuerte, respetada y respetable, todo ello consultando tanto el marco constitucional adoptado en el año de 1991, como los avances jurídicos y tecnológicos que el mundo moderno y globalizado pone al alcance de la sociedad colombiana.

A partir de esas definiciones el Consejo de Estado, con la dirección entusiasta de su entonces presidente Gustavo Aponte Santos, le propuso al gobierno nacional la realización conjunta de la tarea sobre el supuesto de que resultaba fundamental compartir



el desafío con la interlocución permanente de las principales autoridades administrativas que, de manera necesaria, serán destinatarias obligadas de la codificación que en por ese entonces se emprendía.

La respuesta del Gobierno Nacional, que con verdadero interés se ha mantenido con indeclinable decisión a lo largo de estos años y que incluso hoy evidencia el compromiso real de apoyar la iniciativa legislativa y de traducirla en realidad viviente a través de su aplicación efectiva, permitió que en el año 2008, bajo la presidencia del magistrado Enrique Gil Botero y con el valiosísimo apoyo de extraordinarios y muy calificados asesores externos, se iniciara un largo camino de incontables horas de investigación, de trabajo, de discusiones y de elaboración del que paso a ser el proyecto inicial sobre el cual se proyectarían los años siguientes de revisiones y ajustes.

En el año 2009, con disciplina ejemplar y muestra extraordinaria de responsabilidad y consagración, los integrantes de la comisión redactora, integrada por magistrados del Consejo de Estado en representación de cada una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, todos los integrantes de la Sala de Consulta y Servicio Civil, destacados representantes del Consejo Superior de la Judicatura e importantes voceros del gobierno nacional, durante extensas e inagotables jornadas, prescindiendo de sus horas y días de descanso, permitieron con su dedicación, con la presidencia del doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta, la estructuración de un proyecto de ley que fue presentado conjuntamente con el gobierno nacional a consideración del Congreso de la República.

En el Senado de la República, con la muy activa participación de un destacado grupo de ponentes coordinados por el entonces Senador Héctor Helí Rojas y contando con el siempre decidido apoyo del gobierno nacional, el Consejo de Estado tuvo oportunidad de participar en múltiples, serias y muy enriquecedoras discusiones que posteriormente y con igual profundidad se trasladaron a la Cámara de Representantes, escenario en el cual fueron incontables los aportes realizados por los representantes y en especial por los ponentes que adelantaron su labor bajo la coordinación del doctor Guillermo Rivera, mientras simultáneamente el gobierno nacional promovía profundas reflexiones y discusiones de fondo resultantes de la revisión emprendida con ocasión del cambio que se produjo a partir del 7 de agosto de 2010.

No menos importante fue la etapa de conciliación que debió adelantarse con el trabajo conjunto de senadores de la república y representantes a la cámara quienes pusieron de presente sus capacidades y su profesionalismo, dando lugar a la aprobación definitiva del texto que finalmente el gobierno nacional sancionó el pasado 18 de enero.

De esta manera el Congreso de la República, bajo la orientación de sus directivas –actuales y anteriores- y con la participación de sus integrantes dio muestra de su seriedad y compromiso para con los más altos intereses de la patria.



En estas etapas que se cumplieron durante los años 2010 y comienzos de 2011, el Consejo de Estado hizo presencia permanentemente a través de sus magistrados liderados por el presidente de la corporación doctor Luis Fernando Alvarez Jaramillo, cuya presentación acerca de la formación del código en mención, efectuada en la ceremonia de sanción de y en extremo ilustrativa, sin que haya lugar a repetir ahora aspectos que en ese documento se encuentran tratados de manera completa y magistral.

Este apretado recuento refleja la génesis primigenia de una tarea que en su primera fase concluyó con la expedición de la ley 1437, contentiva del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

En este punto no puedo dejar de destacar que a lo largo de todos estos años, el compromiso y la entrega de los consejeros de estado que han participado activamente en el análisis, la discusión y la elaboración de los textos que finalmente se convirtieron en ley de la república, en modo alguno descuidaron o dejaron de lado sus responsabilidades misionales; de ello dan cuenta suficiente los resultados alcanzados durante los años aludidos, de cuya rápida revisión cabe destacar las cifras que indican que de 10.346 procesos fallados en el año 2007 se paso a 12.639 en el año 2010, con un balance que supera el cien por ciento de los ingresos registrados a lo largo de cada uno de esos años.

De hecho la totalidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a pesar de sus carencias, necesidades y dificultades en cuanto a estructura, organización y recursos, según estadísticas del Consejo Superior de la Judicatura en el año 2009 culminó un poco mas de 230.000 procesos y alcanzo un promedio de evacuación equivalente al 103% respecto de la totalidad de nuevos procesos.

Ahora, contando nuevamente con el apoyo del gobierno nacional, del Congreso de la República y de instituciones que por igual se encuentran empeñadas en trabajar por la efectividad de los principios constitucionales y democráticos que caracterizan a nuestro estado social de derecho como son la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y el Banco de la República, a cuyas directivas extendemos nuestros sentimientos de gratitud por su decidida e invaluable colaboración, todo lo cual evidencia la necesidad, la posibilidad y la importancia de la colaboración armónica entre ramas y órganos del poder publico, el Consejo de Estado emprende una nueva fase encaminada a divulgar, dar a conocer, estudiar, examinar y discutir en el país las figuras y normas que contiene el código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, muchas de ellas resultantes de la adaptación a las necesidades y características del ordenamiento nacional, de modernas instituciones vigentes en otros países y otras tantas constitutivas de verdaderas novedades que, sin pretensiones pero sin modestias, han de constituir, sin duda, aportes significativos de la legislación colombiana al derecho administrativo contemporáneo en el mundo entero.



Después, a partir de julio del año 2012 vendrá la fase final y definitiva, la de la aplicación, para cuyo propósito la ciudadanía en general, la totalidad de las autoridades administrativas y de control así como los jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo deberán comprometer sus mejores esfuerzos con el fin de continuar trabajando por la consecución de ese objetivo constitucional consistente en alcanzar un “orden justo” en las relaciones de los individuos, sus derechos y sus libertades en las relaciones con el estado y sus autoridades.

Salud, larga y fructífera vida a la nueva legislación de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

Muchas gracias.



Intervención del doctor Carlos Alberto Zuluaga Díaz Presidente de la Cámara de Representantes

Siempre han existido voces de opinión direccionadas a manifestar que la aprobación de un código por el Congreso de la República, ha sido tarea difícil, si no imposible.

Debo decir ante tan destacadas personalidades de la vida nacional, asistentes a este Seminario sobre el nuevo Código de Procedimiento Administrativo, que hemos demostrado desde el Congreso de la República, en un estudio juicioso y serio por parte de la Comisión Primera y de la Plenaria de la Cámara de Representantes, con acompañamiento total de los Magistrados del Consejo de Estado y con la Mesa directiva de la Corte Suprema de Justicia, que si éramos capaces de estructurar un código, que fuimos capaces de entregar un texto actualizado y moderno que le va a permitir al país entrar en una nueva era.

Por eso felicito y agradezco al Dr. Luis Fernando Álvarez, ex Presidente del Consejo de Estado, y a todos y cada uno de los Honorables Magistrados, por todo su apoyo y dedicación a esta tarea.

Ahora lo que sigue es conseguir los recursos. Creo señor Ministro del Interior y de Justicia, que en el marco del Plan de Desarrollo se da una gran oportunidad que tenemos nosotros.

A partir del mes de febrero iniciaremos el estudio del Plan de Desarrollo para ponerle recursos y permitir que el Código salga adelante. Y usted Dr. Ángel Custodio, como Presidente de la Comisión Tercera, tendrá el compromiso de impulsarlo.

Señor Presidente del Consejo de Estado, Dr. Mauricio, le ofrezco el Canal de Televisión del Congreso para que a través de esa herramienta tengan toda la facilidad de opinar, de informar a todo el pueblo colombiano de tan trascendental avance, disposición además para que con la ESAP y con las herramientas que ustedes consideren, también hagamos un plan de socialización de este importantísimo Código que aprobamos.

Déjeme Sr. Presidente del Consejo de Estado expresar una cuñita: Gratitud de parte del Presidente de la Cámara y de la Mesa Directiva al Sr. Procurador y a la Sra. Contralora, por el acompañamiento que nos hicieron en el proceso de licitación de arrendamiento de los carros para los Representantes. Lo que ustedes hicieron como acompañamiento de control y el acatamiento de sus directrices que el Director Administrativo asumió, es una muestra clara de transparencia en los procesos administrativos de nuestra Corporación.

Muchas gracias.



Intervención del doctor Germán Vargas Lleras Ministro del Interior y de Justicia

Me complace participar en este Seminario Internacional de Presentación de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) organizado por el Consejo de Estado con el apoyo de la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República, el Banco de la República y la Escuela Superior de Administración Pública.

Celebro que la sociedad, en particular los órganos del poder público, acometan la discusión de este nuevo Código, lo que resulta fundamental para afrontar con éxito el gran reto que nos asiste luego de su adopción como Ley de la República: su implementación.

En este sentido, destaco la organización de este Seminario, en el que se abordarán, desde una perspectiva nacional y también comparada, aspectos muy relevantes de la normativa, tales como sus antecedentes, fundamentos y objetivos, así como sus principales contenidos normativos: principios, Jurisdicción, procedimiento administrativo, derecho de petición, recursos, silencio administrativo, unificación de jurisprudencia, medios electrónicos y de control, oralidad, medidas cautelares, intervención del Ministerio Público, pruebas, incidentes, nulidades, entre otros.

1. La elaboración, trámite y aprobación del nuevo código: una lección para el poder público.

Lo primero que se debería subrayar en relación con este nuevo Código es la forma en que se elaboró, tramitó y aprobó. Este proceso le deja una lección muy importante a las ramas del poder público en Colombia: la lección de que pueden trabajar unidas, cada una desde su órbita y en estricto respeto a la órbita de las demás, para sacar adelante una iniciativa que les conviene a todas, así como a la ciudadanía en general.

Particularmente importante fue el rol que desempeñó la Rama Judicial a través del Consejo de Estado en la elaboración del texto que se le presentó al Congreso y en su perfeccionamiento durante todo el trámite legislativo, trámite que, como lo destacué el día de la sanción del Proyecto, ambas Cámaras adelantaron con prontitud, de manera seria y juiciosa.



Este Gobierno, por su parte, también lideró y participó activamente en la elaboración del articulado y promovió su discusión en el Congreso de la República de conformidad con las públicas instrucciones que en su momento impartió el señor Presidente.

La conclusión de ese proceso, en el que, lo reitero, trabajaron mancomunadamente las distintas ramas del poder público, fue la sanción del Código que tuvo lugar en la Casa de Nariño el pasado 18 de enero, en un acto solemne y público, retomando, por decisión del Presidente, la muy sana práctica de sancionar las leyes en ceremonias protocolarias y de cara a la ciudadanía. En esa oportunidad se presentó otra iniciativa no menos importante que culminó su trámite legislativo en las pasadas sesiones ordinarias: la que eliminó los incentivos en materia de acciones populares.

El Gobierno Nacional aspira a que así como los distintos órganos prestaron su concurso en la aprobación de este nuevo Código, hagan lo propio en tratándose de los otros Proyectos que cursan actualmente en el Legislativo o que le serán presentados en el mes de marzo.

2. Aspectos centrales del código.

Permítanme ahora hacer referencia, de manera breve y concreta, a los aspectos centrales del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que recién entró en vigencia.

2.1. Aspectos centrales de la primera parte del código.

En lo que se refiere a su primera parte, la nueva normativa se destaca:

- Primero, por ajustar sus disposiciones a la Constitución Política de 1991 y a la jurisprudencia de las Altas Cortes.

Miren: es muy simple: no es tanto que quisiéramos o no expedir este Código, es que teníamos que hacerlo. Nadie entendía cómo la Jurisdicción de lo Contencioso, así como asuntos centrales relativos a nuestra Administración Pública, estuvieran regulados por una norma de la década de los ochenta, que no consultaba el principal cambio normativo producido en Colombia durante el último siglo: la Constitución de 1991, una nueva Carta que reformó aspectos sustanciales del ordenamiento jurídico de este país y que por demás introdujo variaciones muy relevantes en la manera de entender el Derecho, de interpretarlo, de aplicarlo, variaciones que durante estos veinte años han sido desarrolladas por las Altas Cortes en un conjunto de sólidas líneas jurisprudenciales que tampoco tenía en cuenta la normativa anterior.



- Se destaca igualmente este nuevo Código por fijar y definir los principios que rigen la Administración Pública, sus actuaciones y procedimientos.

Como lo advertí el mismo día de su sanción, este Código es un Código de principios, es decir, una iniciativa que se vale de esta clase de normas para optimizar tanto la interpretación y aplicación del Derecho Administrativo como la actividad de toda la Administración Pública.

- Se caracteriza este nuevo Código también por reglamentar el derecho de petición ante los particulares u organizaciones privadas, así como por establecer unos procedimientos administrativos y sancionatorios aplicables en caso de que en leyes especiales no se establezcan otros procedimientos.
- Se destaca igualmente la iniciativa por la extensión de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado a todo administrado que haya solicitado oportunamente a la Administración el reconocimiento de un derecho, acreditando estar en la misma situación fáctica y jurídica en relación al ciudadano que obtuvo la sentencia favorable de la cual pretende la extensión de sus efectos.

2.2. Aspectos centrales de la segunda parte del código.

Me referiré, también de manera breve, a los aspectos centrales de la segunda parte del Código. Menciono los siguientes:

- En primer lugar, la ampliación del régimen de medidas cautelares, incorporando cautelas diferentes a la tradicional suspensión provisional de actos administrativos. Con este instrumento los ciudadanos tendrán tutela efectiva y anticipada de sus derechos.
- En segundo lugar, el establecimiento de un proceso que introduce de manera significativa el sistema oral y por audiencias (dando cumplimiento al mandato que había fijado ya la Ley 1285 de 2009 que reformó la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia).

Esta reforma requerirá un esfuerzo importante de descongestión a fin de que el nuevo sistema, mucho más simple que el anterior, pueda operar sin dilaciones y permita el efectivo acceso de los ciudadanos a la Administración de Justicia.

- En tercer lugar, se establece un recurso extraordinario cuya finalidad es el respeto de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado y la igualdad de quienes acuden a la Administración de Justicia para la resolución de sus conflictos.

Este recurso, como su nombre lo indica, permitirá que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se exprese, en definitiva, a una sola voz –la del Consejo de



Estado- y no de manera disgregada como ocurrió por parte de los tribunales desde la instauración de los juzgados administrativos.

3. El reto por delante: la implementación del código.

El Gobierno Nacional, el Congreso de la República, la Rama Judicial, pero en particular la sociedad colombiana, está muy satisfecha con la expedición de este nuevo Código.

Como lo expresé, ya se expidió una muy buena norma, ya el país cuenta con un muy buen Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; ahora nos resta un reto todavía más grande: el de lograr su correcta implementación. Ello requerirá, nuevamente, el concurso de la Rama Judicial, en cabeza de la Jurisdicción de lo Contencioso y de su Consejo de Estado, así como del Gobierno Nacional, al que le asiste toda la voluntad a fin de que ninguna de las disposiciones consignadas en la iniciativa se quede, como a menudo sucede en Colombia, en letra muerta.

4. Conclusión.

Permítanme realizar un último comentario:

El país ve con buenos ojos que iniciativas tan importantes como la que hoy nos convoca se estén aprobando. Por ello, el Gobierno Nacional, este año, insistirá en una agenda legislativa tan o incluso más ambiciosa que la que se tramitó, de manera total o parcial, el año pasado.

A partir del 7 de febrero, el Congreso de la República, en sesiones extraordinarias, continuará, y en algunos casos culminará, el trámite de iniciativas fundamentales para el país, tales como el Plan Nacional de Desarrollo, la Ley de Víctimas, los Estatutos de Seguridad Ciudadana y Anticorrupción, el también nuevo Código de Policía, la Ley de Delitos Menores y la Ley de Escisión de los Ministerios, entre otras.

Al margen de estos Proyectos, le serán presentados otros al Legislativo en el mes de marzo. En materia de Justicia, es el caso del Código General del Proceso y del Estatuto Arbitral. La Reforma Constitucional a la Justicia será presentada también, si no en el mes de marzo, al inicio del próximo periodo de sesiones ordinarias.

En otros temas la agenda no será menos ambiciosa. Por iniciativa del Ministerio del Interior y de Justicia, el Congreso tendrá a su consideración los nuevos Regímenes



Departamental y Municipal, el Estatuto de San Andrés, la Ley Estatutaria de Reforma Política, el Estatuto de la Oposición, la Ley de la Mujer, la Ley de las Comunidades Negras, la Ley de Discapacidad, la Ley de Consulta Previa, la Ley contra la Piratería en Internet y el Estatuto de Desastres y Bomberos, por mencionar sólo algunas.

En estas y otras reformas insistirá el Gobierno a fin de que no sea por falta de normas, ni por deficiencias en las normas existentes, que el país encuentre obstáculos para lograr la prosperidad.

Muchas gracias.

Aproximación General





Antecedentes y presentación general de la Ley 1437 de 2011

Por: Luis Fernando Álvarez Jaramillo
Ex Presidente del Consejo de Estado
Miembro de la Comisión de Reforma

Los cambios sufridos en el entorno sociopolítico, los avances en los sistemas de gestión administrativa y los cambios estructurales introducidos por la Constitución Política de 1991, llevaron al Consejo de Estado y en general a la jurisdicción Contenciosa Administrativa a repensar el contenido y sentido de muchas de las instituciones y procedimientos que actualmente sirven de guía para la actuación de la administración pública en sus relaciones con los individuos, así como para la acción de la justicia contenciosa administrativa al dilucidar las dificultades que surgen a partir de dichas relaciones.

No puede olvidarse que las actuaciones y relaciones entre las administración pública y los ciudadanos se rigen fundamentalmente por el actual Código Contencioso Administrativo, que en su esencia, no obstante las modificaciones parciales sufridas, se encuentra contenido en el decreto ley 01 de 1984, es decir en un compendio normativo expedido durante la vigencia de la anterior Constitución Política de 1886, de corte eminentemente orgánico, preocupado fundamentalmente por la protección de las estructuras y órganos, situación que de alguna manera contrasta con la orientación personalista, principalista y proteccionista de los derechos humanos, propia de la actual Constitución, circunstancia que por sí misma justifica con creces la necesidad de introducir cambios sustanciales en las disposiciones que regulan los procedimientos administrativos y contenciosos administrativos.

El ciudadano se convierte entonces en el centro y núcleo de la actuación administrativa y esta es la razón por la cual se establece con toda claridad que el nuevo Código regula, no sólo los procedimientos contenciosos administrativos, sino que se hace especial énfasis, desde el título mismo del texto, a regular los procedimientos administrativos, es decir, aquellos que se desarrollan en la relación directa entre la autoridad y la persona.

Bajo este respecto el nuevo texto comienza por introducir importantes innovaciones en las normas que regulan este tipo de relaciones, bajo un objetivo fundamental. El procedimiento administrativo debe estar concebido para que los asuntos de esta naturaleza se resuelvan en sede administrativa, de manera que el ciudadano no tenga



que acudir ante al juez para su solución, salvo en situaciones excepcionales; de esta manera y en forma indirecta, este tipo de regulaciones se convierten en factor de descongestión de la justicia.

Para estos efectos, se le da un impulso bien importante al derecho de petición, como mecanismo principal para poner en movimiento la actuación administrativa. Es así como el nuevo código dispone que toda solicitud que se presente ante una autoridad, así no se advierta expresamente que se formula en ejercicio del derecho de petición, debe entenderse formulada en ejercicio de dicho derecho. Se trata de darle una trascendencia universal a un derecho que es fundamental para el desarrollo de las relaciones entre la administración y los ciudadanos.

Así mismo se dispone, como una de las grandes innovaciones que introduce el Código, la obligación para la autoridad administrativa de hacer extensivos los efectos de sentencias de unificación del Consejo de Estado, para resolver solicitudes de los individuos, que presenten fundamentos de hecho y de derecho similares a aquellas que ya han sido resueltas favorablemente por los jueces. Con esta disposición se busca, por una parte, que la administración decida de manera igual aquellas situaciones que presentan circunstancias idénticas; y por otra, que el servidor público tenga la obligación de decidir lo ya resuelto por la justicia, evitando que el ciudadano deba acudir ante al juez para buscar un fallo sobre una situación que ya ha sido judicialmente resuelta. Con esta disposición sustancial, que se encuentra debidamente desarrollada a través de un procedimiento administrativo detalladamente regulado y un proceso judicial, también adecuadamente reglamentado, se busca proteger los derechos de los asociados y evitarles que tengan que acudir ante la justicia para buscar decisiones sobre asuntos ya resueltos por esta.

También, dentro de la nueva orientación proteccionista de los derechos de los asociados, se busca proteger los derechos de terceros que puedan verse afectados por los alcances de una decisión administrativa, razón por la cual, se le dan herramientas a ese tercero para que no sea sorprendido, para que pueda intervenir y pueda hacerse parte en el procedimiento.

Incluso, en todos los casos, con el fin de darle seriedad y contenido al procedimiento administrativo, se establece la posibilidad de que las partes puedan solicitar el desarrollo de un régimen probatorio dentro del procedimiento administrativo.

En síntesis, es importante recalcar que el procedimiento administrativo tiene que buscar un objetivo, y el objetivo es que el ciudadano no tenga que ir ante el juez para resolver los problemas que se plantean ante la administración. Como sucede en el derecho comparado, el éxito del nuevo procedimiento administrativo, dependerá de que se logre disminuir la necesidad que tiene el ciudadano de acudir a la sede judicial para resolver sus conflictos administrativos. Ese es el primer gran reto de la nueva regulación.



Otro asunto que demanda la modernización en la actuación pública, es el concerniente a las relaciones permanentes que deben existir entre los órganos, agencias y entidades de la Administración y sus efectos frente a los ciudadanos, de manera que entre ellas se haga un adecuado intercambio de información, con el fin de evitar que el ciudadano deba desplazarse de una a otra para proporcionar datos sobre su persona o actividades, que normalmente reposan en ellas. Para evitar este absurdo proceder, el Código consagra una serie de disposiciones que obligan la intercomunicación permanente entre las agencias públicas y de esta manera descargar al ciudadano de la obligación de aportar documentos o informaciones que ya constan en dichas oficinas.

Una de las grandes novedades, de mucha discusión en el parlamento, es la regulación del derecho de petición ante organizaciones privadas; el código avanza en este punto, ante todo tipo de personas jurídicas, empresas, organizaciones, cajas de compensación etc., con el propósito de defender y garantizar los derechos de los peticionarios. Para estos efectos se reglamenta el ejercicio del derecho de petición ante organizaciones privadas, prácticamente ajustándolo a las mismas reglas que el Código trae para el ejercicio del derecho de petición ante Entidades y agencias públicas. Este es un gran avance, que de alguna manera recoge posiciones sentadas a través de ciertas sentencias de la Corte Constitucional, pero que era importante que quedara delimitado en disposiciones positivas.

El tema de la caducidad de las sanciones. Es un tema que se aclaró porque es importante que cuando un ciudadano cometa una falta administrativa, tenga mucha claridad de hasta que momento puede la administración sancionarlo y entonces en el código, recogiendo las anotaciones jurisprudenciales del Consejo de Estado sobre el tema, se estableció la norma que señala un término de tres años contados a partir de un momento exacto, plenamente identificable, que va a permitir que el ciudadano tenga absoluta claridad desde cuando y hasta cuando se le puede imponer una sanción administrativa.

Otro tema bien importante en la nueva estructura del código es el tema de la consulta previa que tanto ha preocupado y que hubo que dejar claro y es que cuando la Constitución o la Ley lo ordenen, la realización de consultas previas para la adopción de decisiones administrativas, deben realizarse en los términos que establecen las respectivas leyes, como sucede con algunas consultas de minorías étnicas so pena de que vaya a haber algún vicio en la decisión administrativa. Todo esto, buscando nuevamente el equilibrio de toda la relación.

Uno de los temas más importantes y aquí ya se explicaba muy minuciosamente, es el tema de los medios electrónicos en el procedimiento administrativo. Simplemente ustedes pueden observar diez temas fundamentales desarrollados en detalle por el nuevo código, sobre lo que son los medios electrónicos; si ustedes observan en el tablero hay temas tan interesantes y novedosos, que serán aquí discutidos, como lo son el tema del acto administrativo electrónico, la notificación electrónica, es decir, es



hora de que la administración y los ciudadanos nos metamos en el procedimiento electrónico, ya existen las leyes del mercado electrónico, pero acá estamos consagrando todo un capítulo sobre lo que son los medios electrónicos, es un tema del que quiero que ustedes vayan poco a poco tomando nota porque verdaderamente son temas bien interesantes que van a ocasionar doctrina, jurisprudencia y que es muy importante que desde ya nos vayamos metiendo en esa forma de actuar de la administración y de los ciudadanos, a través de lo que son los medios electrónicos.

Frente a los recursos, es apenas lógico, que el procedimiento administrativo siga contando con el tema de los recursos. Yo diría que tratamos en lo posible de hacerlos efectivos, sin embargo hoy en día los recursos tanto de reposición como de apelación, no son muy efectivos ya que como todos lo sabemos, normalmente el funcionario que expide el acto vuelve y lo ratifica, normalmente el ciudadano que interpuso el recurso lo hace más con el propósito de hacer tiempo que con el sentido de buscar que realmente se le revoque el acto; entonces hemos considerado que en primer lugar, al ciudadano hay que darle más tiempo para interponer los recursos, esa fue una discusión larga y seguramente aquí va a haber más discusiones sobre el tema. Finalmente dejamos un término de diez (10) días, estamos en cinco como regla general para interponer los recursos; pero también se le da a la administración una serie de herramientas probatorias etcétera, para que en realidad haya una resolución de los recursos. Volvemos a la idea original, resolvamos los asuntos administrativos en sede administrativa y demosle a la administración mecanismos para que los asuntos se resuelvan en sede administrativa y en lo posible no haya que acudir a la sede judicial, incluso se trabajó una novedad que vamos a ver cómo se va desarrollando poco a poco, y es que una de las formas de hacer que los recursos y su resolución sean efectivos es que de golpe no sean resueltos ni por el funcionario que expidió el acto ni por su superior, sino que haya unos grupos especializados por lo menos para proyectar esas decisiones. Es un modelo que trajimos de España y que puede arrojar beneficios y buenos resultados porque ya se supone que en la proyección de la resolución no va a estar involucrado ni el funcionario que expidió el acto ni el superior, entonces eso puede dar una mayor autonomía, eso es lo que esperamos.

Luego tenemos el tema del silencio administrativo, se toma como un esquema general de los tres meses como se venía haciendo prácticamente. De esos temas que se discutieron si debería ponerse como regla general el silencio positivo, eso fue una discusión muy complicada, finalmente tuvimos que dejar como regla general el silencio negativo, no fue fácil el tema, aquí se va a estudiar muy en detalle, va a haber exposiciones sobre el mismo, pero es importante tener en cuenta que el código quiere también hacer un énfasis en el tema del silencio administrativo, tanto del silencio negativo como el silencio positivo y el tema del acto presunto que fuese revocado, un tema que ya venía presentándose pero que es importante que quede claramente establecido en la ley. Finalmente el procedimiento administrativo se concluye cuando el acto queda en pie y se produce el acto administrativo ficto, positivo o negativo, se



habla de la firmeza del acto administrativo, se dan las causales que permite que el acto administrativo quede en firme, un tema que aquí se va a tratar también en detalle, se consagra la presunción de legalidad del acto administrativo, el carácter ejecutorio del acto administrativo, el significado de carácter ejecutorio, acabando con aquella confusión que existía entre ejecutorio y ejecutividad y ya simplemente hablamos de ejecutorio, unificamos terminología y hablamos de la pérdida de ejecutoriedad y otros temas bien interesantes que también serán objeto de debate en su debido momento.

Digamos que aquí está el nexo entre el primero y segundo libro, esa es otra de las joyas de la corona: la extensión a terceros de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Ya vimos al principio que había esa posibilidad administrativa y entonces aquí ya estamos estableciendo la obligación de las autoridades de extender, incluso conectamos el procedimiento administrativo y el procedimiento judicial, para que ustedes lo tomen en cuenta, lo anoten, se define el procedimiento administrativo cómo lo inicia el ciudadano en el artículo 102, así mismo cómo se inicia el procedimiento judicial en el artículo 269, cómo viene el concepto de sentencia de unificación que es todo un adelanto, me parece a mí, no solamente en este código sino para el ordenamiento jurídico colombiano y asuntos que ameritan sentencias de unificación jurisprudencial, a mí me parece que ahí hay cuatro artículos que son claves en todo este trabajo del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y me parece que es como uno de los temas de nexo entre lo administrativo y lo contencioso. Finalmente en esta parte administrativa ya no vamos a hablar, para evitar confusiones, de jurisdicción coactiva, vamos a hablar de cobro coactivo, de lo que es el cobro coactivo, del procedimiento del cobro coactivo, de cuales son las reglas de ese procedimiento, ustedes van viendo algunos detalles sobre esas reglas de ese procedimiento, no se preocupen si paso muy rápido porque todo esto posteriormente será objeto de charlas en detalle, e incluso de los actos de ese cobro coactivo que serán objeto de control jurisdiccional, porque no todos los actos son objeto de control jurisdiccional. Para efectos de que el cobro coactivo como un trámite administrativo pueda en algunos momentos, que son finalmente en esos tres actos únicamente, donde pueda tener un control judicial y buscar de esa manera efectividad en la recuperación de cobros por parte de la administración.

Viene la parte segunda que es la organización de la Jurisdicción de lo Contencioso y de sus funciones jurisdiccional y consultiva. Esa parte segunda tiene unos ejes temáticos que yo quiero que ustedes los observen desde ya. En primer lugar, la organización de la jurisdicción, todo el nuevo esquema de la jurisdicción, porque ya tenemos que hacer un nuevo esquema con Jueces, Tribunales, Consejo de Estado; un tema muy importante, la redefinición del objeto de la jurisdicción que aquí se va a trabajar; frente a este tema hemos seguido un poco la orientación moderna, no solamente determinar en detalle de qué asuntos va a conocer la Jurisdicción Contenciosa, sino de qué asuntos no va a conocer. Hemos vinculado el esquema material con algún esquema orgánico pero fundamentalmente se quiere establecer mucha claridad sobre que asuntos conoce y qué asuntos no conoce.



Hay un tercer tema que es fundamental y que aquí lo van a trabajar en detalle y es el relacionado con el esquema mixto, la conjunción entre lo escrito y la oralidad; es decir cómo se va a trasladar al sistema contencioso a un esquema mixto, que es un punto que también hay que discutir. La unificación de los procesos y medios de control otra gran novedad; adicionalmente no vamos a seguir hablando en el código contencioso, de acciones; vamos a hablar de medios de control bajo un concepto único de acción y bajo un procedimiento único. Eso, entre otras cosas, va a permitir mucha facilidad en acumulación de pretensiones.

Se fortalecen los poderes del juez, yo creo que eso es absolutamente necesario no solamente dentro del esquema de la realidad sino porque es absurdo que el juez administrativo teniendo esa calidad, sea un juez completamente amarrado, ya que cuando es un juez en una acción constitucional es un juez suelto. Entonces, lo que nosotros queremos hacer es que el juez tenga la misma soltura y tenga unos grandes poderes. Dentro de este nuevo esquema de los poderes del juez se habla del nuevo recurso extraordinario, del mecanismo de revisión, de la extensión de jurisprudencia, del proceso electoral, del fortalecimiento de la función consultiva, de la utilización de medios electrónicos; y un tema que falta en esta enunciación pero que es un tema crucial en este código, es el tema de las medidas cautelares. Aquí se les va a explicar muy en detalle el tema de las medidas cautelares, ya que es un tema que es revolución en el código contencioso porque hasta ahora solamente hablamos de la suspensión provisional y sin embargo ahora con el fortalecimiento de los poderes del juez vamos a penetrar muy de lleno en el tema de las medidas cautelares.

Ustedes pueden observar que tenemos un menú bien interesante tanto en la parte de procedimiento como en la parte contenciosa, en la parte judicial. Los expositores de estos dos días van a penetrar en cada uno de estos ejes temáticos, vamos a estar, que era lo que yo pretendía con esta charla realmente, todos muy atentos de cuales son los puntos cruciales y como se van a ir desarrollando y bajo estos esquemas yo espero que sean dos días muy fructíferos en esta exposición sobre el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



Fundamentos y objetivos de la reforma del libro primero del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Por: William Zambrano Cetina

Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del
Consejo de Estado
Miembro de la Comisión de Reforma

La expedición del nuevo Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, contenido en la Ley 1437 de 2011, se inscribe dentro del proceso de transformación inducido en el ordenamiento jurídico colombiano por la Constitución de 1991; evidencia que en realidad traduce la mutación de un buen número de categorías tradicionales de nuestro derecho administrativo, que ya se venía produciendo tanto a nivel legal como jurisprudencial antes de su expedición¹, pero que encontró en ella un elemento catalizador de innegable trascendencia, que obligaba a “repensar”, no solamente la jurisdicción², sino el conjunto de la acción del Estado y en particular de la administración.

Dentro de esa mutación, la expedición del nuevo código podría entenderse como un nuevo intento de afirmación del procedimiento administrativo en su componente propiamente administrativo y no judicial.

Como se verá este énfasis no resulta casual sino que es coincidente con la evolución del tema y con la filosofía que inspira el cambio de título del Código introducido con la reforma que alude ya no exclusivamente al “Código contencioso administrativo” sino al “Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo”.

- **1** Piénsese, por ejemplo, en los principios de la función administrativa ya enunciados en el Decreto 01 de 1984, los cuales fueron elevados a rango constitucional en el texto de 1991 enriqueciéndolos con nuevos elementos. En este como en muchos otros temas que luego desarrollaría la Constitución el código aún vigente fue precursor del cambio de entendimiento del papel del procedimiento administrativo. Ver al respecto en estas memorias los trabajos del profesor Allan Brewer Carías y del magistrado y tratadista Jaime Orlando Santofimio.

2 En la ya célebre fórmula en el año 2007 del Ex - Presidente del Consejo de Estado Gustavo Aponte Santos.



Esta que es una opción legislativa diferente a la adoptada en otras latitudes, y que es apenas uno de muchos ejemplos de la “especificidad colombiana”³ en materia jurídica que llama la atención de nuestros colegas extranjeros, no es realmente una novedad en sí misma. Ya el Decreto 01 de 1984 había innovado al introducir todo un libro dedicado a los procedimientos administrativos en el Código contencioso administrativo como antesala del procedimiento contencioso, y ello por oposición a otros ordenamientos jurídicos que en el mundo y en particular en el ámbito latinoamericano regulan en leyes distintas el procedimiento administrativo y el procedimiento contencioso, siguiendo al respecto por lo esencial el ejemplo español⁴. La novedad consiste en el énfasis que se hace en la Ley 1437 de 2011, en el título del Código, pero sobre todo, en el contenido del libro I, al dar una mayor entidad a esa regulación de los procedimientos administrativos, que si bien se mantiene en el mismo cuerpo normativo como su primera parte, se quiere diferente y con alcance propio y no para ser entendida como una mera etapa o antesala para la actuación que indefectiblemente deberá surtirse ante la jurisdicción.

En este sentido se busca que el procedimiento administrativo sea entendido por la administración y por los particulares como un instrumento suficiente para asegurar la garantía de los derechos. Para el efecto se introducen principios y herramientas que permitan a la administración asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales dentro del respeto de los derechos de las personas, sin que éstas se vean obligadas necesariamente a acudir a la protección de los jueces, frente a la acción u omisión contraria a la ley por parte de las autoridades. Ello porque la administración debe ser la primera protectora de esos derechos y debe tener la voluntad de actuar siempre tomándolos en cuenta, así como el deseo y la capacidad de corregir los errores en que incurra. Ello sin perjuicio del derecho que tendrán en todo caso los interesados de acudir al juez, si excepcionalmente la administración no obra conforme a esta finalidad.

La tarea de la Comisión de reforma en la que he tenido el honor y el privilegio de participar necesariamente debía tener en cuenta el nuevo contexto constitucional y dentro de él ese entendimiento particular del procedimiento administrativo.

Este texto intenta sintetizar algunos de los elementos más relevantes del marco constitucional que sirvió de base al trabajo de la Comisión, al tiempo que pretende identificar los principales objetivos señalados para la reforma de la parte primera del

• **3** Ver al respecto entre otros Marc Durand-Viel y Marcel Pochard “Observaciones finales” En *Memorias del Seminario franco-colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2008, pág. 437. O nuestro trabajo “Les droits des citoyens vis-à-vis de l’administration. Le cas de la Colombie” *Revue Internationale de Droit Comparé*, Avril-Juin 1992, pág. 455. Aunque cabe señalar que la inclusión en un solo código de los dos aspectos obedeció a los términos de la ley de facultades respectiva.

4 Ver Allan R. Brewer-Carias Principios del procedimiento administrativo en América Latina. Universidad del Rosario, Legis, Primera edición Bogotá 2003.



Código, que regula el procedimiento administrativo y su consagración en el articulado de la nueva ley, que entrará a regir el 1 de julio de 2012.

I. La Constitución de 1991 y el énfasis en el papel de la administración y del procedimiento administrativo en materia de protección de derechos

Es corriente en la doctrina la afirmación según la cual asistimos a una nueva crisis de crecimiento del derecho administrativo⁵ que se traduce hoy en la constitucionalización del derecho administrativo como nueva mutación de la disciplina⁶.

Dicha crisis sucedería a aquellas vividas por el derecho administrativo, que buscó en las nociones de poder público, servicio público o establecimiento público su especificidad, y luego, una vez consolidados y afianzados sus contenidos propios - particularmente con el desarrollo de la jurisdicción contencioso administrativa- asistió, en los años 70s-80s frente a las críticas al papel del Estado y la reivindicación del individuo, a una huida hacia el derecho privado de muchas de sus categorías⁷, para luego retomar buena parte de las mismas con los nuevos contenidos que ha traído el retorno de la fe en el Estado, o en todo caso el convencimiento de que sin él no solo no hay mercados sino que resulta imposible cumplir los objetivos que el llamado Estado constitucional, y en particular el Estado social y democrático de derecho imponen.

Independientemente de estar de acuerdo o no con esta aproximación, que entre nosotros debe matizarse, pues en el sistema jurídico colombiano el principio de supremacía constitucional -que define el Estado constitucional- tiene una larga vigen-

• **5** En los términos de Jacques Chevallier y Danièle Loschak. Ver *Science Administrative* LGDJ Paris 1978 T. II .

6 Al respecto ver Eberhard Schmidt Abmann. “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”. En *Innovación y reforma en el derecho Administrativo*. Editorial Derecho Global , Sevilla 2006 p.15

7 Sobre la huida del derecho administrativo ver, entre otros, Gaspar Ariño Ortiz. *Principios de Derecho Público Económico*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2003 pág. 92. Sobre el carácter relativo del mismo entre nosotros. Ver Álvaro Tafur Galvis. *Estudios de Derecho Público*, Editorial Ibáñez, Bogotá 1997, pág. 93. Igualmente ver David Suárez Tamayo. *Huida o vigencia del derecho administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones y tendencias del derecho administrativo*. Universidad de Antioquia, Colección mejores trabajos de grado. Medellín, 2010.



cia en nuestra historia constitucional⁸, lo cierto es que la afirmación de los mandatos constitucionales como referente explícito para la acción de la administración encontró en la Constitución de 1991 un renovado vigor que ha venido de la mano con el nuevo énfasis en la fuerza normativa de la Constitución⁹ y su significado en nuestro ordenamiento jurídico a la luz de la reafirmación del principio de supremacía constitucional (art 4 C.P.)¹⁰.

- **8** Recuérdese que el principio de supremacía constitucional se estableció entre nosotros en la Constitución de Cundinamarca de 1811, y que luego de varias vicisitudes durante el Siglo XIX se reafirmó con el acto Legislativo 3 de 1910. Desde entonces sin interrupción ha sido un elemento esencial de nuestro sistema jurídico, vivificado además en la Constitución de 1991 con la aparición de la acción de tutela y la apropiación por los ciudadanos de dicha supremacía. Ver “La Constitución de Cundinamarca de 1811 y el control de constitucionalidad en la perspectiva histórica”. En *Instituciones judiciales y democracia*. Memorias del Seminario internacional organizado por la Sala de Consulta del Consejo de Estado en el marco del Bicentenario de la Independencia y el Centenario del Acto legislativo 3 de 1910, Bogotá, septiembre 2011.

9 Al respecto resultan relevantes las famosas expresiones de García de Enterría para el caso español: “*Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo.. La vinculación normativa de la constitución afecta a todos los ciudadanos y a todos los poderes públicos sin excepción y no solo al Poder Legislativo como mandatos o instrucciones que a éste solo correspondiese desarrollar -tesis tradicional del carácter “programático de la Constitución”- ; y entre los poderes públicos a todos los jueces y tribunales -y no solo al Tribunal Constitucional-*” Eduardo García de Enterría. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Civitas, Madrid 1994.

10 “ARTÍCULO 4º. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”. Sobre el alcance de dicho principio y su defensa, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, C.P. Adriano Muñoz, marzo seis (06) de mil novecientos diez y ocho (1918), Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, C.P. Guillermo González Charry, diez y siete (17) de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1958) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Humberto Mora Osejo, noviembre veinte (20) de mil novecientos sesenta y siete (1967), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección IV, C.P. Miguel Lleras Pizarro, veinte (20) de febrero de mil novecientos sesenta y nueve (1969), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I, C.P. Lucrecio Jaramillo Vélez, diecinueve (19) agosto (08) de mil novecientos setenta y uno (1971), Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Carlos Galindo Pinilla veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos setenta y seis (1976), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, C.P. Ignacio Reyes Posada, veintiuno (21) de marzo (03) de mil novecientos ochenta (1980), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección II, C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora julio veintiséis (26) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P. Olga Inés Navarrete, veinticinco (25) de mayo de dos mil cuatro (2004), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección III C.P. (Conjuez) Luis Fernando López Roca 24 de junio de 2010 Rad.36039. A.V. Ruth Estela Correo Palacio S.V. Enrique Gil Botero, así como las sentencias de la Corte Constitucional C-400/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-739/01 y C-1290/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis.



La doctrina ha enmarcado esta situación en el fenómeno de la constitucionalización del derecho¹¹ común a muchos países y que tiene como una de sus características la transformación de muchos de los contenidos de las diferentes disciplinas jurídicas.

- **11** Al respecto resultan bastante ilustrativos los siguientes apartes del texto del profesor Louis Favoreu sobre la constitucionalización del derecho que analiza el asunto desde la perspectiva del derecho francés, citados en sendos estudios que se han hecho en Colombia sobre el tema por Jaime Vidal Perdomo y Álvaro Tafur Galvis, en los que se invocan los efectos directos e indirectos de dicho fenómeno. Favoreu señala:

“Efectos directos

-Constitucionalización – juridización (el tema de la Constitución como norma)

El derecho constitucional deja de ser o es menos político y se vuelve jurídico.

-Constitucionalización – Elevación. El sistema de fuentes era legislativo en el sentido de que la ley definía su propio campo de aplicación

– hoy no ocurre así.

La definición de competencia se hace en la misma Constitución. Por lo que el legislador no tiene ya el poder de autofijación de competencia y además la aplicación se garantiza por el juez constitucional.

El movimiento ascendente (de elevación) significa también un deslizamiento de materias, algunas reglamentarias se han tornado legislativas y alguna parte de estas se han convertido en constitucionales.

- Constitucionalización, transformación. – Es el efecto directo más reciente = Cambio de contenido del derecho = Derecho constitucional, laboral, administrativo penal, civil, comercial (influencia del derecho constitucional de los derechos fundamentales aludidos).

Efectos Indirectos:

Modernización del Derecho = Hacer más liberal el derecho en ciertas instituciones como consecuencia de la aplicación de principios constitucionales.

Unificación del orden jurídico.

Los principios generales que mostraban tendencia a desarrollarse de manera algo autónoma en cada disciplina, pierden importancia en beneficio de las normas constitucionales. La declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, el Preámbulo de la Carta, Los Principios Fundamentales reconocidos por leyes de la República son usados directamente por los jueces y sustituyen progresivamente a los principios generales del derecho.

Todo esto contribuye a volver selectiva la distinción clásica entre el derecho público y derecho privado y tiende a una simplificación del orden jurídico por una mayor celeridad.

Por razón de la constitucionalidad del derecho

Desplazamiento del centro de gravedad del orden jurídico = La ley (con regulador principal la Constitución.) a la constitución (regulador = Consejo Constitucional) y el orden jurídico se reorganiza a través de estos dos polos.

Las cosas no están como antes, que la ley era la medida superior; hoy es la Constitución. Antes se hablaba del principio de legalidad, hoy del principio de constitucionalidad. La suprallegalidad aparecía como algo simbólico.

Los juristas y los filósofos y demás que hablan del derecho –cierra Favoreau – deben tomar conciencia de la profunda mutación y no seguir fundamentando su razonamiento sobre la entidad entre el derecho y la ley y sobre la negación de la existencia de un derecho de la constitucionalización el cual ya no es más un “derecho de preámbulo” o un “derecho político como se solía decir, sino un verdadero derecho”. Ver “Notas sobre la constitucionalización del derecho” Respuesta del Académico de Número Álvaro Tafur Galvis al trabajo presentado por el Académico Alejandro Venegas Franco. En Constitución Política de 1991 y Derecho de Seguros. Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá 2004, pág. xxvii.



Para el caso del derecho administrativo colombiano el texto de la Carta de 1991 ha sido además un vector indudable de enriquecimiento y de mutación, al elevarse a rango constitucional numerosos principios y categorías tradicionales de la disciplina¹², y al fijarse para varios de ellos directamente en la Constitución no solo nuevos contenidos sino una ambiciosa agenda de acción para todas las autoridades públicas -y en primer lugar para la administración- encaminada a la realización del Estado Social de Derecho enunciado en nuestro sistema jurídico desde la reforma constitucional de 1936¹³.

- **12** Para una autorizada síntesis de la incidencia de la Constitución en la organización y funcionamiento de la administración pública en Colombia ver Álvaro Tafur Gálvis. *Constitución Política y potestad organizatoria*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá 2011.

13 Son numerosas las disposiciones constitucionales que hacen énfasis no solamente en la finalidad social del Estado sino que establecen directamente en la Constitución una serie de prestaciones específicas. Así por ejemplo:

“ARTÍCULO 350. La ley de apropiaciones deberá tener un componente denominado gasto público social que agrupará las partidas de tal naturaleza, según definición hecha por la ley orgánica respectiva.

Excepto en los casos de guerra exterior o por razones de seguridad nacional, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.

En la distribución territorial del gasto público social se tendrá en cuenta el número de personas con necesidades básicas insatisfechas, la población, y la eficiencia fiscal y administrativa, según reglamentación que hará la ley. (...)”

“ARTÍCULO 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. (...)”

“ARTÍCULO 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación”

“ARTÍCULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada.

El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.

“ARTÍCULO 46. (...)”

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.”

“ARTÍCULO 47. El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

“ARTÍCULO 50. Todo niño menor de un año que no esté cubierto por algún tipo de protección o de seguridad social, tendrá derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado. La ley reglamentará la materia.” “ARTÍCULO 51. Todos los colombianos tienen derecho a vivienda digna. El Estado fijará las condiciones necesarias para hacer efectivo este derecho y promoverá planes de vivienda de interés social, sistemas adecuados de financiación a largo plazo y formas asociativas de ejecución de estos programas de vivienda”.

ARTÍCULO 67. (...) La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos (...)

“ARTÍCULO 368. La Nación, los departamentos, los distritos, los municipios y las entidades descentralizadas podrán conceder subsidios, en sus respectivos presupuestos, para que las personas de menores ingresos puedan pagar las tarifas de los servicios públicos domiciliarios que cubran sus necesidades básicas”.



De particular importancia para el trabajo de la Comisión de reforma resultaba tomar en cuenta la nueva visión del papel del Estado y de su relación con las personas señalado en la Constitución, en la que se evidencia la prioridad dada a la dignidad humana¹⁴ y a la garantía de los derechos de las personas -en particular de los derechos fundamentales-, así como el entendimiento que en el mismo texto superior se da al debido proceso, ya no examinado desde la perspectiva exclusivamente judicial, sino ampliado al campo administrativo y enriquecido en este ámbito con el conjunto de principios que orientan la función administrativa, elevados a rango constitucional.

A. Una nueva visión del papel del Estado y de la administración y de su relación con las personas

Al enunciarse que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (art 1 C.P.), y que son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, al tiempo que se reitera que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (art 2 C.P.), no solo se definieron los elementos configurativos de nuestro Estado social de derecho, sino que se fijó un exigente marco de acción para todas las autoridades públicas y en particular para la administración pública en cuanto al entendimiento de su relación con las personas.

En ese orden de ideas la Constitución señala que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 C.P.), a su vez el Título II reguló ampliamente los derechos, las garantías y los deberes, y enunció detalladamente los derechos fundamentales, sociales, económicos y culturales, colectivos y del ambiente, así como los deberes y obligaciones de las personas, de los ciudadanos y de las autoridades al tiempo que precisó que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden

• **14** Para una síntesis sobre la relevancia jurídica de la dignidad humana en el ordenamiento y en la jurisprudencia constitucional ver entre otras las sentencia T-881/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynett, T-426/92 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



interno. Así mismo señaló que los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia (art 93 C.P.) y precisó además que la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos (art 94 C.P.).

A ello se suma que la Constitución fijó directamente una serie de instrumentos jurídicos para asegurar la protección de esos derechos y en este sentido señaló que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública (art 86.C.P.), que igualmente toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido (art. 87), así como que La ley debería regular las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella (art 88 C.P.) y que por si fuera poco dejó establecido que además de los consagrados en los artículos anteriores, la ley establecerá los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas (art. 89 C.P.)¹⁵.

Para la función administrativa específicamente la Constitución señaló que la misma estaría al servicio de los intereses generales y se desarrollaría con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Así mismo señaló que las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. Igualmente que la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley (art. 209 C.P.).

A los principios así enunciados, que vinieron a constitucionalizar y a enriquecer buena parte de los que ya el legislador de 1984 había señalado, deben sumarse otros que claramente orientan la función administrativa y que también enuncia la Constitución, como son el principio de buena fe, el principio de responsabilidad y el principio de participación.

• **15** Sobre todos estos instrumentos y su significado ver Juan Carlos Esguerra Portocarrero. *La Protección constitucional del ciudadano*. Bogotá, Legis, 2004.



En virtud del primero 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 éstas (art 83 C.P.). Ligado a él se encuentra el principio jurisprudencial de confianza legítima desarrollado por el Consejo de Estado¹⁶ y por la Corte Constitucional¹⁷, así como el mandato según el cual cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio (art. 84 C.P.), o el que señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley (art. 333 C.P.).

Resulta relevante recordar así mismo que la Constitución señaló claramente que el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Al tiempo que precisó que 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, aquél deberá repetir contra éste (art. 90 C.P.). Previsión que resulta concordante con el énfasis que hace la Carta en el sentido de que servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento¹⁸, así como con los mandatos de los artículos 91 y 92 superiores¹⁹.

- **16** Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección III, C.P. Julio Cesar Uribe Acosta, diecisiete (17) de julio (07) de mil novecientos ochenta y seis (1986), Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Curta, C.P. Delio Gómez Leiva, diez y ocho (18) de febrero de dos mil (2000). Radicación AC-9502, Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección V, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón, dos (2) de septiembre de dos mil cuatro (2004) Radicación numero: 44001-23-31-000-2004-0030-01 3461

17 Ver entre otras las sentencias C-608/10 M.P. Humberto Sierra Porto, Sentencia, T-715/09 Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-545/09 María Victoria Calle Correa, T-048/08 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, SU-250/98 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

18 La Constitución de 1991 ha utilizado la expresión genérica ya mencionada -servidores públicos- para resaltar que quienes pertenecen a esta categoría están al servicio del Estado y de la comunidad (art. 123 C.P.) y que no desempeñan los cargos o empleos -por importantes que ellos sean- en su propio beneficio e interés, sino en el colectivo, siendo por tanto depositarios de la confianza pública, que no pueden defraudar, respondiendo en consecuencia por sus acciones u omisiones. Ver Sentencia C-222/99 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

19 ARTÍCULO 91. En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.

ARTÍCULO 92. Cualquier persona natural o jurídica podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones penales o disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas.



Cabe precisar que dicho principio de responsabilidad no solo es predicable de las autoridades, los particulares también están llamados a asumirlo, por lo que el artículo 123 superior señala que la ley determinará el régimen que les es aplicable a aquellos que temporalmente desempeñen funciones públicas²⁰.

- **20** Al respecto resulta importante recordar el análisis hecho en la jurisprudencia Constitucional que hace énfasis sobre este tema. En La Sentencia C-037 de 2003 se señaló: “(u)no de los elementos más importantes en el proceso de conformación del Estado Social de Derecho lo constituye la relevancia que ha tomado en el ordenamiento jurídico el principio de responsabilidad, mirado no solamente desde la órbita del Estado sino también de la de los particulares.

La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, el papel de los agentes estatales y el cumplimiento de las funciones públicas. Así, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la ampliación del nivel de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas.

La Constitución de 1991 estableció en este sentido -artículo 90-, la cláusula general de responsabilidad patrimonial que cabe por el daño antijurídico que sea imputable al Estado, por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo que ha significado un importante avance para garantizar a los ciudadanos el resarcimiento de los perjuicios que les hayan sido causados con ocasión del ejercicio de funciones públicas.

El mismo artículo estableció la obligación a cargo del Estado de repetir contra el agente por cuya actuación dolosa o gravemente culpable aquel haya sido condenado. Esta disposición constitucional se enmarca dentro del objetivo específico del Constituyente de obligar al servidor público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas. El Constituyente también quiso en este sentido someter al servidor público a un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como a estrictas reglas de conducta que garanticen la moralidad pública y el ejercicio de las funciones a ellos atribuidas orientado siempre a la defensa del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado.

La noción de servidor público establecida en la Carta tiene así una connotación finalista y no puramente nominal. Al respecto, recuérdese que conforme al artículo 2° de la Constitución, las autoridades están instituidas, entre otras razones, “para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” y cómo al tenor del artículo 209 constitucional son principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa los “(...) de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)”.

Ahora bien, la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado social de Derecho. Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales. Así, la Carta señala que sectores tan importantes como la salud (art. 49 C.P.), la seguridad social (art. 48 C.P.), la educación (art. 67 C.P.), la ciencia y la tecnología (art. 71 C.P.), la protección especial de la personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), de los niños (art. 44 C.P.) y de los discapacitados (art. 47 C.P.), no son responsabilidad única del Estado, sino que la familia, la sociedad y los propios interesados deben también contribuir a su desarrollo.

De otra parte, cabe recordar que enmarcada la participación como derecho-deber (arts. 2 y 95 C.P.) se abre igualmente un sinnúmero de posibilidades para que los ciudadanos contribuyan al cumplimiento eficiente de las tareas públicas y participen en la vigilancia de la gestión pública (art. 270 C.P.).



Particulares que por lo demás están llamados a ejercer de muy diversas maneras el derecho de participación que la Constitución enuncia en numerosas disposiciones, que no se limita a la posibilidad para los ciudadanos de su derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (art. 40 C.P.).

Así, por ejemplo, la Constitución señala que el Estado contribuirá a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas, sindicales, comunitarias, juveniles, benéficas o de utilidad común no gubernamentales, sin detrimento de su autonomía con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan (art 103 C.P.), que la ley organizará las formas y los sistemas de participación ciudadana que permitan vigilar la gestión pública que se cumpla en los diversos niveles administrativos y sus resultados (art 270 C.P.), que igualmente la ley determinará los deberes y derechos de los usuarios, el régimen de su protección y sus formas de participación en la gestión y fiscalización de las empresas estatales que presten servicios públicos (art.369 C.P.).

Sin que pueda olvidarse a su vez que dentro de los fines esenciales del Estado se enuncia el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación (art. 2 C.P.), el cual encuentra desarrollos específicos por ejemplo en el derecho de la comunidad a participar en las decisiones que puedan afectar el ambiente sano (art 79 C.P.), de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen (art 78 C.P.), o de los representantes de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios (art 330 C.P.) sustentado adicionalmente en normas internacionales que integran el bloque de constitucionalidad²¹.

- En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Tomando en cuenta estos preceptos, la Corte ha aceptado que como expresión autentica del principio de participación, los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas, así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole". Ver Sentencia C-037/03 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²¹ Acuerdo 169 de la OIT. Ver al respecto entre otras las sentencias, C-941/10 M.P. Jorge Iván Palacio, C-461/08 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.



Principio de participación que se conjuga con los deberes sociales del Estado y de los particulares a que alude el artículo 2 superior, así como con los deberes que asisten en general a las personas y a los ciudadanos (art 95 C.P.)²² y con el sinnúmero de disposiciones constitucionales que asignan de manera genérica o para determinados sujetos deberes, obligaciones y responsabilidades²³.

A todo ello debe sumarse la reflexión necesaria sobre la inclusión hecha por el Constituyente de los artículos 13 -sobre el principio de igualdad-, 23 -sobre derecho de petición- y 29 -sobre debido proceso administrativo-, a que nos referiremos en el

- **22** ARTICULO 95. La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades.

Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes.

Son deberes de la persona y del ciudadano:

1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;
2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas;
3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales.
4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica;
5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país;
6. Propender al logro y mantenimiento de la paz;
7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia;
8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano;
9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad.

23 Recuérdese que a diferencia de los que sucede en otros ordenamientos jurídicos, en el caso colombiano la Constitución ha sido generosa no solamente en la enunciación de derechos sino también de deberes.

La Constitución alude en efecto a la expresión deber o a expresiones similares en un gran número de artículos. Así, al tiempo que enuncia específicamente deberes (arts. 15, 55-2, 64, 70, 79-2, 80-2, 82, 90-2, 365) y obligaciones (arts. 8, 44-2, 47, 48-3, 54, 68-6) para el Estado y le asigna funciones de promoción, protección, garantía, intervención y contribución (arts. 13, 41, 42-2, 43,45, 46, 49, 52-4, 53-3, 58-3, 60,61, 65 1 y 2, 69, 70-2, 71-2, 72, 75 78-2, 103-2, 109, 226, 227, 333-3, 334, 373), se refiere a los deberes (arts. 4, 49-5, 95-1 a 7) y obligaciones (arts. 8, 95) de las personas, a los deberes de los ciudadanos (arts. 95- 1 a 7) a los deberes y obligaciones de los nacionales (arts.4-2, 95), de los extranjeros (art. 4-2), de los colombianos (art. 216), a las obligaciones y responsabilidades de la familia y de la sociedad (arts. 44-2, 45, 46, 67) a los deberes y responsabilidades de los particulares (arts.48, 83) a las obligaciones de los Empleadores (art. 54), a los derechos y deberes de la pareja, de los cónyuges y de los hijos (art. 42), de los usuarios (art. 369), como genéricamente a los deberes sociales del estado y de los particulares (art. 2). Igualmente utiliza las expresiones deberes fundamentales (art. 152-a) derecho deber (arts.22, 258), deber de obligatorio cumplimiento (art. 22) derecho y obligación social (art 25) así como función social que implica obligaciones (arts. 58, 333). Ver nuestro trabajo “Los deberes de la persona y del ciudadano en la Constitución”. Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, Mayo 25 de 2006.



acápito siguiente, dentro de los derechos de aplicación inmediata enunciados en el artículo 85 superior, lo que pone de relieve una vez más la importancia dada por el Constituyente a la transformación de las relaciones entre las personas y el Estado en la lógica de un nuevo entendimiento del papel de unos y otros en el Estado social de derecho.

Todo ello llevaba a la Comisión de reforma a establecer un procedimiento administrativo en consonancia con esas nuevas relaciones, con los nuevos retos impuestos particularmente al Estado en este sentido y con la necesidad de tener consecuentemente una Administración que precisamente respete la Constitución y la Ley, aferrándose de manera positiva y no como excusa al principio de legalidad, esto es, que bajo el pretexto del riguroso y deseable acatamiento de los textos legales, no desconozca la finalidad de los mismos a la luz de la Constitución, que integre como eje de su acción el respeto y realización de los derechos de las personas, y en particular que no vulnere sino que proteja y promueva los derechos fundamentales, que asegure la eficacia social de los recursos públicos y los defienda así como los intereses generales, que sea transparente, accesible, eficaz, responsable, pero sobre todo comprometida con la construcción del Estado social y democrático de derecho.

B. Una visión enriquecida del procedimiento administrativo

De acuerdo con el artículo 29 superior el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Este simple enunciado, que amplió al ámbito administrativo el concepto de debido proceso concebido y consolidado a nivel judicial, es la síntesis en realidad de una paulatina transformación que había venido dándose en el contenido y en la percepción de la actuación de la administración y de la manera como la misma está llamada a adoptar sus decisiones. El procedimiento administrativo venía siendo objeto en efecto de grandes transformaciones en los años que precedieron a la expedición de la Constitución de 1991 en los que particularmente con la Ley 58 de 1982, el Decreto 01 de 1984, la ley 57 de 1985 y el Decreto 2304 de 1989, había comenzado a merecer un protagonismo inédito al menos en cuanto se refiere a la historia de las regulaciones normativas que acompañaron la consolidación de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y a sus códigos de 1913 y 1941²⁴. Si bien ya existía el antecedente del

- **24** Como lo recuerda Jorge Enrique Ibáñez, la Ley 130 de 1913, que reguló la composición de la jurisdicción contenciosa administrativa, las competencias del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo y de los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo, no se ocupó del procedimiento administrativo. -Sera la Ley 4 de 1913 la que en su capítulo final regulara algunos aspectos relativos a este tema-. Por su parte la Ley 167 de 1941 “sobre organización de la jurisdicción contenciosa administrativa”, redactada por el mismo Consejo de Estado, con la participación activa de los doctores Ramón Miranda y Tulio Enrique Tascón, se ocupó de los procedimientos administrativos pero sólo a partir de la notificación de las decisiones y de la vía gubernativa. Dicho Código fue reformado y complementado por el Decreto 2733 de 1959, mediante el cual se reglamentó el ejercicio del derecho de petición previsto en la Constitución Política con el objeto de



Decreto-Ley 2733 de 1959 que reguló el derecho de petición y más atrás de la ley 4 de 1913²⁵, y que en los años 60 y 70 muchos de los esfuerzos tendientes a la racionalización y a la modernización de la administración pública pudieran entenderse como aproximaciones a ese nuevo entendimiento, serán las leyes de los años 80s -inspiradas en reformas similares producidas en Francia y en España en los años precedentes- las que permitirían que el tema mereciera durante el debate pre constituyente una especial atención y relevancia²⁶.

- garantizar su efectividad; se dictaron normas sobre procedimiento administrativo a partir de la adopción de las decisiones administrativas, su notificación y recursos en sede gubernativa; y, finalmente se reguló la revocación directa de los actos administrativos por las causales y conforme al procedimiento allí señalado. La Ley 58 de 1982, modificó el Decreto 2733 de 1959, consagró los principios y fines de la actuación administrativas y confirió facultades extraordinarias al Gobierno Nacional para modificar el Código Contencioso Administrativo contenido en la Ley 167 de 1941, los Decretos 2733 de 1959 y 528 de 1964, la Ley 11 de 1975 y demás disposiciones complementarias, con el objeto, entre otros temas, de dictar normas de acuerdo con los principios contenidos en dicha Ley en materia de procedimiento gubernativo y revocación directa de los actos administrativos. En desarrollo de la misma se expidió el Decreto 01 del 2 de enero de 1984, “por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo” en el cual se incorpora un Libro I sobre los procedimientos administrativos. Ver Jorge Enrique Ibáñez. “Los primeros veinte años de vigencia del Código contencioso administrativo” en *Estudios de Derecho Administrativo* U. Sergio Arboleda, Bogotá 2005, págs. 471 y ss.

25 Sobre el alcance de la Ley 4 de 1913 ver Oscar E. Vargas Roso. “El concepto de administración en la ley 4 de 1913” en *Instituciones judiciales y democracia*. Memorias del Seminario internacional organizado por la Sala de Consulta del Consejo de Estado en el marco del Bicentenario de la Independencia y el Centenario del Acto legislativo 3 de 1910, Bogotá, septiembre 2011. De dicho texto resulta relevante recordar algunos artículos de sus disposiciones finales que tienen una fascinante actualidad y similitud con varios textos actuales. Así por ejemplo: “Artículo 320. Todo individuo tiene derecho a que se le den copias de los documentos que existan en las Secretarías y en los archivos de las oficinas del orden administrativo, siempre que no tengan carácter de reserva; que el que solicite la copia suministre el papel que debe emplearse pague el amanuense, y que las copias puedan sacarse bajo la inspección de un empleado de la Oficina y sin embarazar los trabajos de ésta.

Ningún empleado podrá dar copia de documentos que según la Constitución o la ley tengan carácter de reservados, ni copia de cualesquiera otros documentos, sin orden del jefe de la Oficina de quien dependa”.

“Artículo 321. Todo empleado público debe firmar poniendo con todas sus letras el nombre y apellido. Sólo es permitido poner con las iniciales los segundos nombres y apellidos que se usen para distinguirse de otros individuos”.

“ARTICULO 334. El Gobierno reglamentará la manera de proceder en los asuntos administrativos de carácter nacional, sobre las bases siguientes:

1. Que no se eluda el derecho de petición de los particulares, ni se demore indefinidamente el despacho de sus asuntos;
2. Que cuando la naturaleza del caso lo requiera, se haga una averiguación prolija de los hechos, para que la decisión no lastime los derechos legítimos de los asociados;
3. Que se definan bien los casos de impedimento, a fin de asegurar la imparcialidad de los empleados, y se disponga claramente la manera de reemplazar a los impedidos; y
4. Que se definan claramente los casos de apelación y el procedimiento que debe seguirse en ellos, para que no se vulneren los derechos de los particulares ni se eluda la ley.”

26 Ver los interesantes debates que se plantearon en la Comisión de reforma del gobierno Barco. Publicados en: *Cómo democratizar el Estado Colombiano*. Memorias del Seminario El Estado Colombiano y la democracia. Comisión Presidencial para la reforma de la administración pública del Estado colombiano. PNUD. Ministerio de Gobierno, Julio de 1990.



En este tema en realidad bien puede plantearse que en términos generales en la historia de la actuación de la administración se ha pasado del entendimiento del procedimiento como un simple elemento para la eficacia del poder, a la identificación del procedimiento administrativo como una garantía para la protección de los derechos de las personas y como un instrumento para la realización de los mismos²⁷.

A su vez en nuestra historia legislativa se ha pasado de la notificación de la decisión de la autoridad como único elemento de garantía en el procedimiento administrativo regulado en los primeros Códigos contenciosos²⁸, a la regulación del derecho

- **27** En cuanto a la evolución del procedimiento administrativo en el ordenamiento jurídico y su entendimiento, puede señalarse que como en numerosos temas relativos a la administración, pudieran encontrarse antecedentes muy antiguos de regulación de los “procedimientos administrativos”. Egipto, Grecia, Roma, China, ofrecen sin duda ejemplos de sofisticadas regulaciones que orientaron el funcionamiento de sus complejos aparatos de poder y de control de los inmensos territorios que llegaron a someter. Los cuales, una vez la conquista militar realizada exigían una sólida administración basada no solamente en el uso de la fuerza sino en precisos sistemas de administración y recaudo, sin perjuicio en muchos casos del respeto de los usos y costumbres de los pueblos conquistados. El funcionamiento de los imperios se basó en complejos sistemas de reglas escritas y no escritas que determinaban el procedimiento que debían seguir tanto los agentes del poder como los súbditos sometidos a ellos. Sistemas claro está caracterizados por una gran diversidad y por muy amplios campos de indeterminación y de sujeción total al buen querer del soberano.

Las monarquías europeas si bien mantuvieron tales ámbitos de indeterminación y de sometimiento permanente al querer del monarca se caracterizaron por el establecimiento sin embargo de minuciosas reglas, en particular la Monarquía española, como lo revelan las leyes de indias. La ciencia de la administración en su vertiente jurídica se confunde muchas veces con esos principios de procedimiento ligado a ese entendimiento.

El elemento que se introduce con la administración liberal moderna es el cambio de perspectiva del ejercicio del poder y de la sumisión de los súbditos a las reglas impuestas por el soberano, al sometimiento a la ley aplicada de manera uniforme, como expresión de la voluntad de la mayoría y más recientemente a la consideración de los derechos de las personas y la eficacia de los mismos. Es el paso del entendimiento del procedimiento como un mero instrumento para asegurar el funcionamiento del aparato de Estado y el cumplimiento de los deberes y cargas impuestas a los habitantes del territorio, a la construcción, junto con dichos procedimientos que subsisten pero rodeados de garantías, de un procedimiento establecido para el reconocimiento de derechos. Es un proceso lento y paulatino de delimitación de lo que el poder puede hacer y como lo debe hacer, o de limitación a las “inmunidades del poder” en los términos de Eduardo García de Enterría.

28 Como lo recuerda Juan Carlos Esguerra Portocarrero con el Código de 1984 Colombia no solo se puso a tono con otros países que lo había precedido en la expedición de verdaderos códigos administrativos sino que llenó un vacío largamente denunciado. Señala Esguerra: “uno de los grandes vacíos de la legislación colombiana radicaba precisamente en la ausencia casi total de regulación de los procedimientos administrativos. No en balde, casi medio siglo atrás había afirmado el profesor Carlos H. Pareja en la primera página del segundo volumen de su obra *Curso de Derecho Administrativo Teórico y Práctico*, que “... en Colombia no se ha expedido aún el Código de Procedimientos Administrativos, y aunque sí existen leyes aisladas que establecen reglas incompletas de procedimiento, subsiste un caos en la materia, que ocasiona frecuentemente perjuicios a la Administración y a los particulares, víctimas en veces del capricho, de la ignorancia o de la rutina de los funcionarios públicos. (...) Paradójicamente empero, la ausencia de normas positivas generales sobre el particular contrastaba con la decidida defensa que se hacía de su necesidad y con la permanente afirmación de la vigencia de unos principios orientadores de los procedimientos administrativos, inspirados en razones de orden público. Por ello afirmaba Pareja con vehemencia,



de defensa, la obligación de motivar, el acceso a los documentos públicos, Y luego a la afirmación a la que hoy asistimos de un debido proceso administrativo antes y después de la decisión (art. 29 C.P.), unido al reconocimiento del derecho a ser escuchado previamente, a ser consultado y a participar en las decisiones que nos afectan (arts. 2, 78, 79, 330, 55 transitorio C.P.), a la presunción de buena fe (art 83 C.P.) al derecho a la reglamentación suficiente (art 84 C.P.) a la reserva de ley en materia de permisos y requisitos (art 333 C.P.).

- que “La función de decidir sobre los problemas administrativos no necesita serle expresamente atribuida a cada administrador, porque quien está obligado a cumplir y aplicar la ley, tiene igualmente el derecho de facilitar esos fines, para que el Estado marche y la vida del grupo no se paralice. La jurisdicción y la competencia del administrador, que le han sido atribuidas en forma general por la Constitución y la ley en desarrollo del principio de la organización administrativa, fluyen de la función de administrar. No es necesario que la ley diga que las resoluciones del inferior pueden ser revisadas por el superior, porque tal regla surge del principio de la jerarquía; tampoco, por consiguiente, es indispensable que la ley diga al administrador que puede resolver los problemas que ocurran en el curso de la vida administrativa, dentro de su propia órbita autoritaria, porque eso fluye de la función de administrar”. Nótese además cómo prácticamente todas las referencias al tema de los procedimientos administrativos, y las escasísimas disposiciones legales sobre el particular, decían relación tan sólo a una de sus partes, concretamente a la de los recursos administrativos, llamada entre nosotros vía gubernativa. Y ello tan sólo con el propósito de separar claramente el fin de la actuación administrativa del comienzo de la vía contencioso administrativa, para efectos de franquear al particular el acceso a este camino jurisdiccional. Casualmente, con la expedición de la ley 167 de 1941, el vacío normativo en materia de procedimientos administrativos tampoco se llenó. Una vez más, se hizo apenas referencia tangencial a algunos aspectos de tal procedimiento con el sólo propósito de abrir la puerta de lo contencioso administrativo, y de separar el procedimiento gubernativo del jurisdiccional. Sobre este particular, dijo el Consejo de Estado en su informe de 1939 acerca del Proyecto de Ley que después se convirtió en Código Contencioso Administrativo. “Puede afirmarse que no existe en Colombia procedimiento propiamente administrativo. Se ha sostenido que el artículo 12 de la ley 72 de 1925 proveyó en tal sentido, por vía general; más ella fue derogada por la ley 37 de 1931. Tampoco cabría afirmar que el vacío lo llena el artículo 204 del Código Judicial, según el cual las tramitaciones especiales que se hallen en otras leyes deben aplicarse de preferencia y los vacíos que en ellas se noten se llenan con disposiciones del presente Código, porque en la generalidad de los casos, en cuanto las entidades de derecho público actúan unilateralmente, resultan exóticas las normas de procedimiento civil, que suponen la existencia de un fallador distinto de las partes contendientes”. A pesar del vacío legislativo que se comenta, de las añoranzas que sobre el particular expresaban de cuando en vez la doctrina y la jurisprudencia, y sobre todo de los inconvenientes prácticos que la misma representaba, el legislador colombiano no volvió a ocuparse del tema sino en 1958. En aquella oportunidad, surgió alrededor de la reorganización administrativa de la República, motivada por circunstancias políticas ampliamente conocidas, la ocasión más propicia para regular de modo general los procedimientos administrativos. En efecto, la ley 19 de ese año dispuso en el artículo 19 el otorgamiento de facultades al ejecutivo “para reformar los trámites y procedimientos administrativos en general”. Inexplicablemente, el gobierno no hizo uso de dichas facultades sino en forma apenas parcial, expidiendo en ejercicio de las mismas el decreto-ley 2733 de 1959. (...) Casi un cuarto de siglo más hubo de transcurrir antes de que Colombia adoptara por fin conjunto de principios tendientes a definir, precisar y regular en forma general los procedimientos administrativos. La ley 58 de 1982 y el decreto 01 de 1984 dispusieron la incorporación en el Código Contencioso Administrativo de una parte destinada a regular la materia que se viene comentando, parte ésta que bien podría y que tal vez debería conformar un Código autónomo, “el Código Administrativo”, que echaba de menos Pareja hace más de 40 años”. Juan Carlos Esguerra Portocarrero “El campo de aplicación de los procedimientos administrativos” en *Comentarios al Código Contencioso Administrativo*. Tercera Edición. Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá, 1988. Páginas 48 a 51.



De la misma manera se ha pasado de la enunciación teórica de un derecho de petición inscrito en la Constitución desde los inicios de nuestro Estado republicano²⁹, a la regulación específica por el legislador de ese derecho en el ámbito administrativo³⁰ y luego a la protección concreta y amplia del mismo en la jurisprudencia administrativa y constitucional.

En relación con cada uno de estos temas el Consejo de Estado -desde antes de la Constitución- y la Corte Constitucional, con particular énfasis desde 1991, se han ocupado reiteradamente de afianzar la noción de debido proceso administrativo, a partir de las bases que ya se habían fijado precedentemente en materia de respeto del principio de legalidad y de control de las potestades discrecionales de la administración.

Al respecto se ha señalado de manera reiterada que *“La Constitución Política de 1991, a más de consagrar en forma expresa el derecho al debido proceso en las actuaciones judiciales, lo consagra para las actuaciones administrativas, con lo cual se produce una innovación que eleva a la categoría de Derecho Fundamental, un derecho de los asociados que, tradicionalmente, tenía rango legal, y no hacía parte del concepto original propio del derecho al debido proceso. En efecto, se distinguía entre una y otra realidad jurídica, en tanto ese derecho buscaba, en sus primeros tiempos asegurar la libertad física, y, sólo gradualmente se extendió a procesos de naturaleza no criminal, a las demás formas propias de cada juicio, según el texto constitucional anterior; ahora, sigue aumentando su espectro este derecho, que comprende como el que más la necesidad de consultar el principio de legalidad en las actuaciones públicas judiciales y en adelante las administrativas, ampliando su ámbito garantizador. (...)”*³¹

- **29** En la Constitución de Tunja sancionada en plena Asamblea de los representantes de toda la Provincia, en sesiones continuas desde el 21 de noviembre hasta el 9 de diciembre de 1811 se incluyó, dentro de la declaración de derechos del hombre en sociedad, el siguiente texto *“Jamás se puede prohibir, suspender ni limitar el derecho que tiene el pueblo, y cada uno de los ciudadanos de dirigir a los depositarios de la autoridad pública, representaciones o memoriales para solicitar legal y pacíficamente la reparación de los agravios que se le han hecho, y de las molestias que sufra”*. Ver Manuel Antonio Pombo y José Joaquín Guerra. *Constituciones de Colombia*, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana Ministerio de Educación Nacional 1951, pág. 250. La Constitución de Cundinamarca en su versión de 1812 señalará en el artículo 7 lo siguiente: *“Igualmente pueden los ciudadanos juntarse pacífica y tranquilamente para formar y presentar sus instrucciones o peticiones a las autoridades, avisando al Magistrado y presentándolas por escrito”* Textos que bien puede considerarse antecedente del que desde la constitución de 1886 se estableció en el artículo 45 y prácticamente en los mismos términos hoy rige.

30 Art. 334 de la ley 4 de 1913, Decreto-ley 2733 de 1959, Decreto 01 de 1984.

31 Ver entre otras las sentencias T-550 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz; T-457 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía; T-1016 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-1061 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-611 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-214 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-447 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-581 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-178 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



Fundamental en la transformación del entendimiento del procedimiento administrativo resulta sin duda el artículo 83 superior que consagra el principio de buena fe. Jesús González Pérez al referirse a la importancia del principio general de la buena fe en el derecho administrativo, sintetizó de la mejor forma posible cualquier comentario al respecto cuando señaló lo siguiente:

“La realidad administrativa se nos presenta como dos mundos distintos, netamente diferenciados y rígidamente separados: las administraciones públicas y los administrados, los que detentan el poder y los que lo sufren, los que mandan y los que obedecen. Dos mundos entre los que existe hasta una barrera material de separación: la ventanilla. En otra ocasión me he referido al escaso interés de la doctrina por esta institución, que constituye el primer obstáculo a franquear —y no el menor— para tomar contacto con la administración pública y obtener una decisión. Para un sector de la opinión pública, la administración no es otra cosa que un conjunto de ventanillas donde se hace cola. Y últimamente parece volverse la vista a esta incuestionable realidad de nuestra vida administrativa”.

“Se utiliza el término en el más amplio sentido de toda barrera material que separa al funcionario del administrado en un despacho abierto al público. Desde aquella tradicional ventanilla por la que asomaba la cabeza aquel inefable personaje de Mihura llamado el señor Hernández hasta la más reciente barrera de vidrio de las oficinas de información de las administraciones tecnocráticas”.

“...“Entre estos dos mundos existe un abismo insalvable. Se da la desconfianza más absoluta entre el administrado y los administradores. Los deberes de unos y otros se relegan al olvido más absoluto y la fraternidad se traduce en una continuada actitud de desconfianza y recelo”.

“De aquí la especial importancia en el derecho administrativo de un principio que constituye cauce para la integración de todo el ordenamiento conforme a la idea de creencia y confianza. Como antes se dijo, el principio puede contribuir a humanizar las relaciones entre administradores y administrados. Y así mismo constituirá un decisivo instrumento para restablecer la confianza entre estos dos mundos que hoy se nos aparecen como irreconciliables”.

“Tanto los administradores como los administrados actuarán conforme a las exigencias de la buena fe, sin olvidar que, como dice la sentencia de 18 de junio de 1979, “el derecho nunca debe ser manejado de espaldas a su fundamento ético que debe ser el factor informante y espiritualizador”. Si la administración pública no puede ejercer sus potestades defraudando la confianza debida a quienes con ella se relacionan tampoco el administrado puede actuar en contra de aquellas exigencias éticas”.

“La aplicación del principio de la buena fe permitirá al administrado recobrar la confianza en que la administración no va a exigirle más de lo que estrictamente sea necesario para la realización de los fines públicos que en cada caso concreto persiga...”³²



A su vez resulta relevante constatar que la doctrina interesada en las transformaciones y nuevas tendencias del derecho administrativo frente a los retos que impone la idea de estado social de derecho, ha destacado el cambio que se ha producido en la disciplina en el entendimiento del procedimiento y sus finalidades:

Al respecto se ha precisado que *“El procedimiento administrativo ha constituido el cauce natural para la formación de la voluntad de la Administración pública. Ha sido concebido como un proceso de toma de decisiones; el procedimiento clásico es en esencia un procedimiento de carácter decisorio: dictado de actos administrativos; aprobación de normas reglamentarias; adjudicación y celebración de contratos. El procedimiento representa, pues, un «método». Ello explica que haya sido contemplado tradicionalmente como un mecanismo «formal», una «forma de producción», desconectada, por tanto, del Derecho sustantivo, que es el que determina el contenido material de las relaciones jurídicas entre el ciudadano y la Administración, o de las Administraciones entre sí. El procedimiento opera, así se afirma, como elemento auxiliar al servicio de la aplicación del Derecho. Sin embargo, no ha de minusvalorarse por ello su relevancia, si se tiene en cuenta, primero, que el procedimiento representa una garantía de acierto; un instrumento de tutela individual; y una forma de legitimación democrática; y segundo, que, en contra de lo que ha podido pensarse, guarda una estrecha relación con el contenido material de la ley: cuanto menor sea la capacidad de dirección y de sometimiento a la Administración a la ley sustantiva y, en consecuencia, más débil sea el control judicial sobre el fondo, tanto mayor será el protagonismo del procedimiento”³³.*

En similar sentido se ha afirmado que la innovación del derecho administrativo entraña “la superación de comprensiones reduccionistas, el enriquecimiento de su modelo clásico”. (...) *En ese orden de ideas se advierte que “(...) el Derecho Administrativo se ha concentrado en la función negativa o de defensa; en asegurar la legalidad de la acción administrativa; en promover y fiscalizar la ausencia de vicios formales e infracciones materiales. El sistema construido tiene su eje en el control judicial. Esa dimensión -en principio- nada dice, sin embargo, sobre la «excelencia» de la acción, sobre la eficacia y calidad de los servicios que presta o garantiza, de las actividades que despliega; o sobre el consenso que inspira; etc.; en definitiva, sobre la función positiva³⁴. La vida de la Administración, antes que por prohibicio-*

• **32** Jesús González Pérez. *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid, 1983, p.57-59 citado por Gaspar Caballero Sierra “La doctrina de los actos propios en el derecho Administrativo” en *Derecho Constitucional y Administrativo en la Constitución Política de Colombia*. Ediciones Rosaristas. 1997 Páginas 163 y 164.

33 Javier Barnes El Procedimiento administrativo evolución y perspectivas En *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Javier Barnes (Editor). Editoriales Derechos Global. Sevilla, 2006 Páginas 267 a 269.

34 A la doctrina del Derecho Administrativo le ha importado, por ejemplo, identificar si una injerencia determinada resultaba desproporcionada en el caso concreto, por exceder de lo necesario para alcanzar el fin perseguido. Quedaba fuera de su consideración lo que desbordaba el perímetro del control judicial y de su tradicional juicio negativo (la desproporción), esto es, el espacio que



nes o por mandatos de contenido mínimo, se encuentra jurídicamente condicionada de principio a fin por exigencias de carácter positivo, susceptibles de ser colmadas al alza por encima del «aprobado»: funciones que ha de atender; competencias que ejercer; fines, objetivos o resultados a alcanzar; prestaciones que garantizar; servicios que prestar; etc. Es preciso, pues, distinguir entre la «mera legalidad», entendida como ausencia de vicio o infracción (controlable por los tribunales), y la «corrección» desde otros puntos de vista. La Administración está orientada a un juicio (un quehacer) positivo, a la mejor consecución de las tareas que en cada tiempo y lugar se le asignen. A ello debe contribuir la moderna ciencia del Derecho Administrativo. El procedimiento, por su parte, ha de actualizar su instrumental para atender ambas funciones en los nuevos escenarios a los que se enfrenta la Administración³⁵.

II. Los objetivos fijados para la reforma y las herramientas dadas en el articulado a la administración para su realización

Siendo consecuentes con el contexto enunciado, la Comisión se fijó los siguientes objetivos para la reforma del libro I:

- Otorgar herramientas a la administración para que sea ella directamente la que proteja en sede administrativa los derechos, sin necesidad de la intervención del juez.
- Asegurar la eficacia de los principios de la función administrativa y la afirmación de los mandatos superiores sobre buena fe, debido proceso en las relaciones administrativas, transparencia, moralidad, eficacia, eficiencia, participación y en general todos los elementos del “modelo” constitucional
- Aumentar las garantías en el procedimiento y asegurar transparencia en la toma de decisiones
- Facilitar una labor pedagógica con los ciudadanos, y con los propios servidores públicos, en relación con el conocimiento de sus derechos y de sus deberes
- dista entre el «aprobado» (Acción administrativa proporcionada porque cumple los valores mínimos) y la más «alta calificación» (la solución óptima desde la perspectiva de la ponderación en términos de proporcionalidad). Esta función positiva, relegada en otras épocas acaso por su difícil justiciabilidad, ha adquirido en el debate político y académico actual una importancia inusitada, por la confluencia de múltiples factores políticos, económicos y sociales, con independencia de que su construcción no corresponda a los órganos jurisdiccionales. Por mantener el ejemplo, pueden verse los supuestos que se consideran en relación con la proporcionalidad en J. Barnes, «El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar», en Cuadernos de Derecho Público, núm. 5, 1998, pp. 15 y ss., 28-29, 44 y ss.

35 Innovación y reforma en el derecho administrativo. Javier Barnes (Editor). Editoriales Derechos Global. Sevilla, 2006 Páginas 267 a 269



- Realizar una labor de codificación y sistematización de la legislación sobre estos temas que se encontraba dispersa, o que presentaba vacíos, o varias aproximaciones jurisprudenciales.
- Contribuir a la simplificación y racionalización de los procedimientos.
- Atender los avances tecnológicos y las nuevas posibilidades particularmente en materia informática para modernizar y racionalizar el funcionamiento interno de la administración así como la relación con los administrados

Para efectos de la presentación de dichos objetivos y de su traducción en el articulado de la Ley 1437 de 2011 los mismos pueden clasificarse en dos grandes ejes a saber: i) La protección de derechos en sede administrativa y la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa y ii) la codificación, la simplificación y racionalización de los procedimientos y la modernización de la acción administrativa.

A. La protección de derechos en sede administrativa y la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa

Como ya se ha señalado un elemento central del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo lo constituye el cambio de lógica que se busca en el entendimiento por parte de la administración de su papel frente a los derechos de las personas³⁶. El mensaje es claro: la administración debe incorporar en su visión de las cosas que no es solo el juez el que está llamado a protegerlos, sino que es la propia administración la que en primer lugar debe convertirse, obviamente en el marco de la Constitución y la ley, en artífice de la defensa de esos derechos.

Así, el énfasis que se hace desde el título del Código en el “procedimiento administrativo”, busca entre otras cosas eliminar la percepción que pudiere tenerse según la cual la parte primera del Código y en particular los recursos ante la administración son una mera etapa para acudir indefectiblemente a la jurisdicción. El procedimiento administrativo regulado en ese libro I debe convertirse, en la medida de lo posible, en

- **36** Ese mensaje en realidad hace mucho tiempo que se está predicando. Recuérdese por ejemplo la reflexión de Eustorgio Sarria hace más de medio siglo: “El derecho administrativo no es otra cosa que el reflejo fiel del ambiente jurídico de un pueblo. Esas normas de conducta de los gobernantes son producto de una cultura acendrada en siglos de sostenidos esfuerzos, de luchas ardorosas por el imperio del derecho y la indeficiente práctica de la justicia. Pero el derecho administrativo es, a la vez, el desarrollo armónico de la Constitución política, Carta Magna o estatuto Supremo que rige la vida ordenada de un país. Y la Constitución política, en su parte medular, es el reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre”. Eustorgio Sarria. Derecho Administrativo. Editorial Temis. Tercera Edición. Bogotá 1957, pág. 327



respuesta suficiente y completa para quien reclama ante la administración el reconocimiento de un derecho, de manera que no se vea forzado, sin que ello sea realmente necesario, a acudir al juez para que obligue a la administración a hacer lo que desde el principio ésta ha debido hacer.

Se busca llamar la atención de los servidores públicos para que se aferren al principio de legalidad, en el real sentido que tiene en nuestro ordenamiento constitucional, como elemento esencial del funcionamiento de la administración y del entendimiento de los deberes de esos servidores (art 6 C.P.), pero también del cumplimiento de los fines del Estado (art 2 C.P.) y de realización del Estado Social de Derecho (art. 1 C.P.).

En este orden de ideas el Código establece una serie de herramientas para que la administración pueda proteger directamente en sede administrativa los derechos de acuerdo con la Constitución y la ley, al tiempo que se asegure la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa y en general todos los elementos del “modelo” de gestión establecido en la Constitución. Lo que comporta necesariamente un esfuerzo por aumentar las garantías en el procedimiento y por asegurar la transparencia en la toma de decisiones. A lo que debe sumarse que el Código busca cumplir una labor pedagógica en relación con los ciudadanos y los propios servidores públicos sobre el conocimiento de sus respectivos derechos y deberes en función de la eficacia de esos mismos principios.

Así, en cuanto a otorgar herramientas a la administración para que sea ella directamente la que proteja en sede administrativa los derechos sin necesidad de la intervención del juez, cinco herramientas claramente identificables se establecen para el efecto, a saber i) se afianza el derecho de petición como eje de toda actuación iniciada por un particular, ii) se otorgan instrumentos a la administración para atender situaciones de emergencia en los que estén en juego los derechos fundamentales del peticionario, iii) se fortalecen los recursos administrativos para que dejen de entenderse como un simple requisito de procedibilidad, iv) se establece, para garantizar el principio de igualdad, el deber de aplicar de manera uniforme las normas y para el efecto de tomar en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas, al tiempo que, v) se establece un mecanismo para extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

En relación con el primer aspecto, atendiendo el énfasis en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado sobre la necesaria eficacia del derecho de petición -a que se hizo referencia en la primera parte de este texto- el nuevo Código recuerda a los servidores públicos que *“toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo”* (art. 13 de la Ley)³⁷. Se busca



en efecto, que los servidores públicos sean conscientes de que independientemente de la enunciación formal del derecho constitucional de toda persona “a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución”, en el Estado social de derecho es en ejercicio del mismo que siempre se acude ante la administración. En este sentido no le es dado al servidor público hacer diferencias de trato más allá de las que la propia constitución establece para garantizar los derechos de determinadas personas en situaciones frente a las cuales -en aplicación del artículo 13 constitucional³⁸ y en función de la eficacia de los derechos fundamentales- se hace necesaria una protección especial y se justifica un tratamiento privilegiado.

Se erige así al derecho de petición por el legislador en efectivo instrumento para la protección de los derechos de las personas, sin que pueda la administración excusar su inactividad o su tardanza para resolver en la no invocación formal del derecho constitucional de petición. Es más, el Código llama la atención de la administración para que resuelva de manera prioritaria aquellas peticiones en las que está involucrado un derecho fundamental y se le demuestre sumariamente el riesgo de un perjuicio irremediable para el peticionario. Si está en peligro la vida o la integridad de la persona la administración deberá además adoptar las medidas de urgencia necesarias para conjurarlo. En este sentido el artículo 20 señala que *“las autoridades darán atención prioritaria a las peticiones de reconocimiento de un derecho fundamental cuando deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario, quien deberá probar sumariamente la titularidad del derecho y el riesgo de perjuicio invocados”*. Igualmente que *“cuando por razones de salud o de seguridad personal esté en peligro inminente la vida o la integridad*

- **37 ARTÍCULO 13.** Objeto y modalidades del derecho de petición ante autoridades. Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, en los términos señalados en este Código, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución.

Toda actuación que inicie cualquier persona ante las autoridades, implica el ejercicio del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, sin que sea necesario invocarlo. Mediante él, entre otras actuaciones, se podrá solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

El ejercicio del derecho de petición es gratuito y puede realizarse sin necesidad de representación a través de abogado.

38 ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.



del destinatario de la medida solicitada, la autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición”.

Con ello se pretende otorgar a las autoridades un nuevo instrumento para dar respuesta oportuna y sin dilaciones a situaciones de emergencia en las que no tiene sentido que se imponga a las personas la carga de acudir a la acción de tutela para garantizar la protección de sus derechos. Los servidores públicos han de encontrar en dicho artículo el sustento legal con cuya supuesta ausencia en muchas ocasiones escudan hoy su inacción.

Este fortalecimiento del derecho de petición se complementa con los deberes especiales que para garantizar su ejercicio se señalan para los Personeros Distritales y Municipales y de los Agentes de la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo en el artículo 23 del Código³⁹, así como con la regulación que se establece en desarrollo del mandato contenido en el aparte final del artículo 23 de la Constitución⁴⁰ en materia de ejercicio del derecho de petición ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales (artículos 32 y 33 del Código)⁴¹.

- **39** ARTÍCULO 23. Deberes especiales de los Personeros Distritales y Municipales y de los Agentes de la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo. Los servidores de la Procuraduría General de la Nación, de la Defensoría del Pueblo, así como los Personeros Distritales y Municipales, según la órbita de competencia, tienen el deber de prestar asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición.

Si fuere necesario, deberán intervenir ante las autoridades competentes con el objeto de exigirles, en cada caso concreto, el cumplimiento de sus deberes legales.

Así mismo recibirán, en sustitución de dichas autoridades, las peticiones, quejas, reclamos o recursos que aquellas se hubieren abstenido de recibir, y se cerciorarán de su debida tramitación.

40 ARTÍCULO 23. Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales.

41 ARTÍCULO 32. Derecho de petición ante organizaciones privadas para garantizar derechos fundamentales. Toda persona podrá ejercer el derecho de petición para garantizar sus derechos fundamentales ante organizaciones privadas con o sin personería jurídica, tales como sociedades, corporaciones, fundaciones, asociaciones, organizaciones religiosas, cooperativas, instituciones financieras o clubes.

Salvo norma legal especial, el trámite y resolución de estas peticiones estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el Capítulo I de este Título.

Las organizaciones privadas sólo podrán invocar la reserva de la información solicitada en los casos expresamente establecidos en la Constitución y la ley.

Las peticiones ante las empresas o personas que administran archivos y bases de datos de carácter financiero, crediticio, comercial, de servicios y las provenientes de terceros países se regirán por lo dispuesto en la Ley Estatutaria del Hábeas Data.

Parágrafo primero. Este derecho también podrá ejercerse ante personas naturales cuando frente a ellas el solicitante se encuentre en situaciones de indefensión o subordinación.

Parágrafo segundo. Los personeros municipales y distritales y la Defensoría del Pueblo prestarán asistencia eficaz e inmediata a toda persona que la solicite, para garantizarle el ejercicio del derecho constitucional de petición que hubiere ejercido o desee ejercer ante organizaciones o instituciones privadas.



Ahora bien, en relación con los recursos ante la administración y para asegurar su eficacia, se introducen modificaciones en su regulación para que estos puedan cumplir sus finalidades y no se consideren simplemente como el acatamiento formal de un requisito para acudir forzosamente a la Jurisdicción. En ese orden de ideas se busca que dichos recursos den lugar a un completo y serio debate en el seno de la administración que ha proferido el acto objeto de recursos partiendo del presupuesto de que de ser posible de acuerdo con las normas aplicables, y el análisis de la jurisprudencia -máxime si se tiene en cuenta la filosofía de las regulaciones contenidas en los artículos 10 y 102 que a continuación se analizan-, se evite acudir al juez. El cual solo debe estar llamado a dirimir aquellas controversias respecto de las cuales su intervención sea realmente necesaria.

En ese orden de ideas, se amplía el término para la interposición de los recursos que pasa de 5 a 10 días (art. 76), se eliminan las restricciones que en materia probatoria se habían establecido en el Código vigente, en este sentido, los recursos de reposición y de apelación deberán resolverse de plano, a no ser que al interponerlos se haya solicitado la práctica de pruebas, o que el funcionario que ha de decidir el recurso considere necesario decretarlas de oficio (art. 79). Se establece que la autoridad podrá crear, en su organización, grupos especializados para elaborar los proyectos de decisión de los referidos recursos (art. 82). Se busca en efecto dar una oportunidad para que de acuerdo con las posibilidades de cada tipo de administración -no es lo mismo la superintendencia de industria y comercio que una administración municipal- se puedan establecer este tipo de grupos en los que se haga un análisis completo y sin las aprehensiones y limitantes propias de quien ha tomado inicialmente la decisión para examinar los argumentos planteados en los recursos, cuyo resultado podrá ser favorable o desfavorable, pero en todo caso fruto de un examen que atenderá el ordenamiento jurídico aplicable y el estado de la jurisprudencia y consecuentemente la respuesta que previsiblemente daría la jurisdicción si tuviera que pronunciarse.

Las autoridades deben tener en cuenta precisamente que al resolver los asuntos de su competencia, deberán aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, y que con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas (art. 10).

Se trata de dar plena vigencia en el ámbito administrativo al principio de igualdad, el cual encuentra además en el mecanismo de extensión de la jurisprudencia del Con-

- ARTICULO 33. Derecho de petición de los usuarios ante instituciones privadas. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales, a las Cajas de Compensación Familiar, y a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, que sean de carácter privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, las disposiciones sobre derecho de petición previstas en los dos capítulos anteriores.



sejo de Estado a terceros por parte de las autoridades, regulado en el artículo 102 del Código, una herramienta fundamental. Las autoridades deberán, en efecto, extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal fin el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables, y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente. Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Cabe precisar en todo caso que las autoridades podrán negar la petición de acuerdo con precisas condiciones⁴². En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269, norma que regula la manera como el Consejo de Estado está llamado a resolver las peticiones que ante él se hagan en este sentido.

El fundamento de todas estas nuevas figuras reside en la responsabilidad directa que tiene la administración pública de respetar y hacer respetar el ordenamiento jurídico, y en primer lugar los mandatos constitucionales que orientan la actuación de las autoridades y los procedimientos administrativos. Por ello, en la lógica de asegurar la eficacia de los principios de la función administrativa el Código señala en su artículo 3 que todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera del mismo Código, y en las leyes especiales.

La norma precisa que las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad, dando de cada uno de ellos una explicación que más que pretender una definición busca servir de orientación para

- **42** Ello solo será posible con fundamento en las siguientes consideraciones: 1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el que tengan la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso, estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados. 2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos. 3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas aplicables no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación.



todas las personas que acudan a la administración y para los propios servidores públicos⁴³.

Como resulta apenas obvio son esos principios los que orientan el conjunto del articulado y en consecuencia en relación con cada uno de ellos bien pudieran identificarse sistemáticamente disposiciones tendientes a su desarrollo. En este apartado vale la pena destacar a título simplemente de ejemplo las disposiciones dirigidas a aumentar las garantías en el procedimiento y asegurar la transparencia en la toma de decisiones en aplicación de los principios de debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad y transparencia, así como aquellas que están llamadas a cumplir una labor pedagógica con los ciudadanos y con la propia administración en relación con el conocimiento de sus derechos y de sus deberes en la lógica de asegurar la eficacia de esos mismos principios.

- **43** En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva. En las actuaciones en las que aparezca la defensa de intereses que se muestren diversos u opuestos, las autoridades deberán dispensarles idéntico trato, quedando proscrita la posibilidad de atención privada y por separado en la adopción de las decisiones correspondientes.

En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, ésta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.



Así cabe recordar que desde el artículo primero del Código se afirma que las normas de la primera parte tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales⁴⁴ la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la Administración y la observancia de los deberes sociales del estado y de los particulares⁴⁵.

En ese orden de ideas el artículo 35 señala que los procedimientos administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente, o por medios electrónicos de conformidad con lo dispuesto en el Código o la ley. Advierte que cuando las autoridades procedan de oficio, los procedimientos administrativos únicamente podrán iniciarse mediante

- **44** Sobre este concepto no resulta vano recordar el significado dado al mismo para el caso español en palabras del profesor Alejandro Nieto. “La declaración de que la Administración sirve a los intereses generales tiene una enorme relevancia, puesto que afecta a una de las cuestiones medulares de la Ciencia Política y conviene subrayar que en este punto la Constitución no ha esquivado el problema sino que lo ha abordado y resuelto con inequívoca rotundidad al pronunciarse terminantemente por una de las muchas opciones posibles, cabalmente la más democrática.

La Constitución, por lo pronto, se opone de forma radical a una opción histórica bien conocida: la apropiación del poder por parte de los burócratas, quienes utilizan el aparato administrativo en beneficio de sus propios intereses.

Pero la Constitución no se limita a esto sino que rechaza también que la Administración Pública esté al servicio, no ya de un Partido político (lo que parece obvio), sino al del Gobierno y aun del Estado. Porque si bien es verdad que «el Gobierno dirige la Administración civil y militar» (art. 97), esta dirección no significa que la Administración haya de servir al Gobierno: a quien sirve -el tenor del artículo 103 no ofrece lugar a dudas- es a los intereses generales. Con lo cual se hace emerger el problema de la posible discordancia entre estos intereses generales y la voluntad de un Gobierno parcial, indebidamente manejado por los Partidos políticos o por los grupos económicos y sociales.

En esta hipótesis -nada irreal ciertamente. La Constitución se decide por una fórmula que otorga a la Administración un papel estabilizador o de garantía de los intereses generales (...)” Alejandro Nieto. “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”. En *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid 1991 tomo III, pág. 2226

45 Debe hacerse énfasis en que siendo consecuentes con ello el Código igualmente recuerda expresamente a las personas sus deberes en las actuaciones ante las autoridades. Así:

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

1. Acatar la Constitución y las leyes.
2. Obrar conforme al principio de buena fe, absteniéndose de emplear maniobras dilatorias en las actuaciones, y de efectuar o aportar, a sabiendas, declaraciones o documentos falsos o hacer afirmaciones temerarias, entre otras conductas.
3. Ejercer con responsabilidad sus derechos, y en consecuencia abstenerse de reiterar solicitudes evidentemente improcedentes.
4. Observar un trato respetuoso con los servidores públicos.

Parágrafo. El incumplimiento de estos deberes no podrá ser invocado por la administración como pretexto para desconocer el derecho reclamado por el particular. Empero podrá dar lugar a las sanciones penales, disciplinarias o de policía a que sean del caso según la ley.



escrito, y por medio electrónico sólo cuando lo autoricen el mismo Código o la ley, debiendo informar de la iniciación de la actuación al interesado para el ejercicio de su derecho a la defensa.

Las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones. Dejando en todo caso constancia de lo acontecido en ellas.

Por su parte, el artículo 46, advierte que cuando la Constitución o la ley ordenen la realización de una consulta previa a la adopción de una decisión administrativa, dicha consulta deberá realizarse dentro de los términos señalados en las normas respectivas, so pena de nulidad de la decisión que se llegare a adoptar. Esta disposición destinada a garantizar la eficacia de los mandatos superiores sobre el derecho a participar de determinados grupos a los que la Constitución otorga particular protección, debe examinarse en concordancia con la que de manera general se establece en el numeral 8 de artículo octavo según el cual las autoridades deberán tener a disposición del público los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, se deberá señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. La norma precisa que en todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general.

A su vez el artículo 37 reitera que cuando en una actuación administrativa de contenido particular y concreto la autoridad advierta que terceras personas puedan resultar directamente afectadas por la decisión, les comunicará la existencia de la actuación, el objeto de la misma y el nombre del peticionario, si lo hubiere, para que puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos. La comunicación se remitirá a la dirección o correo electrónico que se conozca si no hay otro medio más eficaz. De no ser posible dicha comunicación, o tratándose de terceros indeterminados, la información se divulgará a través de un medio masivo de comunicación nacional o local, según el caso, o a través de cualquier otro mecanismo eficaz, habida cuenta de las condiciones de los posibles interesados.

En relación con los terceros precisamente el artículo 38 precisa los casos que los mismos podrán intervenir en las actuaciones administrativas con los mismos derechos, deberes y responsabilidades de quienes son parte interesada⁴⁶.

- **46** Esto es: 1. Cuando hayan promovido la actuación administrativa sancionatoria en calidad de denunciante, resulten afectados con la conducta por la cual se adelanta la investigación, o estén en capacidad de aportar pruebas que contribuyan a dilucidar los hechos materia de la misma.
- 2. Cuando sus derechos o su situación jurídica puedan resultar afectados con la actuación administrativa adelantada en interés particular, o cuando la decisión que sobre ella recaiga pueda ocasionarles perjuicios.
- 3. Cuando la actuación haya sido iniciada en interés general.



Para evitar que se continúe, como desafortunadamente hemos podido constatar en cumplimiento de nuestra función en la Sala de Consulta y Servicio civil, desconociendo el derecho de las personas a acceder a la administración y vulnerando su dignidad en un incomprensible ir y venir entre instituciones que alegan problemas de competencia, se recuerda en el artículo 39 que los conflictos de competencia administrativa se promoverán de oficio o por solicitud de la persona interesada. La autoridad que se considere incompetente remitirá la actuación a la que estime competente; si ésta también se declara incompetente, remitirá inmediatamente la actuación a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en relación con autoridades del orden nacional o al Tribunal Administrativo correspondiente en relación con autoridades del orden departamental, distrital o municipal. En caso de que el conflicto involucre autoridades nacionales y territoriales, o autoridades territoriales de distintos departamentos, conocerá la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. De igual manera se procederá cuando dos autoridades administrativas se consideren competentes para conocer y definir un asunto determinado.

Esta y las demás disposiciones a que hemos hecho referencia en este acápite deben analizarse en concordancia con las numerosas normas que de manera expresa dan un claro mensaje a la administración sobre la importante tarea que le cabe en el respeto de los derechos de las personas y las consecuencias de no hacerlo⁴⁷. Así el artículo 5 regula concretamente los derechos de las mismas ante las autoridades, el 7 señala los deberes que estas últimas tienen frente a las personas que ante ellas acudan y en relación con los asuntos que tramiten, mientras que el artículo 8 regula el deber de las autoridades de mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada sobre el conjunto de la actividad que desarrollan, con la sola salvedad de la reserva establecida en la ley⁴⁸.

- **47** Artículo 31. Falta disciplinaria. La falta de atención a las peticiones y a los términos para resolver, la contravención a las prohibiciones y el desconocimiento de los derechos de las personas de que trata esta Parte Primera del Código, constituirán falta gravísima para el servidor público y darán lugar a las sanciones correspondientes de acuerdo con la ley disciplinaria.

48 Artículo 5. Derechos de las personas ante las autoridades. En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a:

Presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo y sin necesidad de apoderado, así como a obtener información y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para tal efecto.

Las anteriores actuaciones podrán ser adelantadas o promovidas por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible en la entidad, aún por fuera de las horas de atención al público.

Conocer, salvo expresa reserva legal, el estado de cualquier actuación o trámite y obtener copias, a su costa, de los respectivos documentos.

Salvo reserva legal, obtener información que repose en los registros y archivos públicos en los términos previstos por la Constitución y las leyes.

Obtener respuesta oportuna y eficaz a sus peticiones en los plazos establecidos para el efecto.

Ser tratado con el respeto y la consideración debida a la dignidad de la persona humana.



Recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o debilidad manifiesta de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política.

Exigir el cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos y de los particulares que cumplan funciones administrativas.

A formular alegaciones y aportar documentos u otros elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés, a que dichos documentos sean valorados y tenidos en cuenta por las autoridades al momento de decidir y a que éstas le informen al interviniente cuál ha sido el resultado de su participación en el procedimiento correspondiente.

Cualquier otro que le reconozca la Constitución y las leyes.

Artículo 7. Deberes de las autoridades en la atención al público. Las autoridades tendrán, frente a las personas que ante ellas acudan y en relación con los asuntos que tramiten, los siguientes deberes:

Dar trato respetuoso, considerado y diligente a todas las personas sin distinción.

Garantizar atención personal al público, como mínimo durante cuarenta (40) horas a la semana, las cuales se distribuirán en horarios que satisfagan las necesidades del servicio.

Atender a todas las personas que hubieran ingresado a sus oficinas dentro del horario normal de atención.

Establecer un sistema de turnos acorde con las necesidades del servicio y las nuevas tecnologías, para la ordenada atención de peticiones, quejas, denuncias o reclamos, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 6 del artículo 5 de este Código.

Expedir, hacer visible y actualizar anualmente una carta de trato digno al usuario donde la respectiva autoridad especifique todos los derechos de los usuarios y los medios puestos a su disposición para garantizarlos efectivamente.

Tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos, de conformidad con lo previsto en el numeral 1 del artículo 5 de este Código.

Atribuir a dependencias especializadas la función de atender quejas y reclamos, y dar orientación al público.

Adoptar medios tecnológicos para el trámite y resolución de peticiones, y permitir el uso de medios alternativos para quienes no dispongan de aquellos.

Habilitar espacios idóneos para la consulta de expedientes y documentos, así como para la atención cómoda y ordenada del público.

Todos los demás que señalen la Constitución, la ley y los reglamentos.

Artículo 8. Deber de información al público. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

1. Las normas básicas que determinan su competencia.
2. Las funciones de sus distintas dependencias y los servicios que prestan.
3. Las regulaciones, procedimientos, trámites y términos a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad.
4. Los actos administrativos de carácter general que expidan y los documentos de interés público relativos a cada uno de ellos.
5. Los documentos que deben ser suministrados por las personas según la actuación de que se trate.
6. Las dependencias responsables según la actuación, su localización, los horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que toda persona pueda cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos.
7. La dependencia, y el cargo o nombre del servidor a quien debe dirigirse en caso de una queja o reclamo.
8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general.

Parágrafo. Para obtener estas informaciones en ningún caso se requerirá la presencia del interesado.



El sentido de la reforma en este ámbito está signado por el hecho de que entre los nuevos deberes que se establecen para las autoridades esté el de *“expedir, hacer visible y actualizar anualmente una carta de trato digno al usuario donde la respectiva autoridad especifique todos los derechos de los usuarios y los medios puestos a su disposición para garantizarlos efectivamente”*.

Se trata en suma de hacer visible por todos los medios y en todos los sentidos que la tarea de la administración se enmarca en el respeto de los derechos, y ese es tal vez el elemento más importante de esta reforma en lo que a su primera parte se refiere.

B. La labor de codificación, la simplificación y racionalización de los procedimientos y la modernización de la acción administrativa

Para poder cumplir esa labor de pedagogía a que se hizo referencia en el acápite anterior y para que sirviera de gran marco de orientación para las personas en sus relaciones con la administración, la ley 1437 de 2011 estaba llamada a cumplir una labor de codificación y sistematización de la legislación sobre el conjunto de temas concernientes al procedimiento administrativo, al tiempo que debía facilitar la labor de simplificación y racionalización de los procedimientos en la línea de numerosas disposiciones dictadas con ese objetivo en los últimos años, así como contribuir a la modernización de esos mismos procedimientos facilitando el uso de las nuevas tecnologías y en particular de los medios electrónicos por y ante la administración.

En este sentido el código en primer lugar se ocupó de i) recoger los elementos generales, propios de un Código como el que se analiza, de una serie de disposiciones expedidas sobre la materia antes y después de la Constitución, que se encontraban dispersos y requerían ser integrados al mismo sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones especiales que encuentren justificada su permanencia en el ordenamiento aún después de su expedición, ii) reordenar algunos temas en un sentido más accesible para el conjunto de destinatarios del Código, iii) llenar algunos vacíos que, como en el caso del régimen sancionatorio administrativo, requerían regulaciones generales a las cuales pudiera acudir la administración ante la ausencia de normas especiales y iv) hacer claridad sobre algunos temas que aun cuando estaban integrados ya al Código vigente, habían sido objeto de interpretaciones diversas por la jurisprudencia y requerían una regulación clara y precisa.

Al respecto cabe recordar efectivamente que diversas normas se habían ocupado de materias de interés para el contenido del Código o materias conexas, por ejemplo, i) la Ley 57 de 1985 “Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales”, ii) la ley 87 de 1993 “Por la cual se establecen normas para el ejercicio de control interno en la entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones, iii) la Ley 190 de 1995 “Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en



la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”, iv) el Decreto 2150 de 1995 “Por el cual se suprimen y reforman regulaciones, procedimientos o trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, v) la ley 489 de 1998 “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, vi) la Ley 527 de 1999 “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones”, vii) la Ley 962 de 2005 “Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”⁴⁹.

Disposiciones todas enmarcadas dentro de los esfuerzos de modernización administrativa⁵⁰, simplificación de procedimientos y búsqueda de mejoramiento de las

- **49** En el listado cabría incluir a título de simple referencia el fallido Decreto 1122 de 1999 “Por el cual se dictan normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe” -Declarado inexecutable por las Sentencia C-923 de 1999-

50 La jurisprudencia Constitucional ha señalado en diferentes oportunidades la plena compatibilidad de los propósitos de modernización del Estado y de la Administración pública con los preceptos constitucionales. Así ha señalado que se:

“(…) encuentra deseable y, más aun, imperativo, a la luz de los retos y responsabilidades que impone el Estado Social de Derecho, que se prevean mecanismos institucionales aptos para alcanzar la modernización y eficiencia de los entes públicos, capacitando a sus trabajadores, estructurando adecuadamente el conjunto de funciones que les corresponde cumplir, reduciendo las plantas de personal a dimensiones razonables y separando de sus cargos a los empleados cuya ineptitud o inmoralidad sean debidamente comprobadas.

Pero, claro está, ello únicamente puede hacerse partiendo de la plena observancia de los principios y disposiciones constitucionales, en especial de aquellos que reconocen los derechos fundamentales de la persona y los que corresponden de manera específica a los trabajadores.” (Sentencia C-479/92 M.P. Alejandro Martínez Caballero y José Gregorio Hernández Galindo)

Numerosas decisiones han hecho énfasis en la necesidad de dotar a la administración pública de instrumentos idóneos para el cumplimiento de las tareas que le competen. Así ha insistido en que:

“La legitimidad del Estado Social de Derecho radica, por un lado en el acceso y ejecución del poder en forma democrática, y por otro lado en su capacidad para resolver las dificultades sociales desde la perspectiva de la justicia social y el derecho, lo cual indudablemente depende de la capacidad del Estado para cumplir, de manera efectiva, con sus fines de servicio a la sociedad. De ahí pues, que los mandatos contenidos en los artículos 2º y 209 de la Constitución imponen a las autoridades la obligación de atender las necesidades, hacer efectivos los derechos de los administrados y asegurar el cumplimiento de las obligaciones sociales.

Ahora bien, la efectividad de los derechos se desarrolla con base en dos cualidades, la eficacia y la eficiencia administrativa. La primera relativa al cumplimiento de las determinaciones de la administración y la segunda relacionada con la elección de los medios más adecuados para el cumplimiento de los objetivos. Es por ello que las dos cualidades permiten la verificación objetiva de la



relaciones entre la administración y las personas que están en plena concordancia con la filosofía que inspira las regulaciones incluidas en la ley 1437 de 2011 y que se mantendrán vigentes en cuanto no la contradigan.

Ahora bien, aun cuando la lógica codificadora hubiera llevado a pensar en un texto único y concretamente en un procedimiento único, las realidades administrativas llevaron a que se optara más bien por la fórmula contenida en el artículo 34 que señala que las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en el Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. Con la precisión de que en lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de la Parte Primera del mismo Código. El Gobierno en todo caso ha adquirido el compromiso de efectuar un riguroso análisis costo beneficio de dichas leyes especiales en cada sector administrativo para que antes de la entrada en vigencia del nuevo Código se evalúe la necesidad o no de su permanencia en el ordenamiento.

El Código a más de ordenar algunos temas en un sentido un poco más didáctico, pensando en que los destinatarios del mismo no son solo los abogados expertos sino todas las personas que ante la administración acuden⁵¹, pretende llenar algunos vacíos que se habían identificado en la legislación vigente como por ejemplo el tema del procedimiento administrativo sancionatorio (arts. 49 a 52). Al respecto el artículo 47 señala que los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único, se sujetarán a las disposiciones de la Parte Primera del Código. Precisa igualmente que los preceptos del mismo Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

- distribución y producción de bienes y servicios del Estado destinados a la consecución de los fines sociales propuestos por el Estado Social de Derecho. Por lo tanto, la administración necesita un apoyo logístico suficiente, una infraestructura adecuada, un personal calificado y la modernización de ciertos sectores que permitan suponer la transformación de un Estado predominantemente legislativo a un Estado administrativo de prestaciones.

(...) En este orden de ideas, el logro de los objetivos y fines del Estado requieren de una función administrativa eficiente que responda a las exigencias del Estado Social de Derecho. (...)” (Sentencia T-068 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Entonces, todas las acciones tendientes a lograr el mejoramiento de la capacidad de gestión de la administración pública para el desarrollo de sus funciones, no solamente resulta deseable sino indispensable para el cumplimiento de los fines asignados al Estado colombiano por la Constitución Política”. Ver Sentencia C-914/01 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

51 Por ejemplo el artículo 14 reúne en un solo artículo el tema de los términos para resolver las distintas modalidades de peticiones sin que se introduzcan mayores cambios en el contenido vigente. señala el artículo:

“Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción.

Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:



En cuanto a aquellos casos en que se habían presentado posiciones jurisprudenciales encontradas que resultaba pertinente dirimir en este Código, cabe recordar el tema de la caducidad de la facultad sancionatoria de amplia y diversa aproximación en la Jurisdicción.

Al respecto el en el artículo 52 se busca dar claridad y certeza al tema y para el efecto se señala que salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Se precisa que dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Así mismo que si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver. Igualmente que cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución. Por último se advierte que la sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.

De otra parte, numerosas son las disposiciones del Código que se inscriben concretamente en la lógica de contribuir a la simplificación y racionalización de los procedimientos. En ese orden de ideas el Código señala que en virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

- 1. Las peticiones de documentos deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

- 2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

Parágrafo. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad deberá informar de inmediato, y en todo caso antes del vencimiento del término señalado en la ley, esta circunstancia al interesado expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, el cual no podrá exceder del doble del inicialmente previsto”.

A título de ejemplo también, cabe recordar que con la misma filosofía en el Código se regula con algunos ajustes el tema de los documentos reservados en los artículos 24 a 27.



En virtud del mismo principio, y de, entre otros, los de economía y celeridad, se regula el tema de las peticiones incompletas y el desistimiento tácito (art. 17)⁵², el de las peticiones irrespetuosas, oscuras o reiterativas (art. 19)⁵³, el de la organización para el trámite interno y decisión de las peticiones (art. 22)⁵⁴, el de las peticiones entre autoridades (art.30)⁵⁵, el de la corrección de irregularidades en la actuación administrativa (art. 41)⁵⁶, el de la corrección de errores formales (art. 45)⁵⁷ el de las sesiones virtuales (art. 63)⁵⁸, el del carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades (art. 89)⁵⁹.

- **52** El texto señala al respecto que cuando la autoridad constate que una petición ya radicada está incompleta pero la actuación puede continuar sin oponerse a la ley, requerirá al peticionario dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha de radicación para que la complete en el término máximo de un (1) mes. A partir del día siguiente en que el interesado aporte los documentos o informes requeridos comenzará a correr el término para resolver la petición.

Cuando en el curso de una actuación administrativa la autoridad advierta que el peticionario debe realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, lo requerirá por una sola vez para que la efectúe en el término de un (1) mes, lapso durante el cual se suspenderá el término para decidir.

Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud o de la actuación cuando no satisfaga el requerimiento, salvo que antes de vencer el plazo concedido solicite prórroga hasta por un término igual.

Vencidos los términos establecidos en este artículo, la autoridad decretará el desistimiento y el archivo del expediente, mediante acto administrativo contra el cual únicamente procede recurso de reposición, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales. (art. 17).

53 Artículo 19. Peticiones irrespetuosas, oscuras o reiterativas. Toda petición debe ser respetuosa. Sólo cuando no se comprenda su finalidad u objeto, se devolverá al interesado para que la corrija o aclare dentro de los diez (10) días siguientes. En caso de no corregirse o aclararse, se archivará la petición.

Respecto de peticiones reiterativas ya resueltas, la autoridad podrá remitirse a las respuestas anteriores.

54 Artículo 22. Organización para el trámite interno y decisión de las peticiones. Las autoridades deberán reglamentar la tramitación interna de las peticiones que les corresponda resolver, y la manera de atender las quejas para garantizar el buen funcionamiento de los servicios a su cargo.

Cuando más de diez (10) ciudadanos formulen peticiones de información análogas, la Administración podrá dar una única respuesta que publicará en un diario de amplia circulación, la pondrá en su página web y entregará copias de la misma a quienes las soliciten.

- **55** Artículo 30. Peticiones entre autoridades. Cuando una autoridad formule una petición de información a otra, ésta deberá resolverla en un término no mayor de diez (10) días. En los demás casos, resolverá las solicitudes dentro de los plazos previstos en el artículo 14.

56 Artículo 41. Corrección de irregularidades en la actuación administrativa. La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla.

57 Artículo 45. Corrección de errores formales. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, ésta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda.



Finalmente debe destacarse el esfuerzo hecho en el texto por tomar en cuenta los avances tecnológicos y las nuevas posibilidades particularmente en materia informática, para modernizar y racionalizar el funcionamiento interno de la administración, así como la relación con los particulares, cuidándose en todo caso de atender la diversidad y las limitaciones que ellos pueden tener para acceder a esos instrumentos, estableciendo mecanismos alternativos y razonables términos de transición, así como el principio de la voluntariedad y de no de imposición de cargas desproporcionadas a las personas. Igualmente atendiendo el principio de neutralidad tecnológica en el establecimiento de la regulación para evitar que sus preceptos terminen siendo superados muy rápidamente con los incesantes avances tecnológicos que en este campo se producen. Por eso se limitan los textos a señalar sencillas reglas que orienten la utilización de dichos medios en las actuaciones administrativas haciendo énfasis en todo caso en la protección de los derechos de las personas y en la especial responsabilidad que tiene el Estado para garantizar las condiciones de seguridad, autenticidad, integridad y disponibilidad propios a esta temática.

Dichos textos en realidad parten de los avances legales que ya se han producido en este campo y de los esfuerzos que la administración ya ha venido haciendo, pero con la conciencia sin embargo de la necesidad de producir un cambio sustancial, cuantitativo y cualitativo, en la capacidad instalada del Estado en este campo.

A partir de esos presupuestos el tema de los medios electrónicos se regula de dos maneras. A saber: se establecen una serie de disposiciones que buscan en general hacer uso de dichos medios como herramienta para facilitar la actuación administrativa, y otras que de manera sistemática regulan la posibilidad de una actuación completa por este medio.

En cuanto a lo primero, se señala que en virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas (art. 3). Igualmente se señala dentro de los derechos de las personas en sus relaciones con las autoridades el de presentar peticiones en cualquiera de sus modalidades, verbalmente, o por escrito, o por cualquier otro medio idóneo y sin necesidad de apo-

- **58 ARTÍCULO 63.** Sesiones virtuales. Los comités, consejos, juntas y demás organismos colegiados en la organización interna de las autoridades, podrán deliberar, votar y decidir en conferencia virtual, utilizando los medios electrónicos idóneos y dejando constancia de lo actuado por ese mismo medio con los atributos de seguridad necesarios.

59 Artículo 89. Carácter ejecutorio de los actos expedidos por las autoridades. Salvo disposición legal en contrario, los actos en firme serán suficientes para que las autoridades, por sí mismas, puedan ejecutarlos de inmediato. En consecuencia, su ejecución material procederá sin mediación de otra autoridad. Para tal efecto podrá requerirse, si fuere necesario, el apoyo o la colaboración de la Policía Nacional.



derado, así como a obtener información y orientación acerca de los requisitos que las disposiciones vigentes exijan para tal efecto. Precizando que las anteriores actuaciones podrán ser adelantadas o promovidas por cualquier medio tecnológico o electrónico disponible en la entidad, aún por fuera de las horas de atención al público. En similar sentido y como evidente consecuencia, el artículo 7 establece el deber de las autoridades de tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos, así como de establecer un sistema de turnos acorde con las necesidades del servicio y las nuevas tecnologías, para la ordenada atención de peticiones, quejas, denuncias o reclamos, sin perjuicio del tratamiento especial previsto en la Constitución para determinadas personas en aplicación del artículo 13 superior, de la misma manera que se establece el deber de adoptar medios tecnológicos para el trámite y resolución de peticiones, y permitir el uso de medios alternativos para quienes no dispongan de aquellos.

Los medios electrónicos aparecen igualmente como herramienta privilegiada en materia de notificaciones no solamente cuando sea posible la notificación personal por este medio en los términos señalados en los artículos 56 y 67 y 68⁶⁰, sino en general como medio para facilitar las publicaciones, citaciones, comunicaciones y notificaciones que se regulan en los artículos 37, 65, 69 y 73⁶¹.

- **60** Artículo 56. Notificación electrónica. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo V del presente Título.

La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.

ARTÍCULO 67. Notificación personal. Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, a su representante o apoderado, o a la persona debidamente autorizada por el interesado para notificarse.

En la diligencia de notificación se entregará al interesado copia íntegra, auténtica y gratuita del acto administrativo, con anotación de la fecha y la hora, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse y los plazos para hacerlo.

El incumplimiento de cualquiera de estos requisitos invalidará la notificación.

La notificación personal para dar cumplimiento a todas las diligencias previstas en el inciso anterior también podrá efectuarse mediante una cualquiera de las siguientes modalidades:

1. Por medio electrónico. Procederá siempre y cuando el interesado acepte ser notificado de esta manera.

La administración podrá establecer este tipo de notificación para determinados actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas. En la reglamentación de la convocatoria impartirá a los interesados las instrucciones pertinentes, y establecerá modalidades alternativas de notificación personal para quienes no cuenten con acceso al medio electrónico.

2. En estrados. Toda decisión que se adopte en audiencia pública será notificada verbalmente en estrados, debiéndose dejar precisa constancia de las decisiones adoptadas y de la circunstancia de que dichas decisiones quedaron notificadas. A partir del día siguiente a la notificación se contarán los términos para la interposición de recursos.

ARTÍCULO 68. Citaciones para notificación personal. Si no hay otro medio más eficaz de informar al interesado, se le enviará una citación a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que



A su vez el Código contiene todo un capítulo destinado a la regulación de lo que podría denominarse el procedimiento administrativo electrónico, que aparece como una oportunidad para modernizar las actuaciones administrativas, en un proceso gradual que deberá necesariamente tener en cuenta las posibilidades financieras y técnicas de las autoridades, así como las posibilidades de asimilación y utilización por los ciudadanos de dichos medios electrónicos sin desmedro de sus derechos.

Para el efecto en el capítulo respectivo luego de señalar que i) los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos, precisando

- figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, para que comparezca a la diligencia de notificación personal. El envío de la citación se hará dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto, y de dicha diligencia se dejará constancia en el expediente.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario señalada en el inciso anterior, la citación se publicará en la página electrónica o en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días.

61 ARTÍCULO 65. Deber de publicación de los actos administrativos de carácter general. Los actos administrativos de carácter general no serán obligatorios mientras no hayan sido publicados en el Diario Oficial o en las gacetas territoriales, según el caso.

Las entidades de la administración central y descentralizada de los entes territoriales que no cuenten con un órgano oficial de publicidad podrán divulgar esos actos mediante la fijación de avisos, la distribución de volantes, la inserción en otros medios, la publicación en la página electrónica o por bando, en tanto estos medios garanticen amplia divulgación.

Las decisiones que pongan término a una actuación administrativa iniciada con una petición de interés general, se comunicarán por cualquier medio eficaz.

En caso de fuerza mayor que impida la publicación en el Diario Oficial, el Gobierno Nacional podrá disponer que la misma se haga a través de un medio masivo de comunicación eficaz.

Parágrafo. También deberán publicarse los actos de nombramiento y los actos de elección distintos a los de voto popular.

ARTÍCULO 69. Notificación por aviso. Si no pudiese hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.

Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la respectiva entidad por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.

En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.

ARTÍCULO 73. Publicidad o notificación a terceros de quienes se desconozca su domicilio. Cuando, a juicio de las autoridades, los actos administrativos de carácter particular afecten en forma directa e inmediata a terceros que no intervinieron en la actuación y de quienes se desconozca su domicilio, ordenarán publicar la parte resolutive en la página electrónica de la entidad y en un medio masivo de comunicación en el territorio donde sea competente quien expidió las decisiones. En caso de ser conocido su domicilio se procederá a la notificación personal



que para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad deberá asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos, así como que ii) en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los procedimientos administrativos, se aplicarán las disposiciones de la Ley 527 de 1999 y las normas que la sustituyan, adicionen o modifiquen, se regula el registro para el uso de medios electrónicos (art 54), el documento público en medio electrónico (art 55), la notificación electrónica (art 56 ya citado), el acto administrativo electrónico (art 57), el archivo electrónico de documentos (art 58), el expediente electrónico (art. 59), la sede electrónica (art.60) las reglas sobre recepción de documentos electrónicos por parte de las autoridades (art 61), la prueba de recepción y envío de mensajes de datos por la autoridad (art.62).

Este último artículo precisa que para efectos de demostrar el envío y la recepción de comunicaciones, se aplicarán las siguientes reglas: 1. El mensaje de datos emitido por la autoridad para acusar recibo de una comunicación, será prueba tanto del envío hecho por el interesado como de su recepción por la autoridad. 2. Cuando fallen los medios electrónicos de la autoridad, que impidan a las personas enviar sus escritos, peticiones o documentos, el remitente podrá insistir en su envío dentro de los dos (2) días siguientes, o remitir el documento por otro medio dentro del mismo término, siempre y cuando exista constancia de los hechos constitutivos de la falla en el servicio.

Por último cabe advertir que el artículo 64 sobre estándares y protocolos, señala que sin perjuicio de la vigencia dispuesta en el Código en relación con las disposiciones en materia de procedimiento electrónico, el Gobierno Nacional establecerá los estándares y protocolos que deberán cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos.

Al respecto se hace necesario recordar que tan importante como el cambio cultural que debe introducirse en la administración sobre su papel en la protección de derechos, resulta la asimilación por parte de los servidores públicos y de los particulares de las oportunidades que ofrecen los medios electrónicos para que estos se conviertan en una herramienta que verdaderamente permita el mejoramiento de la gestión pública, la celeridad de los procedimientos y la eficacia de la participación en las decisiones que los afectan.

Implica entonces también comenzar a cambiar nuestra percepción del procedimiento administrativo. En palabras de Javier Barnes podemos recordar al respecto que "(...)la jurisprudencia y la doctrina han destacado la vertiente defensiva o de protección que es inherente al procedimiento, esto es, la idea de la tutela del individuo como elemento arquitectural de la institución. El procedimiento, sin embargo, trasciende esa eminente función para insertar la cláusula del Estado de Derecho y el principio democrático en el marco de un modelo de comunicación¹³⁹. La comunicación forma parte del esquema de un Estado vivo. El procedimiento no es sólo el



presupuesto para una efectiva protección del individuo, sino también la condición necesaria para el funcionamiento y la modernización del Estado¹⁴⁰. No importa solo coadyuvar a que la resolución o norma emanadas sean ajustadas a Derecho. El procedimiento además ha de resultar rápido y eficiente; suscitar la participación, el consenso y la aceptación; generar la solución óptima^{141”62}..

- **139** Cfr. E. SCHMIDT –ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, 2ª edición, Springer, 2004, pp. 45 y ss.

140 Cfr. H. HILL, «Kommunikation als Herausforderung für Staat und Verwaltung», en Steger, *Lean Administration*, 1994, p.49 (52).

141 Vid. M. GERHARDT, *Funktionaler Zusammenhang oder Zusammenstoß zweier Rationalitäten? Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess am Beispiel der jüngeren Verfahrensfehlerlehre*, cit. (nota 19), p. 414.

62 Javier Barnes “ Sobre el procedimiento administrativo evolución y perspectivas”. En *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. Editorial Derecho Global. Sevilla, 2006 Pág. 339



Fundamentos de la reforma del libro segundo del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Por: Ruth Stella Correa Palacio

Magistrada de la Sección Tercera del Consejo de Estado
Miembro de la Comisión de Reforma

1. La Tutela Judicial Efectiva

La determinación del objetivo de la modificación a la segunda parte del actual Código Contencioso Administrativo., conduce indefectiblemente a la búsqueda de la tutela judicial efectiva, derecho con rango de constitucional fundamental conforme lo han reconocido el Consejo de Estado y la Corte Constitucional¹, entendido de una parte como el derecho de toda persona a acudir a la Administración de Justicia y obtener de ella una respuesta de fondo motivada y adecuada a las fuentes del derecho y a las pretensiones formuladas, de manera autónoma, independiente e imparcial y dentro de un plazo razonable y de otro lado, como el deber del Estado de prestar un servicio público continuo, eficiente y eficaz en este ámbito.

La finalidad principal de la reforma, según quedó establecido en su exposición de motivos², fue lograr la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, sistemáticamente desconocidos por la administración, por lo general bajo el pretexto de falta de recursos, prefiriendo dilatar en el tiempo el reconocimiento de unos derechos que la más de las veces se revelan como indiscutibles, dada la claridad del buen derecho del reclamante o la reiteración de las tesis jurisprudenciales.

- **1** Corte Constitucional, sentencia C-037/96. Vid. Además sentencias T- 006 de 1992, C-543 de 1992; C-544 de 1992; T.554 de 1992; C-572 de 1992, T-597 de 1992, C-599 de 1992, C-093/93 T-173 de 1993, T-320 de de 1993, C-544-93, T-275-94, T-416 de 1994, T-067 de 1995, C-084 de 1995, T-190 de 1995, C-037 de 1996, T- 268 de 1996, T-502-97, C-652 de 1997, C-071-99, C-742-99, T-163/99, SU-091/00, C-1195 de 2001.

- **2** Exposición de Motivos, Proyecto de ley No. 198 de 2009 - Senado, "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo", Gaceta del Congreso No. 1.173, Págs. 63 a 65.



El reconocimiento de que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es un garante de los presupuestos del imperio de la ley: división de poderes, principio de legalidad y rol de la juridicidad de la actividad de la administración (Preámbulo, arts. 1, 2, 6, 113, 121, 122 y 230 CP), todos los cuales informan al **Estado Social de Derecho**, justifica y es la razón de ser de la jurisdicción, la cual acusa un carácter pretoriano en amplios campos de su jurisprudencia lo que supone que es un pilar básico en la aplicación del principio de legalidad, dado que privilegia su vigencia y orienta su aplicación en las decisiones judiciales (230 CP), en procura de la efectividad de los derechos y garantías de los asociados.

De ahí que, la importancia y legitimidad de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Colombia está fuera de discusión, como órgano especializado de la Rama Judicial encargado del control de legalidad y garantía de acceso a la justicia de los administrados, en tanto su existencia permite que éstos actúen en defensa de esa legalidad y de sus derechos y que las entidades que conforman el Estado se subordinen al imperio de la ley, ajusten su actuación a su función específica y a los límites de su competencia. Esta jurisdicción ejerce, entonces, de manera especial y continua el juzgamiento de las controversias y litigios administrativos originados en la actividad de las entidades públicas y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de los distintos órganos estatales.

Sin embargo, el mal endémico que de manera genérica afecta el derecho fundamental de acceso a la justicia no es extraño a esta jurisdicción: existencia de barreras tales como la desigual distribución geográfica de los despachos judiciales; la complejidad o desactualización de la legislación procesal; el desconocimiento por parte de las autoridades de los derechos de los ciudadanos, de la ley y de las interpretaciones jurisprudenciales; la deficiente asistencia legal, especialmente para los sectores menos favorecidos; la carencia de una cultura ciudadana básica y los altos costos implícitos en la operación del sistema, entre otros factores, inciden en la vulneración de ese derecho.

Y, pese a que la institucionalidad, importancia y legitimidad de la jurisdicción no se tasa únicamente por el número de casos que atiende, no se pueden soslayar las dificultades que afronta la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, y dentro de ellas la originada por la congestión que la agobia y limita debido al aumento de los niveles de litigiosidad que se presenta en la sociedad en los últimos años y, por ende, a la creciente demanda de justicia.

Para constatar la anterior afirmación basta con examinar la percepción de los mismos jueces y magistrados en relación con el acceso a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así:

“...Se identificó un problema de oferta de servicios de justicia: el mapa judicial no responde a la demanda de justicia en algunas regiones del país, la ausencia de



juzgados en algunos municipios y el desequilibrio en el reparto de la carga laboral. Otra de las barreras de acceso señaladas es el no cumplimiento del principio de gratuidad, lo que obstaculiza el acceso de la población más pobre y vulnerable. También se identificó como problema de acceso la inseguridad jurídica, en particular por los conflictos de jurisdicción y el irrespeto del precedente judicial. Frente al principio de alternatividad, se señaló la carencia de mecanismos de solución de conflictos diferentes a la conciliación, y que procedimientos como la vía gubernativa en ocasiones entorpecen el acceso a la justicia. La mora en los procesos judiciales, incluido el estricto cumplimiento de los términos procesales, es percibida por los jueces como un problema de acceso a una justicia pronta y cumplida. (...) En el tema de calidad, los problemas más reiterados por esta jurisdicción fueron la carga laboral y las excesivas competencias de los jueces.³⁷

La realidad es que diversos factores hacen que la Jurisdicción Contenciosa Administrativa no se encuentre dotada de todas las condiciones necesarias para atender la gran demanda generada de procesos iniciados de tiempo de atrás y los que continuamente se vienen iniciando. La constatación de que la demanda de justicia contenciosa administrativa desborda la capacidad de respuesta del aparato judicial y que constituye una preocupación constante dada la enorme congestión y la exagerada duración de los procesos de lo contencioso administrativo, genera el reto permanente de encontrar las soluciones, implementar estrategias e introducir los elementos de reforma necesarios para descongestionar la jurisdicción y generar un mayor acceso a la misma, procurando mayores resultados, para una pronta y cumplida Administración de Justicia en este campo, detrás de cuya eficacia está la legitimidad del Estado.

Se verificó que el desconocimiento en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo de ese derecho constitucional fundamental, se presenta en todas sus facetas. En efecto, desde el desconocimiento de un juez cierto ante el cual formular la pretensión, hasta la dificultad que encierra obtener el cumplimiento de la sentencia condenatoria proferida en contra del Estado, se erigen en situaciones vulnerantes de este derecho fundamental.

Es así como se constató que desde el momento en que va a ser presentada la demanda, el administrado enfrenta el primer escollo cuando no se tiene claridad ni en la legislación ni por el juez, de cuál es el juez al que el Estado ha determinado como el competente para el conocimiento del proceso, conflicto cuya resolución se toma al menos dos años y cuando finalmente se define al juez competente, el usuario de la administración de justicia debe soportar un largo proceso por los trámites que hoy tiene establecidos el código como propios del proceso contencioso administrativo, sino a la espera del turno para que se realicen las actuaciones propias y sobre todo

• **3** Consejo Superior de la Judicatura, en el Plan Sectorial de Desarrollo de la Rama Judicial 2007-2010, “Una justicia más eficiente, efectiva y eficaz”, Págs. 114 y ss.



para que se produzca la sentencia, llegándose al absurdo de que terminado todo el trámite el proceso permanece 10 años o más a la espera de una sentencia, aguardando pacientemente que le corresponda el turno de fallo, todo ello debido a la gran congestión existente por la importante demanda de justicia contencioso administrativa.

La sentencia obtenida en esas condiciones, lejos de convertirse en un factor para la tutela judicial efectiva, ya vulnerada con el solo paso del tiempo durante el trámite del proceso, además no es cumplida de manera pronta, porque las normas consagran un término de inejecutabilidad de 18 meses, después del cual, todavía el Estado condenado no se allana a cumplirla.

Situación de desconocimiento de la tutela judicial efectiva que es motivo de preocupación en los integrantes de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa a quienes no es ajena la angustia del usuario de la administración de justicia, y que fue la que impuso la necesidad de “repensar la jurisdicción de lo contencioso administrativo”⁴.

La gran demanda de justicia contencioso administrativa, en especial con ocasión de la vigencia de las nuevas instituciones sustanciales y procesales establecidas en la Carta Política de 1991, puso de presente la decrepitud de los procedimientos establecidos en un código anterior a esa Constitución y construido a partir de entender a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo como una jurisdicción especial, esto es solo para actuar eventualmente cuando se producía la inactividad de la administración, concebida ésta como una situación de excepción y no con la pretensión de que la jurisdicción actuara como un sucedáneo de la administración que frente a las nuevas responsabilidades, a la ausencia de un organización moderna y acorde con las necesidades de la sociedad actual y a la escases de presupuesto, ha optado por trasladar a los jueces la solución de los asuntos cuya decisión le corresponde.

En febrero de 2008 y para establecer los temas cuyo análisis debía ser abordado por la Comisión de Reforma al Código Contencioso Administrativo, la Sala Plena del Consejo de Estado se reunió en la ciudad de Paipa, e identificó varios factores que inciden en el desconocimiento del derecho fundamental de acceso a la justicia y su consecuencia natural: la tutela judicial efectiva, unos con más preponderancia que otros, pero en todo caso todos determinantes de la vulneración del derecho que se comenta. Factores de los cuales merecen especial destaque, los siguientes:

1.1 Los cambios impuestos por la Constitución de 1991

El constituyente de 1.991 diseñó en la Carta lo que pudiera llamarse una especie de “constitución administrativa”, un modelo constitucional de administración pública,

• 4 Aponte, Santos Gustavo, Presidente del Consejo de Estado, Encuentro de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Armenia, septiembre de 2007.



que si bien conserva algunos elementos de la concepción anterior, deroga normas y paradigmas y genera la expedición de un cuerpo legal novedoso y modernas técnicas y métodos de gestión que lo consolidan y que se enmarcan dentro de la eficacia de los derechos reconocidos en las normas, dentro de una concepción de derecho administrativo moderno en el que el centro de atención se ha desplazado de la administración hacia el administrado cuyos derechos deben ser reconocidos por la administración, a través de procedimientos ágiles, flexibles y en todo caso eficaces y de no lograrse, es deber del Estado garantizar la existencia de un juez que actúe con la eficiencia necesaria para suplir esa omisión.

En verdad, la Constitución de 1991 establece un nuevo rol en la actividad de la Administración Pública, en cuya actuación juegan ahora un papel importante los particulares, concretamente en cuanto al reconocimiento de sus derechos amparados en las normas.

El establecimiento de los principios y finalidades del Estado (artículo 2), y la concepción de la función administrativa como puesta “al servicio de los intereses generales”, así como el mandato de su desarrollo con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones, y bajo el cobijo de la buena fe presumida en la actuación de los particulares, imprimen un nuevo rol al derecho administrativo.

Nuevo rol que impuso una profunda transformación legislativa de la estructura de la administración pública en aspectos como la tipología de organismos y entidades que la constituyen, con el señalamiento de las características jurídicas para cada clase (Leyes 489 de 1998 y 709 de 2002),

Igualmente ha dado lugar al establecimiento de nuevas instituciones procesales, todas con el fin único de lograr la tutela judicial efectiva mediante el control de la actividad de la administración o de quienes desempeñan las funciones del Estado, verbigracia, acciones de tutela, cumplimiento y populares (Arts. 86, 87 y 88 desarrollados en el Decreto 2591 de 1991 y las leyes 393 de 1997 y 472 de 1998), así como la pérdida de investidura de congresistas, (Art. 183 de la C.P.).

Todo ello implicó, sin duda, unas nuevas relaciones entre el administrado y la administración frente a sus derechos, lo cual lleva a que los servidores del Estado deban contar con herramientas acordes con las exigencias de la actual Constitución, para el reconocimiento y logro de la eficacia de esos derechos, lo que incidió en el aumento de asuntos en trámite ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dado que ésta no es ajena a esa transformación, al contrario, es la garante del respeto de los derechos de los asociados, mediante un conjunto de disposiciones procesales que creen formas de actuación judicial con un alto grado de informalidad, flexibles, de trámite prioritario y sumario y en todo caso eficaces en la garantía de la tutela judicial.



Por esta vía el advenimiento del nuevo orden constitucional trajo a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la atribución, al lado de las que ya le habían sido otorgadas, de nuevas competencias para el conocimiento de las acciones de tutela, populares, de grupo y de cumplimiento, en tanto la conducta vulnerante de los derechos protegidos a través de ellas provenga de la administración. Así mismo la Constitución le atribuyó directamente el conocimiento de los juicios de pérdida de investidura de los miembros de cuerpos colegiados.

Por otra parte, los cambios que se produjeron en la legislación, también le atribuyeron nuevas competencias entre las cuales cabe mencionar el conocimiento de procesos ejecutivos primero de títulos provenientes del contrato estatal (Ley 80 de 1993) y adelante también de las condenas impuestas por esta jurisdicción (Ley 446 de 1998); la revisión de legalidad de las conciliaciones (Ley 446 de 1998), así como el conocimiento de los juicios de repetición en contra de los funcionarios que su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a que el Estado pague una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier forma de arreglo y de las solicitudes de Habeas corpus (Ley 1095 de 2006).

1.2 La congestión judicial

Las cifras que dan cuenta de la congestión que padece esta jurisdicción, son un reflejo de la situación de anormalidad que ha vivido el Estado en las últimas dos décadas; las secuelas del enfrentamiento armado del Estado con el narcotráfico y la guerrilla, han ocasionado daños a la población civil que difícilmente podrán ser reparados. La grave afectación a los derechos humanos cuya protección es un compromiso del Estado en el concierto internacional y en el ordenamiento interno y el establecimiento por la Constitución de la responsabilidad del Estado a partir de la antijuridicidad del daño y no de la conducta, han generado gran demanda de jurisdicción contencioso administrativa, situación que se erige en uno de los más importantes factores de la congestión que hoy padece esta jurisdicción.

A la violación de los derechos de la población, se une la ausencia de su protección judicial efectiva, por cuanto el volumen de trabajo que manejan los jueces en esta jurisdicción les impide decidir los procesos que reclaman la protección de tales derechos en un plazo razonable, llegándose al absurdo, como ya se anotó en este escrito, de que hay procesos cuya segunda instancia en el Consejo de Estado toma 10 o más años, y no por cuenta del trámite, sino en espera de turno para sentencia, so pena de violar el principio de igualdad de quienes con anterioridad esperan turno de fallo.

Por otra parte, con ocasión de la vigencia de la Ley 1107 de 2006 que atribuyó a esta jurisdicción la competencia para el juzgamiento del Estado, con independencia de la naturaleza de la función de la cual emana la actuación a juzgar, se produjo un desplazamiento hacia la Contencioso Administrativa de los procesos en los que siendo parte



el Estado, su juzgamiento correspondía a la justicia ordinaria por estar ausente en la actividad generadora del conflicto, el ejercicio de función administrativa, cambio que trajo como consecuencia el agravamiento de la congestión y la pérdida de la especialización en el trámite de los asuntos que a pesar de tener como parte al Estado, se rigen por el derecho privado.

1.3. El cambio en la estructura de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

Desde su implementación por las Leyes 130 de 1913 y 60 de 1914⁵, la estructura de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, fue colegiada. Integrada por los Tribunales Administrativos y el Consejo de Estado, ambos órganos colegiados, so pretexto de la importancia de los conflictos que involucran al Estado. El aumento de procesos evidenció la ineficiencia de la colegiatura para atender oportunamente la gran demanda de justicia, situación que dio lugar a que la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en el artículo 11 y ante el avistamiento de la congestión que ya afloraba en los estamentos que para esa época integraban la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, creara los jueces individuales como el estamento base en esta jurisdicción, con la pretensión especial de descongestionar al Consejo de Estado, encargado hasta esa época, del conocimiento de la segunda instancia de los procesos que se tramitaban por todos los tribunales del país.

Se esperaba que la segunda instancia que correspondía solo al Consejo de Estado, se distribuyera entre los Tribunales Administrativos, para lograr que alguna vez el Consejo de Estado estuviera solo dedicado al conocimiento de recursos extraordinarios, y por sobre todo a la labor de unificación de la jurisprudencia.

La demora en la implementación de la ley que creó los jueces, como que apenas entraron a operar en agosto de 2006 (10 años después de su creación), dio al traste con el fin preventivo que inspiró esa ley, cuando apenas se empezaba a manifestar la congestión y para evitar que esta alcanzara los niveles que hoy presenta.

Con la entrada en operación de los nuevos jueces se produjo un cambio importante en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto jueces individuales, con

- **5** El artículo 2º de la Ley 130 de 1913, dispuso: “Esta jurisdicción se ejerce por el Tribunal Supremo y los Tribunales Seccionales de lo Contencioso Administrativo” y el 10 de septiembre de 1.914, mediante acto reformativo de la Constitución, se dispuso en el artículo 1º la existencia de un Consejo de Estado compuesto de 7 individuos, a saber: “ ... el primer Designado para ejercer el poder ejecutivo, que lo preside y seis Vocales nombrados como lo determine la ley.- Los ministros del Despacho tienen voz y no voto en el Consejo. “ Al atribuírsele funciones en el mismo Acto, se le asignó entre otras, la de desempeñar las de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo conforme a las reglas que señalara la ley.



amplias facultades, fueron encargados del juzgamiento de las actuaciones del Estado y su participación en la función de administrar justicia, según entendimiento de la Sala Plena en aquella ocasión, merecía un balance, para concluir aspectos tales como el replanteamiento de las competencias que venían ejerciendo, el incremento de su número y el papel del Consejo de Estado a la luz de la nueva estructura de la jurisdicción.

2. Temas críticos a revisar en el nuevo código para lograr la tutela judicial efectiva

La identificación de los males que aquejan a esta jurisdicción, y la constatación de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que se concreta en la violación “al principio general de derecho según el cual la necesidad del proceso para obtener la razón no puede convertirse en un daño para quien tiene la razón”⁶, dieron lugar a la determinación de unos temas que debían ser objeto de estudio y consagración en un nuevo código que regulara los trámites judiciales de control de la actividad de la administración.

El proceso no podía seguir siendo la forma de perpetuar el desconocimiento de los derechos reconocidos en la ley. Por cuenta del proceso judicial, paradójicamente establecido para el reconocimiento de los derechos amparados en las normas, ese reconocimiento se viene dilatando irrazonablemente en el tiempo, dando al traste con la eficacia de la tutela judicial en franco desconocimiento del contenido del artículo 7 de la LEAJ-Ley 270 de 1996, que dentro de los principios de la administración de justicia, plasmó el de eficiencia, por cuya virtud “*La administración de justicia debe ser eficiente. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser diligentes en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley.*”

Desconocimiento que impuso la adopción de normas claras y simples que permitan el trámite de los procesos en un plazo razonable, honrando de esa manera los compromisos adquiridos por el Estado Colombiano en el concierto internacional, por vía de ejemplo entre otros muchos instrumentos, en la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 8.1⁷, y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículo 14.3 c⁸.

- **6** García de Enterría, Eduardo, 2006, pág. 209. Cita este principio en referencia las conclusiones del abogado general Tesauro ante el Tribunal Supremo Español para justificar las medidas cautelares contra la administración. Resalta que la cita del principio en el mencionado alegato, reposa en la jurisprudencia de derecho internacional y constitucional alemana e italiana.

7 “1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.”

8 14. [...] 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] A ser juzgado sin dilaciones indebidas.



Con ese pensamiento, las reflexiones que se hicieron por la Sala Plena del Consejo de Estado en el primer encuentro de Paipa, determinaron, para el nuevo código, la definición y concreción de varios aspectos, entre ellos los más relevantes, los siguientes:

- a) El objeto y competencia de la jurisdicción, a partir de la aplicación de los criterios orgánico o subjetivo (naturaleza pública de la entidad), o material u objetivo (naturaleza administrativa de la actividad).
- b) Los principios del procedimiento administrativo.
- c) Los requisitos de procedibilidad para acceder a la justicia de lo contencioso administrativa. Eran dos los puntos a definir sobre este tema: (i) la determinación de la necesidad o no de agotar la vía gubernativa como presupuesto para acceder a la Jurisdicción, y la utilización y alcance de los recursos; y (ii) la exigencia de la conciliación prejudicial.
- d) La viabilidad o no de unificar las acciones previstas tanto en el código contencioso administrativo actual como en el Carta Política de 1.991 y desarrolladas en normas especiales (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, contractual, nulidad electoral, agrarias, etcétera), teniendo en cuenta también la consagración constitucional de algunas de ellas (pérdida de investidura, repetición, cumplimiento, etcétera), cuyo conocimiento se encuentra asignado a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
- e) La reorganización de las competencias de acuerdo con la nueva estructura de la Jurisdicción (jueces, tribunales, Consejo de Estado), y los mecanismos de unificación de la jurisprudencia (recursos ordinarios y extraordinarios).
- f) La regulación y simplificación del proceso contencioso administrativo y la introducción de elementos y mecanismos de oralidad en el mismo; es decir, un sistema que combine elementos del sistema escrito, y otros del oral.
- g) La creación de medidas cautelares en el contencioso administrativo, adicionales a la de la suspensión provisional de actos administrativos, mediante las cuales el juez pueda adoptar medidas preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión para asegurar la tutela judicial efectiva
- h) Poderes del juez administrativo en el nuevo esquema constitucional para la búsqueda de la verdad y el respeto de la legalidad y los derechos. En suma, un juez con plenas facultades para garantizar la efectividad material del derecho sustancial en litigio, incluido el cumplimiento de la sentencia.
- i) Otros asuntos relevantes a la estructura del proceso y determinantes para lograr la tutela judicial efectiva, tales como el régimen probatorio, la intervención de terceros dentro del proceso y la transición normativa y adecuación del nuevo esquema contencioso administrativo, también fueron abordados en aquél encuentro.



3. Los planteamientos del nuevo código hacia la tutela judicial efectiva.

Con fundamento en el análisis de los temas a que se ha hecho referencia en el capítulo anterior, la segunda parte del Código plantea una revisión integral de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, mediante la regulación de aquellos temas que constituyen la esencia misma de su función, el ejercicio de sus competencias y la razón de ser de su especialidad, en los siguientes términos:

3.1 Redefinición del objeto de la jurisdicción.

Superando su consagración con fundamento en las competencias que le corresponden, y signado por una clara búsqueda de la tutela judicial efectiva, el nuevo código consagra de manera expresa que los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico, de suerte que en la aplicación e interpretación de las normas deberán observarse los principios constitucionales y los generales del derecho procesal.

Aunque no se hayan enunciado expresamente esos principios, además de aquellos establecidos en la Carta Política: independencia, publicidad, prevalencia del derecho sustancial, eficiencia, desconcentración, autonomía, (art. 228 C.P.) buena fé (art. 83 ídem), deben ser observados dentro de los procesos que se adelanten ante esta jurisdicción los generales del derecho procesal⁹. Cabe precisar que el nuevo código se edifica sobre el principio de igualdad ante la ley, tanto en relación con las decisiones de la administración como con las decisiones de los jueces, principio plasmado en esa codificación de un lado, a partir del deber de la administración de aplicar de manera uniforme las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias, a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, y de otro lado, con la consagración del deber de respeto por parte de la administración, a las decisiones de la jurisdicción a través de las sentencias de unificación del Consejo de Estado.

- **9** Entre ellos los de: concentración, debido proceso en sus manifestaciones de: contradicción audiencia y defensa; confianza legítima, cosa juzgada, dispositivo con algunos elementos del inquisitivo para el decreto de pruebas de oficio y para el impulso oficioso del proceso, doble instancia, economía procesal, igualdad, paridad de partes, imparcialidad, intermediación, lealtad procesal, motivación de las decisiones, obligatoriedad de los procedimientos, aunque ése último con algún margen de discrecionalidad en manos del juez como director del proceso y solo para lograr la eficiencia del mismo, preclusión, hoy con alcances diferentes a la luz del mandato establecido en la LEAJ, en tanto dispone la preclusión por etapas, para alegar las nulidades y el saneamiento de las mismas por su no alegación en la etapa en la cual se producen.



En los artículos 10, 102 y 269, como una forma de alcanzar la tutela judicial efectiva y como respuesta al continuo desconocimiento por parte de la administración a derechos reiteradamente reconocidos por la jurisdicción sobre unas condiciones claras de hecho que imponen la aplicación de la norma de derecho, se estableció en primer lugar el deber de las autoridades de aplicar las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, con un claro desarrollo del artículo 13 de la Constitución Nacional.

Y para completar ese deber, se estableció que al adoptar las decisiones de su competencia, las autoridades deben tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado¹⁰ en las que se interpreten y apliquen dichas normas. En aras de lograr la aplicación de la ley en condiciones de igualdad, el artículo 102¹¹ previó el deber de las autoridades de extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos, extensión que no es más que la directa aplicación de la igualdad frente a la ley o la aplicación incipiente del principio de isonomía que predica los efectos *erga omnes* de las decisiones administrativas y judiciales relacionadas con la actividad administrativa, a los casos que respondan a la misma situación de hecho, como una manifestación de la aplicación de la igualdad frente a la ley y que se constituye en un importante elemento de la pretendida tutela judicial efectiva en tanto otorga un valor agregado a las sentencias de unificación proferidas por el Consejo de Estado.

Es de lamentar que la consagración de la figura no haya guardado proporción con la teleología del principio de isonomía¹², en tanto persigue que todos aquellos que han sido afectados con una decisión de la administración reciban el mismo trato, tanto de

- **10** Fueron consagradas como sentencias de unificación en el artículo 270, las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

11 Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada. /2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso./3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor...”

12 Manifestación del principio de impersonalidad en relación con la actuación administrativa.



parte de las autoridades administrativas como del juez, en cuanto al reconocimiento de sus derechos, con independencia de que hayan acudido a reclamar directamente ante la administración o ante la jurisdicción. Pero no puede negarse que la extensión de los efectos de la sentencia de unificación a casos que obedezcan a los mismos supuestos de hecho que aquellos que dieron origen a la misma, a condición de petición del interesado, constituye un avance importante en la aplicación de la ley en condiciones de igualdad.

En la misma línea y para completar el reconocimiento del derecho al trato igual frente a la ley, el artículo 269 consagró un trámite sumario y breve para la reclamación ante el Consejo de Estado, de la extensión de jurisprudencia de unificación de esa Corporación, cuando la administración ha dado respuesta negativa o ha guardado silencio frente a petición en tal sentido.

Como garantía del cumplimiento de tal prerrogativa, se dispone en el nuevo código que de ser negada por la administración la solicitud de extensión de los efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado o en caso de que la autoridad hubiere guardado silencio frente a petición en tal sentido, el interesado podrá acudir ante esa Corporación mediante escrito razonado, con el fin de pedir que se disponga la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que haya lugar.

También como garantía del respeto a la igualdad ante la ley, el artículo 103 en desarrollo de tal principio, dispuso que todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga, como una garantía de que frente a la misma situación de hecho, la consecuencia jurídica sea igual.

Por otra parte, la certeza sobre el juez al cual debe acudir para formular una pretensión en contra del Estado, como uno de los primeros pasos en el logro de la tutela judicial efectiva, determinó las modificaciones de las normas atributivas de competencia de esta jurisdicción con el fin de solucionar dos aspectos, a saber: (i) la situación de conflicto que durante 60 años afectó a quien pretendía reclamar en contra del Estado, dado la dualidad de jurisdicciones que caracteriza nuestro sistema para el juzgamiento del Estado, y (ii) la congestión que el establecimiento del factor subjetivo como determinante de la competencia trajo a esta jurisdicción¹³, con sacrificio además de la especialidad de los jueces.

- **13** La Ley 1107 de 2006, adoptó como determinante de la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el factor subjetivo o criterio orgánico, en cuanto dispuso: “La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta con capital público superior al 50% y de las personas privadas que desempeñen funciones propias de la distintos órganos del Estado. Se ejerce por el Consejo de Estado, los tribunales administrativos y los juzgados administrativos de conformidad con la Constitución y la ley.” Norma a partir de la cual es la participación del Estado en el proceso lo que determina la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer del proceso, con independencia de la naturaleza de la función de la cual proviene el conflicto, como se exigió desde la creación de esta jurisdicción, incluso hasta la última reforma que se hizo al artículo 82 del C.C.A., por la Ley 446 de 1998.



La convicción de que la Jurisdicción Contencioso Administrativa debe conservar su especialización en el juzgamiento de temas sujetos al derecho administrativo, pero a sabiendas de los conflictos que puede generar la definición en el primero momento del proceso, esto es al admitir la demanda, del régimen de derecho de la actividad que se juzga, dio lugar a que la competencia para juzgar los temas de responsabilidad contractual y extracontractual de las entidades estatales, tema en relación con el cual se presenta la mayor cantidad de conflictos se atribuyera a esta Jurisdicción, conjugándose con el factor subjetivo la competencia determinada por el régimen de derecho administrativo.

Así, el nuevo código opta por establecer el material como criterio central de atribución de competencia, cuando señaló que conocería de las controversias derivadas de aquellas actividades de la administración sujetas al derecho administrativo, para a continuación dejar en esta Jurisdicción el conocimiento de los procesos de responsabilidad contractual y extracontractual de las entidades públicas, con excepción de aquellos casos en que la actividad de la cual se deriva el conflicto, provenga de entidades que tengan el carácter de financieras, aseguradoras, intermediarias de seguros o intermediarias de valores.

En efecto, el fundamento constitucional común de la responsabilidad contractual y extracontractual del Estado¹⁴, sin perjuicio de las especificidades del régimen de derecho bajo el cual se gobiernan las entidades estatales, el derecho administrativo o el derecho privado, determinó que al lado de la competencia genérica para conocer de los conflictos regidos por el derecho administrativo, también se atribuyera competencia a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para el juzgamiento de los conflictos de responsabilidad contractual o extracontractual de cualquier entidad pública, con las excepciones mencionadas.

La adopción de un sistema mixto para la atribución de competencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto la regla general se funda en el criterio material, mientras que las adiciones a la misma en el subjetivo, contiene un mensaje de certeza hacia el usuario que *ab initio* sabe con claridad cuál es el juez que conocerá del proceso a que haya lugar con ocasión de las pretensiones que formule. Por ello, la normativa contiene un listado detallado de los temas que conciernen a la jurisdicción por fuera de aquellos regidos por el derecho administrativo.

De particular importancia resulta el tema relacionado con la reasignación a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de la competencia para conocer de las reclamaciones relacionadas con la seguridad social de los empleados públicos, en tanto

- **14** Sin distinción del régimen de derecho de la entidad, la responsabilidad del Estado tiene su fundamento en el artículo 90 de la Constitución Nacional, en cuanto dispone que “El Estado responderá patrimonialmente pro los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...”.



afiliados a una prestadora del servicio de carácter estatal, competencia que se trasladó de la contencioso administrativa a la ordinaria desde las leyes 362¹⁵ y 712.

3.2 Requisitos de procedibilidad de la demanda

En términos generales y tratándose de la demanda que busca la revisión de la legalidad del acto administrativo, se conserva como requisito de procedibilidad la impugnación previa ante la administración del acto a enjuiciar¹⁶ e igualmente el requisito de intento de conciliación prejudicial.¹⁷

Aunque prima facie, la consagración de estos requisitos no parece corresponder a la finalidad buscada con el código, esto es la tutela judicial efectiva, en tanto su cumplimiento puede generar dificultades en el acceso a la jurisdicción como pasos a seguir antes de acudir ante el juez y no siempre de trámite célere, cabe defender su instauración en tanto elementos útiles para lograr otra finalidad buscada con el nuevo código y que corresponde a la reasunción por parte de la administración de las competencias que le

- **15** Mediante la cual se atribuyó a los jueces del trabajo, la competencia para conocer de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de Seguridad Social Integral y sus afiliados. Norma modificada por la Ley 712, que cambió la denominación del Código Procesal del Trabajo por la de: “Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social” y que estableció como una de las competencias de la jurisdicción ordinaria laboral y de la seguridad social, denominación también adoptada en esa normativa, la del conocimiento de las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios 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 controvertan.

16 Requisito conocido en el actual código como agotamiento de la vía gubernativa y del cual dan cuenta los artículos 63 y 135, este último, del siguiente tenor: “Posibilidad de demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo contra actos particulares. La demanda para que se declare la nulidad de un acto particular, que ponga término a un proceso administrativo, y se restablezca el derecho del actor, debe agotar previamente la vía gubernativa mediante acto expreso o presunto por silencio negativo. /El silencio negativo, en relación con la primera petición también agota la vía gubernativa./Sin embargo, si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, los interesados podrán demandar directamente los correspondientes actos

17 El artículo 161 del nuevo código, como requisitos previos para demandar, consagra en los numerales 1° y 2°: /1. Cuando los asuntos sean conciliables, el trámite de la conciliación extrajudicial constituirá requisito de procedibilidad de toda demanda en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales. /En los demás asuntos podrá adelantarse la conciliación extrajudicial siempre y cuando no se encuentre expresamente prohibida./ Cuando la Administración demande un acto administrativo que ocurrió por medios ilegales o fraudulentos, no será necesario el procedimiento previo de conciliación./ 2. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto./ Si las autoridades administrativas no hubieran dado oportunidad de interponer los recursos procedentes, no será exigible el requisito al que se refiere este numeral.



corresponden, procediendo a reconocer directamente los derechos de los administrados en instancias administrativa, para que con ello además se logre la descongestión de la justicia contencioso administrativa.

La impugnación ante la administración del acto administrativo cuya revisión de legalidad constituye el objeto del proceso judicial, es una oportunidad para que la administración revise directamente su decisión y proceda a corregirla en caso de que se haya equivocado y a reconocer directamente el derecho cuyo reconocimiento debería reclamarse del juez en caso de respuesta negativa de la administración.

No son pocas las veces que aún en la decisión del recurso de reposición, la administración cambia su decisión¹⁸ y evita el desgaste que implica tanto para el administrado como para el Estado, el trámite de un proceso judicial. Con la misma filosofía se defiende el intento de conciliación prejudicial, etapa en la que la presencia de un tercero cualificado, el agente el Ministerio Público, quien además tiene facultades para proponer fórmulas de arreglo, puede llegar a evitar el litigio con una fórmula conciliatoria.

Este mecanismo unido al deber de la administración de aplicar la ley en condiciones iguales y a los efectos vinculantes para la administración, de las sentencias de unificación del Consejo de Estado frente a casos con supuestos de hecho y de derechos idénticos, deben conducir a la reconsideración de sus decisiones por parte de la administración y a los arreglos prejudiciales, con un importante efecto en el logro de la descongestión de la justicia contencioso administrativa, cuya existencia se justifica frente al desconocimiento, por parte de la administración, de los derechos de los administrados que entonces se ven compelidos a acudir ante el juez en busca de tal reconocimiento.

- **18** El Gobierno Nacional en la Comisión de Reforma al Código Contencioso Administrativo presentó las estadísticas relacionadas con las decisiones que fueron revocadas por la administración por virtud de la interposición de los recursos de reposición, apelación y revocatorias directas durante los años 2006 a 2008. Así, mediante Oficio n.º OFI08-23702-OAJ-0410 de 11 de agosto de 2008, el Ministerio del Interior y de Justicia afirmó que durante ese lapso de tiempo conoció de 158 recursos de reposición de los cuales fueron revocados 14; la Superintendencia de Vigilancia por Oficio n.º 3000/2008 de 6 de agosto de 2008, aseveró que durante los años 2006 y 2007 se interpusieron 487 recursos de reposición, apelación y revocatorias directas y 206 fueron resueltos favorablemente; la Superintendencia de Industria y Comercio en las estadísticas presentadas a la Comisión determinó que durante los años 2006, 2007 y mitad del 2008, se presentaron 17.543 recursos de reposición y apelación los cuales dieron lugar a que se revocaran 2.088 decisiones; la Superintendencia Financiera por Oficio n.º 70200 de 11 de agosto de 2008, afirmó que durante el periodo comprendido entre el 6 de agosto de 2006 y 31 de julio de 2008 se formularon 733 recursos de reposición, apelación y revocatorias directas y 167 fueron resueltas de manera favorable; el Ministerio de Comunicaciones, Oficio n.º 000581 de 4 de agosto de 2008, manifestó que entre el 2006 y 2008 se interpusieron 148 recursos de reposición, los que dieron lugar a que se revocaran 33 decisiones; la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en Oficio de 12 de agosto de 2008, sostuvo que desde el año 2006 hasta esa fecha se presentaron 41.665 recursos de reposición y de apelación y 23.342 decisiones fueron revocadas.



3.3 Fortalecimiento de los poderes del juez.

3.3.1 El rompimiento del mito de la jurisdicción rogada

Al juez como director del proceso y con la única finalidad de lograr la tutela judicial efectiva, a través de la eficacia del proceso, evitando fallos inhibitorios y logrando el plazo razonable en su trámite, se le dotó de poderes de ordenación del juicio que debe ejercer dentro de los parámetros establecidos en las normas. Se le ha dotado de discrecionalidad en beneficio del proceso, sin que ello signifique arbitrariedad en las decisiones que adopte, las cuales, deberán estar suficientemente motivadas como una garantía para las partes de que no se les sorprenderá con decisiones no amparadas en la norma o adoptadas sin fundamento alguno.

Es así como a lo largo del trámite del proceso y con el fin de conducirlo hacia una sentencia de fondo dictada en un plazo razonable, esto es con el propósito de evitar un fallo inhibitorio o tardío, el nuevo código establece que el juez desde cuando estudia la demanda para su admisión, debe además de revisar el cumplimiento de los requisitos con tal propósito, adoptar las previsiones necesarias para conducirlo por la vía de un proceso eficaz que culmine con sentencia de fondo, y en caso de demostrarse los supuestos de hecho establecidos en la norma para el reconocimiento del derecho reclamado, proceder a acceder a las súplicas de la demanda.

Poderes que a su vez tienen el carácter de deberes, en tanto no es potestativo del juez ejercerlos como quiera que se justifican en el logro del acto final en debida forma, lo cual se alcanza con un trámite en debida forma. Cabe tener presente que el artículo 77 del decreto 250 de 1970, establece que “Los funcionarios y empleados deben cumplir con los deberes que los respectivos códigos de procedimiento señalen y los empleados, además, con los que establezcan los reglamentos y con las instrucciones del superior.” Norma en relación con la cual el insigne profesor Hernando Devis Echandía, señalaba, que “muy importante es el hecho de que nuestra ley procesal civil ha consagrado expresamente el principio, muy olvidado por los jueces, de que cuando ella les otorga ciertas facultades para que practiquen una mejor justicia, es un deber de ellos utilizarlos siempre que se presenten las circunstancias previstas en la misma ley para su ejercicio.¹⁹

Desde el control a la demanda, y en un claro mensaje de abandono al mito de la jurisdicción rogada, el Juez tiene el poder de encauzar el proceso hacia una sentencia de fondo. Así, aunque el actor conserva el deber de individualizar con toda precisión los actos administrativos que son objeto de demanda, y por tanto de integrar el *petitum* con el acto administrativo definitivo o principal y con aquellos



a través de los cuales fueron resueltos los recursos propuestos en su contra ante la misma administración, se ha dejado al Juez la posibilidad de disponer tal integración cuando la demanda no la contenga. En esa vía el artículo 163 estableció que “*si el acto fue objeto de recursos ante la administración se entenderán demandados los actos que los resolvieron.*”. En consonancia con ese mandato y para garantizar el conocimiento oportuno por parte del juez de los actos que se produjeron con ocasión del acto demandado, el artículo 175-7, dispone como deber para el demandado, al contestar la demanda, el de “*allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder.*”

Así, cuando al inadmitir la demanda el juez *ab initio* observe la inadecuada formulación del *petitum*, o lo propio suceda en la audiencia inicial al fijar el litigio, el juez debe remediar la situación procediendo a integrarlo correctamente, para que la *litis* se entienda trabada no solo en relación con la solicitud de nulidad invocada en la demanda, sino también en relación con los actos integradores del definitivo o principal que se produjeron como consecuencia de los recursos a través de los cuales se impugnó el acto ante la administración, todo ello en desarrollo de los principios de celeridad y eficacia que marcan el proceso judicial²⁰ y cuyo logro el legislador ha hecho descansar fundamentalmente en el Juez, sin perjuicio de la garantía del debido proceso y el derecho de defensa del demandado, a quien debe notificarse de esa integración del *petitum* realizada oficiosamente y corrérsele traslado.

También rompiendo con el mito de la jurisdicción rogada, la nueva ley refuerza el principio inquisitivo para el proceso de nulidad por inconstitucionalidad en contra de los actos expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, al punto de que si bien es cierto que la petición de parte sigue constituyendo el acto que por excelencia da inicio al proceso, cabe destacar que en el parágrafo del artículo 135, expresamente se establece que el Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda, y por tanto podrá fundar la decisión de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional.

De igual manera la misma norma y con ocasión de la figura de la unidad normativa, faculta al Consejo de Estado para cobijar con la decisión de nulidad por inconstitucionalidad normas no demandadas, pero que conformen unidad normativa con aquella que si lo fue.

De lamentar que tales poderes no hubieran llegado hasta la nulidad por consecuencia de los actos administrativos particulares proferidos con fundamento en un acto general que es declarado nulo. Si la nulidad tiene efectos retroactivos al momento del

• **20** El artículo 37 del C. de P. Civil establece entre los deberes del Juez, y en primero lugar, el de “Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.”



nacimiento del acto, todos los efectos que se produzcan durante su vigencia están afectados de nulidad, y por tanto ésta debía proceder bien sea de pleno derecho o bajo el régimen de anulación, pero, de oficio, dentro del juicio de nulidad del acto general. Un estado social de derecho, que consagra con rango constitucional los derechos fundamentales, incurre en una grave contradicción cuando se protege en las caducidades para mantener la vulneración a tales derechos y de otros de rango legal. Esa situación que permanece, comporta el desconocimiento de los derechos sustanciales por cuenta de la exigencia de demanda de cada afectado para su respectiva reclamación.

En síntesis se pretende con las modificaciones mencionadas, que el proceso cumpla con su finalidad, proferir una sentencia de fondo y evitar en cambio que culmine con sentencia inhibitoria, la cual se constituye en la negación de la teleología de derecho de acceso a la justicia.

3.3.2 La flexibilización del proceso

En una nueva dimensión del postulado conforme al cual las normas procesales son de derecho público y orden público y, por consiguiente de obligatorio cumplimiento, y en ningún caso, podrán ser derogadas modificadas o sustituidas por los funcionarios o particulares salvo autorización expresa de la ley, el nuevo código diseñó el proceso ordinario bajo un esquema mixto que mezcla el sistema escriturario con el oral, en tanto escrita la primera parte (demanda, respuesta, excepciones, contrademanda, llamamiento en garantía), y oral el adelantamiento de las etapas siguientes: audiencia inicial, audiencia de pruebas y audiencia de alegaciones y juzgamiento, pero, sin que ello constituya un marco de fuerza, en tanto permite al juez, y siempre que las especificidades del proceso así lo impongan con miras a garantizar la aplicación de los principios de eficacia y celeridad, prescindir de algunas de esas etapas, o realizarlas por el sistema escrito, dejando a un lado la oralidad.

El artículo 179 después de establecer que el proceso se adelantará en tres etapas, la primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial, la segunda desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas, y la tercera, desde la terminación de la anterior, comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento y culmina con la notificación de la sentencia, permite que cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, el juez prescinda de la segunda etapa y proceda a dictar la sentencia dentro de la audiencia inicial, dando previamente a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión. Disposición que no es totalmente novedosa, en tanto el actual código en el artículo 209 permite prescindir de la etapa probatoria cuando el asunto es de puro derecho o no haya pruebas para practicar.

En la misma línea el artículo 181 inciso final le permite al juez prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y en cambio correr traslado para que se presente



el escrito de alegaciones y dictar sentencia, cuando considere innecesario realizar la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

Los criterios de necesidad de la audiencia deben estar determinados por la aplicación de los principios de economía procesal y celeridad, y por ello la decisión de prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento para en cambio optar por el trámite escrito, debe estar fundada en razones que constituyan desarrollo directo de tales principios, como sucede en el caso, para el cual se concibió, de procesos idénticos que se inician como producto de una misma actuación de la administración que ha generado daños a varios sujetos, caso en el cual, la identidad en la causa en tanto se refiere a hechos y fundamentos de derecho, revela la inutilidad de que el juez se constituya en audiencia repetidas veces para oír las mismas alegaciones de las partes y proferir oralmente sentencia en los mismo términos. Un ejemplo típico es aquel que proviene de los daños causados con un acto de reestructuración de una entidad, o con un acto que niega una prestación a todos los empleados de una entidad estatal.

Lo anterior sin perjuicio de la consagración de la idoneidad de las acciones de grupo también para cuando el daño proviene de actos administrativos, como expresamente lo permitió el artículo 145 en tanto dispuso la procedencia de esta acción para cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, caso en el cual podrá solicitarse su nulidad si es necesaria para determinar la responsabilidad, siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio.

3.3.3 En materia probatoria

También en desarrollo del principio inquisitivo y en búsqueda de la justicia material, sin que ello conduzca al desequilibrio del principio de paridad de armas en el proceso, son varias las facultades que el juez puede ejercer en el tema probatorio, algunas ya existentes y otras que constituyen una novedad. Así, se mantiene la posibilidad del decreto de pruebas de oficio, tanto en la audiencia inicial por el juez o por el ponente para el esclarecimiento de la verdad y antes de dictar sentencia por el juez o a la sala, para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda, poder éste que es una réplica de lo que hoy consagra el artículo 169.

Por otra parte, la práctica concentrada de las pruebas debe lograrse en la misma audiencia, la cual solo se podrá suspender cuando sea necesario para surtir el traslado de la prueba o cuando a criterio del juez la complejidad de la prueba lo haga necesario. No se dejó a las partes la facultad de solicitar la suspensión de esa audiencia.



3.3.4 Control de legalidad del proceso

Como constante en el nuevo código está la eficacia del proceso, lograda a través de una sentencia que decida de fondo. Para ello, además de los deberes-facultades del juez en relación con la demanda, su admisión y la fijación del litigio, el nuevo código bajo la estructura de un proceso repartido en etapas y en aplicación de la preclusión que en materia de nulidades propuso la ley 1285, establece que el juez agotada cada etapa del proceso, tiene el deber de oficio o a petición de parte, de sanear los vicios que acarreen nulidades, los cuales salvo que se trate de hechos nuevos, no podrán ser alegados en etapas posteriores.

Aunque no lo dice la norma, como tampoco lo hace la estatutaria, es claro que solo se refiere a las nulidades saneables, porque la preclusión de las etapas no convalida vicios insaneables, como la falta de jurisdicción o de competencia funcional, o el actuar dentro de un proceso legalmente terminado. Estas irregularidades, de carácter sustancial, afectan el proceso de tal manera que no es dable su saneamiento.

En el ejercicio por parte del juez de esta facultad deber, está asistido por las partes, quienes tiene iniciativa para proponer la nulidad, so pena de que ésta se sanee por la finalización de la etapa en la cual se produjo la irregularidad que la genera. Carga procesal que corresponde a las partes en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia²¹.

Control de legalidad que se extiende al tema probatorio en tanto en desarrollo de norma estatutaria contenida en la Ley 1285, se dispuso que el juez debe excluir toda prueba obtenida con violación al debido proceso, dada su nulidad de pleno derecho, así como aquellas que sean consecuencia necesaria de las excluidas.

Por otra parte y para encauzar correctamente el proceso desde sus inicios, cuando en la demanda solo se formule pretensión de nulidad y el juez advierta que como consecuencia de esa declaración automáticamente se producirá restablecimiento del derecho, en lugar de permitir que el proceso se encamine hacia un fallo inhibitorio, tiene el deber de advertirlo en el auto admisorio de la demanda, para surtir el trámite que corresponde a la pretensión de nulidad acompañada de la de restablecimiento del derecho, lo cual comprende la exigencia de los requisitos propios de este tipo de pretensiones, tales como la legitimación del demandante y su formulación oportuna.

- **21** Al fijar el objeto y principios del nuevo código, en cuanto se refiere a la actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en el artículo 103, apartándose de la tradición de identificar el objeto de la jurisdicción con competencia, se estableció: Artículo 103. *Objeto y principios.* Los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico. /.../ Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.”



3.3.5 Las medidas cautelares

Para la fecha en que se expide el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez encargado del juzgamiento de todas las actuaciones del Estado, excepción hecha de la judicial y la legislativa, dada su competencia edificada en el factor subjetivo u orgánico, ostentaba diferentes poderes, según el proceso que estuviera tramitando. Los más amplios para ordenar medidas cautelares en el trámite de las acciones populares y de tutela, donde los derechos a proteger ostentan una especial categoría (fundamentales y colectivos), al punto de que incluso están concebidas medidas innominadas y que le permiten al juez dar a la administración las órdenes que considere necesarias para lograr la protección inmediata de esos derechos, cuando a ello haya lugar, en consonancia con las órdenes que a su vez puede dar en la sentencia y que son de la más amplia gama.

Los medios procesales para la protección de derechos de especial categoría, también comportan el central de la actividad de la administración en tanto la conducta vulnerante de los derechos fundamentales o colectivos, por ello resulta incomprensible que en los procesos ordinarios, esto es aquellos adelantados con ocasión del ejercicio de las acciones típicas o tradicionales consagradas en el Código Contencioso Administrativo, destinadas al control de la actividad de la administración en sus más diversas manifestaciones, el mismo juez apenas dispone como medida cautelar de la de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos ante la ostensible vulneración de la norma superior por parte del acto administrativo, medida casi inocua debido al rigor con el que la jurisprudencia ha entendido el requisito de ostensible o manifiesta ilegalidad. Esta situación incide directamente en la congestión que afecta a esta jurisdicción, dado que el administrado hace uso de las acciones denominadas constitucionales en las cuales halla la eficacia que está ausente en los procesos adelantados en ejercicio de las acciones ordinarias, que empiezan a caer en desuso debido a su ineficacia, o simplemente la decisión que en ellas se adopte marca el comienzo para el trámite de una acción de tutela.

Por otra parte, la tutela judicial otorgada 15 años después de haberse presentado la conducta vulnerante, es un elemento que incide de manera importante en la congestión, en tanto la administración prevalida de la demora de la jurisdicción para adoptar una decisión y la mayoría de las veces ante la falta de recursos para reconocer los derechos reclamados como sucede en el caso de las pensiones, niega las reclamaciones en sede administrativa y dilata el problema en el tiempo, a pesar del costo que ello significa por el pago de actualizaciones e intereses y del desgaste del aparato judicial para la decisión de un tema que debió haber sido resuelto por la administración.

Frente a esa situación el nuevo código propone de manera ordenada y reglada el uso por el juez de lo contencioso administrativo, de las medidas cautelares, tanto cuando funge como juez en un proceso que busca la protección de derechos fun-



damentales o colectivos, como cuando dirige un proceso de revisión de legalidad o de reconocimiento de derechos subjetivos.

Reforma que pretende varios propósitos: (i) lograr la tutela judicial efectiva, distorsionada por la demora de que adolece esta jurisdicción en el trámite de sus procesos, dada la inmanejable congestión que en ella existe, derivada de la gran demanda de los usuarios de justicia, frente al sistemático desconocimiento, por parte de la administración, de los derechos que los administrados reclaman ante ella; (ii) unificar los poderes que puede ejercer el juez de lo contencioso administrativo, tanto cuando actúa en busca de la protección de derechos de especial categoría, como cuando actúa en el trámite de un proceso en el cual se han formulado pretensiones que tienden a controlar la actuación del Estado, en tanto vulnerante de derechos subjetivos amparados en las leyes²²; (iii) regular los requisitos para decretar medidas cautelares en los juicios destinados a la protección de derechos de especial categoría y (iv) regular, de manera clara y coherente, los poderes del juez en relación con las medidas cautelares, en lo que concierne a su determinación, descripción, proceso y responsabilidad tanto de quien las solicita como de su destinatario.

Es así como el nuevo código con el objeto de proteger y garantizar provisionalmente el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, consagra medidas cautelares genéricamente concebidas como preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, siempre que se cumpla con los requisitos que para su procedencia han sido decantados por la doctrina, esto es el *fumus bonis iuris* o la apariencia del buen derecho del demandante, el *periculum mora* o peligro de la mora en el logro de la efectividad de la tutela judicial y la ponderación del interés general y el particular, que dé como resultado la mayor afectación para el interés general por la no aceptación de la medida de cautela.

Presupuestos cuyo cumplimiento depende del cumplimiento de los siguientes requisitos plasmados en la norma:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. 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.

• **22** El párrafo del artículo 239, dispone: “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 regirán por lo dispuesto en este capítulo y podrán ser decretadas de oficio.”



Requisitos en cuyo cumplimiento el precedente judicial y especialmente las sentencias de unificación a que se refieren los artículos 269 y 270, se constituyen en la prueba por excelencia para la demostración de los 3 requisitos referidos.

Con el propósito de concretar las medidas cautelares y por esa vía circunscribir sus límites a los presupuestos del principio de legalidad al cual el juez está sometido, expresamente se estableció como medidas las siguientes:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.

2. 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.

3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.

4. 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.

5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.

Cabe precisar que todas estas medidas ya tenían consagración en el ordenamiento jurídico y el juez de lo contencioso administrativo estaba facultada para decretarlas, pero solo cuando actuaba dentro de procesos iniciados con ocasión del ejercicio de las acciones populares y de tutela²³, vías que se habían convertido en sucedáneas y en el peor de los casos en la fórmula continuadora de los juicios ordinarios, por eficaces y por la filosofía de poder hacer todo, que normalmente acompaña al juez cuando actúa dentro del marco de estas acciones.

Así, la regulación de las medidas cautelares contenida en la ley 1437 tiene la virtud de exigir al operador judicial la constatación del cumplimiento de presupuestos claros, objetivos y uniformes, para decretar una medida cautelar. En consecuencia, se impone al juzgador el análisis de la relación directa entre la medida cautelar y las pretensiones de la demanda.

• **23** Con excepción de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, medida de rango constitucional



En efecto, el catálogo de medidas contenido en la norma impone para su uso, la directa relación entre la medida y lo pretendido en la demanda. Así, la orden de mantener la situación, o de que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible, está destinada dentro de los procesos ordinarios a las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho, en tanto el acto transgresor produce un cambio en los derechos subjetivos de la persona destinataria del mismo, que en veces, es posible retrotraer. A la posibilidad de suspender los efectos del acto administrativo, dado su oposición al ordenamiento jurídico, se une la posibilidad de volver las cosas al estado en que se encontraban antes de que éste se produjera, situación a la que ya se le había abierto paso, al menos por la Sección Segunda del Consejo de Estado, cuando al decidir la suspensión provisional de un acto de declaratoria de insubsistencia, dada su ostensible ilegalidad, además dispuso el reintegro provisional a su cargo del demandante.

Claramente se deduce la viabilidad de la aplicación de esta medida en materia contractual, cuando la conducta vulnerante del derecho subjetivo amparado en una norma, lo sea el acto administrativo y en cambio la naturaleza misma de la pretensión de reparación directa en la que solo se persigue la indemnización por el daño que ya se ha causado con la acción, la omisión, la operación administrativa o la ocupación de inmueble, descarta la procedencia de esta medida. Igual puede predicarse de las pretensiones de incumplimiento y la consecuente indemnización en materia contractual.

Aquellas consagradas en los numerales 4 y 5, esto es, la orden de adoptar 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, es viable frente a las acciones populares y de tutela, en las que el juez, en la sentencia decreta disposiciones de igual tenor con el fin de evitar o suspender la vulneración de derecho e intereses colectivos, dado que, se insiste, la ley exige que la medida cautelar debe guardar congruencia con las pretensiones de la demanda. Eventualmente podría concebirse en las acciones de reparación directa, donde se busca además del pago de una indemnización la orden de atención médica de quien ha resultado lesionado con la actuación de la autoridad pública.

Igualmente la medida cautelar de impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer, frente a la congruencia que se impone con las pretensiones, también surge como idónea para aquellos procesos en los cuales se persigue la protección de derechos fundamentales o colectivos, en los cuales y conforme a normas vigentes desde 1991 y 1999, el juez tiene los más amplios poderes para ordenar tales disposiciones.

Cabe precisar que la norma deja a salvo la discrecionalidad de que dispone la administración en algunas materias cuando expresamente, después de enlistar las



medidas que puede adoptar el juez, perentoriamente determina en el párrafo del artículo 230, que 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.

La correcta interpretación de la norma no puede ser la de que el juez no adopta la decisión que corresponde a la administración pero le ordena a esta adoptarla. La discrecionalidad que acompaña a la administración en algunas de sus actuaciones y el respeto a la separación de poderes, imponen como correcto entendimiento de la norma, que la orden que impone el juez a la administración es la de adoptar la decisión que conforme a los criterios de discrecionalidad le corresponda.

4. La conclusión

El propósito que llevó a la modificación del código contencioso administrativo, lograr la tutela judicial efectiva en armonía con el nuevo orden constitucional, queda garantizado con todas las medidas allí adoptadas y que tienden directa o indirectamente a la protección de este derecho con el carácter de fundamental.

La certeza sobre el juez de la causa; el abandono del mito de la jurisdicción rogada; la consagración de elementos para acelerar el trámite del proceso; el establecimiento de mecanismos que buscan el adelantamiento normal del proceso para que culmine con sentencia de fondo; el poder del juez para decretar pruebas de oficio y eliminar las ilegales; la disposición de mecanismos más eficaces para el pago de las condenas y por sobre todo la consagración de medidas cautelares, particularmente las anticipatorias, hacen de la nueva codificación un instrumento eficaz para alcanzar la tutela judicial efectiva y de paso fortalecer la legitimidad del Estado.



El Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo desde la perspectiva del Derecho comparado

Por: Luciano Parejo Alfonso
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

La reciente Ley 1437, de 18 de enero de 2011, por la que se aprueba el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo (en adelante, el nuevo Código), constituye, desde luego, una pieza capital en el funcionamiento del Estado de Derecho colombiano, pues tiene por objeto, precisamente, la regulación de la actuación unilateral de la Administración pública y su control posterior por parte del Poder Judicial.

Reforma entonces de primera importancia que, en las líneas siguientes, será sumariamente analizada desde la perspectiva comparada del Derecho continental europeo, pues, no obstante las lógicas diferencias entre ambos ordenamientos, es igualmente cierto que guardan un fondo común que permite ofrecer, quizás, una visión más completa y cabal de la importante función asignada al nuevo Código.

De esta manera, y más allá de las diferencias técnicas e institucionales, cabe afirmar, de entrada, que la reforma operada por el nuevo Código es claramente positiva. En efecto, las soluciones aportadas responden con carácter general a la mejor evolución y desarrollo de las instituciones del Derecho administrativo y son, en muchos casos, incluso innovadoras. Esto es, y sin perjuicio del mantenimiento de lo mejor de la raíz francesa, el sistema colombiano ha alcanzado plena madurez sobre bases que le son propias.

Desde el punto de vista del principio del Estado de Derecho, y más allá de la posibilidad de discusión de concretas técnicas y regulaciones, cabe resaltar así la excelencia del nuevo Código al garantizar la legalidad del poder público, la plenitud y efectividad de la tutela judicial, así como de la garantía de la plena independencia del poder controlador, el Poder Judicial.

El carácter reformador del nuevo Código luce, por ejemplo, en la introducción rigurosa y excelente de los medios electrónicos tanto en la actuación administra-



tiva como en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con todos los riesgos que, sin duda, conlleva en algunos casos su aplicación a muchas de nuestras comunes instituciones jurídicas. Riesgos que desde el enfoque del Estado democrático se traducen, en último término, en la propia actuación de los poderes, porque el Parlamento formaliza la voluntad general en decisiones legales que luego el poder público administrativo debe ejecutar en su propio espíritu. Por tanto, y en principio, el Poder Judicial controla desde la opción que el sólo legislador ha establecido inicialmente pero, entonces, y mediante los medios electrónicos se introduce un nuevo aspecto en la secuencia de la programación de la Ley, que es la electrónica. Programación que es diferente a la programación legal, jurídica, que ha efectuado el legislador y que puede distorsionar el programa legislativo. De cualquier forma, no es esto ningún inconveniente o impedimento, sino simplemente una llamada a la reflexión acerca de la necesidad de estudiar muy especialmente los términos en que se traduce el programa normativo en términos de programa electrónico.

Desde otra perspectiva ya muy distinta, es quizá reseñable también la utilización decidida tanto en el procedimiento administrativo como en la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en la fase de ejecución de las Sentencias, de las multas coercitivas sucesivas directamente reguladas por la nueva Ley y, por lo tanto, de directa aplicación desde el propio Código.

Y, de la misma manera, destaca igualmente la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado (art. 102), que se traduce en un proceso de retroalimentación-aprendizaje que resulta más acabado y mejor realizado aquí que en Europa. En efecto, tradicionalmente se han constatado dificultades en los distintos sistemas administrativos en cómo lograr, aparte de la programación que de la Administración hace el legislador, el aprendizaje de la propia Administración Pública para lograr salvar el desfase de tiempo que existe entre la actuación administrativa y su control judicial. Aprendizaje de ese programa normativo corregido aquí a través de la jurisprudencia Contencioso Administrativa y que me parece de especial interés. Se ha introducido pues, con la modificación del Código, una técnica que indudablemente habrá de contribuir, si tiene éxito, a un aseguramiento real de la sujeción al Derecho de la actuación administrativa.

Establecido esto anterior con carácter general, en lo que ahora sigue haré referencia a algunas de las soluciones que más pueden llamar la atención desde un punto de vista ajeno al ordenamiento colombiano.

Aspecto sin duda muy enfatizable es la opción por la regulación conjunta del procedimiento administrativo y del procedimiento contencioso-administrativo, materias que en Derecho comparado generalmente son reguladas de forma separada: el procedimiento de la actuación del poder (controlado) y la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (controlador).

En la medida en que no se conocen todas las claves últimas de esta opción, cabe saludar tal iniciativa, sin perjuicio de apuntar, al mismo tiempo, la dificultad que plantea



la aludida regulación unitaria desde la perspectiva del Estado Derecho. Pues, en efecto, el tratamiento tradicionalmente separado de ambas regulaciones obedece a que la Administración Pública y el procedimiento administrativo, de un lado, y la Jurisdicción Contencioso-administrativa y el control-tutela, de otro, no son magnitudes homogéneas. Mientras que en el segundo ámbito, el del control y la tutela judicial propio del contencioso-administrativo, el control jurídico es externo y ligado al Estado de Derecho, en la primera magnitud operan concurrentemente las perspectivas propias del Estado de Derecho (en la que el procedimiento es garantía) y del Estado democrático y social (realización del interés general dentro de la legalidad).

Por lo que hace a la regulación del procedimiento administrativo, hay que notar que el nuevo Código parte de una interpretación de gran amplitud en virtud de su extensión a “lo administrativo” en sentido objetivo-funcional, no restringido por tanto a su alcance subjetivo; esto es, toma el Derecho administrativo como Derecho público común del poder público. Pues, en efecto, aparece referido a todas las ramas de éste y a los particulares como ejercientes de funciones administrativas. Lo que significa así que existe un régimen jurídico-público de las relaciones en las que opera una función pública e interviene una autoridad. El concepto de autoridad aquí manejado es, por tanto, del todo equivalente al concepto funcional manejado por el Derecho comunitario europeo.

Pero si esto es así, parece quizá precisada de alguna clarificación -salvo las cuestiones militares, que en Europa siempre han estado diferenciadas- la exclusión de las llamadas actuaciones requirentes de “aplicación inmediata” y de libre nombramiento y remoción, pues ni la inmediatez ni la libertad significan ausencia de procedimiento y tampoco debe entenderse que quedan exentas del núcleo de los principios del Capítulo I del nuevo Código. Es más, y sobre la base de la indicada conveniencia de la clarificación de la relación entre actuación y procedimiento, y como quiera además que la parte primera del Código incluye principios que extravasan realmente el ámbito del concreto concepto del procedimiento administrativo, cabría entonces interpretar la parte primera del Código en el sentido de la nueva ciencia del Derecho administrativo elaborada en los últimos tiempos por la mejor doctrina de Alemania, es decir, como marco directivo de la entera actuación pública (formalizada/procedimentalizada o no).

De otro lado, hay que aplaudir también la pretensión de compleción de la regulación procedimental establecida en el nuevo Código para asegurar la sujeción de la entera actuación administrativa. No obstante, quizás sería conveniente alguna precisión de este extremo en el sistema de fuentes (últ. párr. art. 2 y art. 34), dada la tradicional tensión del procedimiento general-común y el especial. Pues aunque parece que prima en todo caso el general-común, ello no queda claro, finalmente, en virtud de la cláusula de aplicación supletoria.

Desde el punto de vista comparado y la perspectiva tradicional del Estado de Derecho en cuanto cifrado en la reducción del poder a Derecho, que es la que enfatiza el Código, sorprende no obstante:



1º. La escasa densidad regulatoria de la discrecionalidad (art. 44), pues no basta con la mera apelación a la adecuación a un fin de la norma y al principio de proporcionalidad. Sin perjuicio de lo anterior, es necesario, en efecto, nutrir el control de la discrecionalidad mediante las técnicas de los hechos determinantes, los elementos reglados (no existe, en efecto, y en la práctica, la discrecionalidad pura o total) y los principios generales del Derecho.

2º. La previsión de la caducidad como una facultad sancionadora por el transcurso del tiempo desde el acaecimiento de los hechos. Para el Derecho europeo continental, la facultad (potestad) es Derecho objetivo (atribución por norma), la cual, por definición, no puede quedar sujeta a caducidad, pues solo puede tener y tiene vigencia (quedando así vinculada a la lógica propia de ésta).

Por el contrario, resulta muy interesante -siempre desde la perspectiva comparada- el mantenimiento de los recursos administrativos (reposición, apelación, queja; arts. 74 y sgs.) frente a la crisis -no generalizada en el continente; pero desde luego sí en España- de la figura de los recursos internos o frente a la propia Administración autora del acto. Aunque siempre hay aspectos enfrentados, esta confianza en el poder público es de saludar desde el punto de vista del ahorro de costes de transacción y de cargas para los interesados, además de consistente con la lógica interna de funcionamiento de la Administración pública.

En relación con la regulación del llamado silencio administrativo (existente fragmentariamente en Francia y sí desde luego en España) el nuevo Código se alinea con esta última opción. Aunque se trata de una figura del todo cuestionable en el marco de la satisfacción de los intereses generales que orienta la entera actuación de la Administración pública, el Código da una solución plausible (superior a la española) a la acreditación de la producción del acto (art. 85).

En la Administración Pública compleja actual, en efecto, el silencio suscita -sea dicho con la brevedad que impone esta exposición- los siguientes interrogantes de difícil explicación:

i) respuesta binaria reduccionista (si/no, cuando la respuesta puede ser más matizada y compleja sobre todo en presencia de multiplicidad de intereses que deben ser cohonestados con el interés general o público);

ii) inadecuación al carácter proteico de las tareas múltiples de la Administración por puro reduccionismo mecánico de la reacción;

iii) Es más, alteración de la economía del Derecho público administrativo en cuanto satisfacción del interés general y a través de correcta realización de la protección derechos e intereses legítimos, pues conduce a la potenciación de la posición privada al permitir convertir la cuestión de fondo o sustantiva en una



cuestión de mero cumplimiento formal de la obligación del sujeto público de resolver en plazo. Sorprende entonces la acogida de esta técnica en este Código de visión funcional-objetiva (no subjetiva), aunque también es cierto que corrige su principal consecuencia negativa: la consolidación de un acto ilegal favorable que la Administración Pública se ve obligada a destruir impugnándolo, toda vez que en el Código dicho acto es susceptible de revocación directa. Lo cual, de otro lado, priva al silencio positivo de su mayor efecto útil.

En realidad, y sin perjuicio de su utilidad en determinados (aquéllos en que opera clásicamente su juego), la técnica del silencio introduce complicaciones superfluas en la actividad administrativa, tanto más cuanto que la mera inactividad administrativa en la resolución de expedientes es fácilmente resoluble –sobre todo en un sistema de tutela-control como el del Código analizado– con la simple posibilidad de acceso al Juez transcurrido un tiempo. Solución más plausible cuanto que en el Código se prevé la muy interesante y progresiva fórmula de la posibilidad de la oferta de revocatoria directa del acto impugnado hasta el dictado de Sentencia en segunda instancia (art. 95).

Lo que lleva de la mano a la institución de la revocatoria directa, de muy inmediata conexión con el sistema alemán, la cual, y con independencia de la dificultad para su evaluación por alguien ajeno al sistema colombiano, suscita el problema de su adecuada relación con los recursos.

Figura de la revocatoria que nos conduce ya, sin solución de continuidad, a formular alguna reflexión sobre el control judicial de la Administración.

En este sentido, y sin perjuicio de la compleción de la tutela judicial que ofrece, parece posible vislumbrar en el Código un escoramiento –aunque no hay un claro abandono de la perspectiva del control– hacia el carácter subjetivo del proceso vía regulación de la procedibilidad. Hay aquí, pues, una evolución muy similar a la española, que requiere, en mi opinión, y como sucede en España, una cierta cautela en relación con el objeto del proceso a los efectos de no perder de vista nunca la posición, función y responsabilidad que según el orden constitucional corresponden al control judicial sobre la actividad administrativa y, por tanto, su clara vinculación a la división de poderes.

La regulación conjunta establecida en el Código requiere entonces una línea de armonización del objeto y del ámbito de aquél en los términos más arriba analizados en relación con el procedimiento, pues aquí el ámbito comprende la actividad/inactividad de todo tipo, incluso material, y no solo la unilateral formalizada.

La configuración de la Jurisdicción Contencioso-administrativa resulta impecable desde la perspectiva de la independencia y de su organización en un triple escalón que se encomienda correctamente a la organización del gobierno del Poder



Judicial. Hay que confiar en los buenos resultados que esta solución organizativa pueda aportar a Colombia, pues en España no puede decirse que haya resultado todo lo positiva que sería deseable.

Por último, que no en último lugar, merece destacarse el principio no formalista en el proceso; sobre todo en la integración de la relación jurídico-procesal de la intervención de terceros y coadyuvantes (arts. 223 y sgs.), así como también el inicio directamente con el trámite de la demanda, sin necesidad de la interposición, si bien la fase de alegaciones en este momento procesal es quizá más compleja.

De resto, y por lo que hace al sistema de acciones dispuesto en el Código, hay que decir que es más propio del modelo anglosajón/alemán, que del francés/español, aunque es cierto que del sistema francés procede sin duda la diferenciación entre acción de nulidad (proceso objetivo a la decisión) y acción de nulidad y restablecimiento/reparación (recurso de plena jurisdicción). Es más que discutible que ante la proteica acción administrativa este sistema sea superior al de cláusula general en función de la legitimación activa (pretensiones no tipificadas) que es el español, pero nada impide su adaptación a las circunstancias y su evolución, siempre que se aplique de forma flexible en sede judicial.

El Procedimiento Administrativo





Los principios del procedimiento administrativo en la ley 1437 de 2011 a la luz del derecho comparado Latinoamericano

Por: Allan R. Brewer- Carías

Profesor de la Universidad Central de Venezuela
Profesor honorario de las Universidades Externado de
Colombia, Javeriana y Rosario

En enero de 2011, en Colombia se dictó la **Ley 1437 de 2011** contentiva del nuevo **Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo**, que sustituyó el Código Contencioso Administrativo de 1984, el cual, hay que recordarlo, fue pieza legislativa única en el derecho administrativo comparado.

Durante varias décadas aquél fue el texto que reguló tanto el proceso contencioso administrativo que se desarrolla ante el Consejo de Estado y los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, con base en la normativa dispuesta cuando ésta fue creada en 1913, y modificada mediante Ley 167 de 1941; como el procedimiento administrativo que se desarrolla ante la Administración Pública, conforme a la normativa que le fue incorporada a partir de las reformas introducidas por el Decreto 2733 de 1959 y por la Ley 58 de 1982.

Fue en efecto, como consecuencia de esta última Ley 58 de 1982, que confirió facultades extraordinarias al Gobierno para modificar el Código y sus leyes complementarias, que se sancionó el texto del Código Contencioso Administrativo adoptado por Decreto No 1 del 2 de enero de 1984, en cuya redacción, a cargo de una Comisión Asesora, participaron destacados juristas de la época y de todas las épocas.

Con esa reforma de 1984 fue que precisamente se incorporó al Código el muy conocido Libro Primero destinado a regular el Procedimiento Administrativo, regulándose por primera vez en forma detallada el ejercicio del derecho constitucional de petición y las diversas etapas previas a la expedición de los actos administrativos, de cumplimiento obligatorio; y con mayor precisión, el proceso de revisión de los actos administrativos en vía gubernativa.

Con ese Libro Primero del Código puede decirse que en materia de procedimientos administrativos, Colombia se incorporó definitivamente en la corriente codificadora del derecho administrativo que venía consolidándose en América Latina, y que en un



proceso de aproximaciones sucesivas había sentado las bases legislativas de nuestra disciplina en el Continente, perfeccionándolas en cada etapa, la última de las cuales, sin duda, ahora es esta reforma del Código de 1984, que a partir de la Ley 1437 de enero de 2011 pasó a denominarse *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*.

Las disposiciones de la Constitución de 1991, sin duda, requerían que el Código de 1984 se actualizara y modernizara, y precisamente por ello, fue que el Gobierno de Colombia creó por decreto 4882 de 2007 una Comisión para la reforma del mismo, cuyo mandato fue prorrogado por decretos 3781 y 4004 de 2009, en la cual también participaron destacados juristas del país.

La reforma de 2011, entre muchos aspectos, incidió en la enumeración de los principios del procedimiento administrativo, la cual fue ampliada. A esos principios son los que quiero precisamente referirme, ubicándolos en el marco general del derecho administrativo comparado latinoamericano que en esta materia ha estado, sin duda, signado por el principio de la codificación del derecho administrativo.

I. La codificación del derecho administrativo en América Latina a través de la regulación del procedimiento administrativo

En efecto, puede decirse que el signo más importante de la evolución del derecho administrativo en América Latina durante las últimas décadas del siglo pasado hasta el presente, ha sido, precisamente, el proceso de su codificación que se ha materializado particularmente en la sanción de leyes reguladoras del procedimiento administrativo en general, uno de cuyos destacados ejemplos ha sido el Libro Primero del Código de Colombia.

En la actualidad, buena parte de los países de la región cuentan con leyes de esta naturaleza, y en todos ellos puede decirse que la historia del derecho administrativo se divide en dos grandes etapas en su evolución, referidas una a la etapa antes de la sanción de dichas leyes, y otra, a la etapa posterior, lo que sin duda también puede decirse que ocurrió en Colombia.

Con dichas leyes, en efecto se comenzó a dar un nuevo enfoque al objeto de nuestra disciplina, es decir, a la Administración Pública y a su actividad, comenzándose a regularla con mayor amplitud y precisión, tanto en sus aspectos sustantivos como en los referidos a su relación con los administrados. Estas leyes se apartaron entonces de las precedentes que se referían básicamente a la organización interna de la Administración, pasando a regular el conjunto de situaciones jurídicas en las cua-



les se encuentran en sus relaciones recíprocas tanto la Administración Pública como los administrados, normando el conjunto de poderes, prerrogativas y obligaciones de aquella, por una parte; y por la otra, los derechos y obligaciones de los administrados en sus relaciones con la misma.

Siendo ese el sentido central de la regulación de las leyes, las mismas cambiaron totalmente la situación tradicional de dichas relaciones, en las cuales el balance estaba siempre a favor de la Administración, con amplias regulaciones sobre sus poderes, potestades y prerrogativas y sobre las obligaciones de los administrados, y pocas sobre sus derechos. Ese balance fue el que se cambió sustancialmente, buscándose entonces una situación de equilibrio entre los poderes de la Administración y los derechos de los administrados, que en las leyes se buscó garantizar,¹ pasándose así a reforzar el principio de la legalidad.

De allí la precisa indicación que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia establece en su primer artículo respecto de la *finalidad* de su Primera Parte, destinada a regular el procedimiento administrativo, al indicar que el mismo busca, *primero*, “proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas”; *segundo*, garantizar “la primacía de los intereses generales”; *tercero*, asegurar “la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico”; *cuarto*, garantizar “el cumplimiento de los fines estatales”; *quinto*, asegurar “el funcionamiento eficiente y democrático de la administración”; y finalmente, *sexto*, asegurar “la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.”

En esta orientación, al cambiar totalmente el desbalance de los dos extremos de la relación de derecho administrativo y establecerse el necesario equilibrio entre ellos, las leyes de procedimiento administrativo han contribuido a generar en todos los países un cambio de actitud y de forma y método del actuar de la Administración Pública, procurando lograr que dejara de ser la Administración prepotente que sólo concedía dádivas o favores al administrado, quien por su parte, no tenía derechos, ni cómo reclamarlos y era aplastado y a veces vejado por la Administración. Con las nuevas leyes se sentaron las bases para que ello cambiara, de manera que el administrado que la Administración iba a enfrentar ya no fuera un sujeto indefenso, sino uno bien armado con muchos derechos frente a la Administración y con muchos mecanismos jurídicos para garantizarlos y para controlar cualquier actitud que significara su desmejora.

- **1** Véase en general nuestros trabajos en la materia con una perspectiva de derecho comparado: Allan R. Brewer-Carías, “Principios del procedimiento administrativo en España y América Latina,” en el libro *200 Años del Colegio de Abogados. Libro Homenaje*, Tomo I, Colegio de Abogados del Distrito Federal, Caracas 1989, pp. 255-435; *Principios del procedimiento administrativo* (Prólogo de Eduardo García de Enterría), Editorial Civitas, Madrid 1990; *Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina*, Universidad del Rosario, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003; y “*Principios del Procedimiento Administrativo. Hacia un estándar continental*,” en Christian Steiner (Ed), *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung, n. F. Konrad Adenauer, México 2009, pp. 163-199.



Este proceso de transformación del derecho administrativo mediante la codificación del procedimiento administrativo, debemos recordarlo, se inició en América Latina en la década de los setenta cuando en Argentina se sancionó la primera de las leyes nacionales sobre procedimientos administrativos que se dictaron en el Continente, que fue la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos de 1972, reformada por la Ley 21.682.

A ella, la siguió el Decreto Ley 640, sobre Procedimientos Administrativos dictado en el Uruguay en 1973, sustituido posteriormente por el Decreto 500 de 1991, sobre Normas Generales de Actuación Administrativa y Regulación del Procedimiento en la Administración Central.

Un lustro más tarde, en 1978 se sancionó la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, la cual no sólo reguló el procedimiento administrativo, sino materialmente todos los aspectos esenciales del derecho administrativo, por lo que siempre la he considerado como una especie de “manual” de esta rama del derecho, redactado en forma de artículos.² En ellos se encuentra explicado el derecho administrativo como si se tratase del desarrollo de un programa de un curso sobre esta disciplina, expuesto en un muy hermoso y rico texto, en cuya redacción contribuyó mi recordado amigo Eduardo Ortíz Ortíz.

Posteriormente siguió la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de Venezuela, de 1981;³ la cual, en la materia, fue luego complementada, con la Ley sobre Simplificación de Trámites Administrativos (Decreto-Ley 368 de 5 de octubre de 1999, reformada en 2008) y con la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, también reformada en 2008.

- **2** Véase Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios sobre los principios generales de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica” en *Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo*, Colegio de Abogados de Costa Rica, San José 1981, pp. 31-57; y en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLVIII, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1982, N° 1, pp. 47-58

3 Véase sobre la ley venezolana: Allan R. Brewer-Carías, “Comentarios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” en *Revista de Derecho Público*, N° 7, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, julio septiembre 1981, pp. 115-117; “Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en Venezuela” en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Vol. XLIX, N° 3, Institut International des Sciences Administratives, Bruselas 1983, pp. 247-258; “Comentarios sobre el alcance y ámbito de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en Venezuela” en *Revista de Control Fiscal*, N° 104, Contraloría General de la República, Caracas 1982, pp. 113-133; “Introducción al régimen de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”, en Allan R. Brewer-Carías (Coordinador-editor), Hildegard Rondón de Sansó y Gustavo Urdaneta, *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*, Colección Textos Legislativos, N° 1, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1981, pp. 7-51; y *El derecho administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Principios del procedimiento administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, 6ª edición ampliada, Caracas 2002.



Unos años más tarde, en 1984, fue que se produjo la primera reforma general del Código Contencioso Administrativo de Colombia, mediante la incorporación del Libro I sobre Procedimientos Administrativos, cuyo contenido también se complementó con las disposiciones del Decreto 266 de 2000 sobre Normas para la Simplificación Administrativa.

En 1987, por otra parte, se dictó la Ley de Procedimiento Administrativo de Honduras; y luego de un período de casi diez años, en 1994 se dictó en México, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. En ese mismo año, se dictó en Ecuador el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (Decreto Ejecutivo 1634 de 1994), que regula aspectos del procedimiento administrativo. Años después, en 1999, se sancionó la Ley 9.784 de Brasil que regula el proceso administrativo en el ámbito de la Administración Pública Federal; y en 2000, en Panamá, se dictó la Ley 38 contentiva del Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, que regula el Procedimiento Administrativo General. Al año siguiente en 2001, se sancionó la muy importante Ley 27.444 del Procedimiento Administrativo General de Perú, la cual tuvo su antecedente remoto en el Decreto Supremo 006-67-56 de 1967 el cual, aún cuando de rango parlamentario, fue el primer cuerpo normativo en la materia en América latina. Luego en 2002, se dictó la Ley 2341 de Procedimiento Administrativo de Bolivia, y finalmente en 2003, en Chile, se sancionó la Ley N° 19.880 de Procedimientos Administrativos.

Todos estos textos, por otra parte y en una forma u otra, tienen un rasgo común y es la influencia de la legislación española a través de las ya derogadas Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y Ley de Procedimientos Administrativos de 1958, las cuales fueron sustituidas por la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (modificada por Ley 4/1999 de 13 de enero de 1999), la cual, por su parte, por ejemplo influyó en la redacción de la Ley peruana de 2001. Por ello, el derecho administrativo latinoamericano, de haber estado influido en sus inicios sólo por los principios del derecho administrativo francés, a partir de la sanción de todas estas leyes ha pasado a estar también influido significativamente por el derecho administrativo español y su doctrina contemporánea.

Otro rasgo común del conjunto normativo sobre procedimientos administrativos en América Latina es que estas leyes abarcan todo el proceso de producción de las decisiones administrativas, lo que conduce a una muy importante regulación en relación con los actos administrativos, al punto de que podemos considerar que casi todas estas leyes son, básicamente, leyes relativas al régimen jurídico del acto administrativo. Así se resume, por ejemplo, en la Ley del Perú, en cuyo artículo 29, al definir el procedimiento administrativo, se lo entiende como el:



“conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.”

Por ello es que, por otra parte, en el desarrollo del derecho administrativo hayan sido estas leyes las piezas esenciales para el afianzamiento del principio de la legalidad,⁴ al constituir cuerpos normativos que incluso se aplican obligatoriamente a todas las autoridades administrativas, y no sólo a la Administración Pública del Poder Ejecutivo. Como lo precisa el artículo 1 del Código Colombiano, sus disposiciones:

“se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del Poder Público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.”

Previsión esta de gran importancia, y que recoge lo que es un signo común en el derecho administrativo latinoamericano, donde la Administración y la actividad administrativa en sentido lato están desligadas del “Poder Ejecutivo” constituyendo administraciones públicas las de los otros poderes del Estado e igualmente actividad administrativa la realizada por particulares cuando ejercen la función administrativa.

II. La enumeración de los principios del procedimiento administrativo en las leyes latinoamericanas

Otra característica general o rasgo común de estas leyes de procedimiento administrativo en América Latina, ha sido la enumeración en el propio texto de las mismas, del conjunto de principios generales que orientan el procedimiento,⁵ los cuales, por tanto, ahora ya no tienen que ser deducidos por el juez mediante interpretación,

- **4** Véase, Allan R. Brewer-Carías, “El principio de la legalidad en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos” en Revista del Consejo de la Judicatura, N° 22, Caracas, julio septiembre 1981, pp. 5-14; “El tratamiento del principio de la legalidad en las leyes de procedimiento en América Latina,” Revista AIDA, Asociación Internacional de Derecho Administrativo, No. 8, México, 2010

5 Véase en general sobre este tema, lo que hemos expuesto en los siguientes trabajos: Allan R. Brewer-Carías, Principios del procedimiento administrativo, Prólogo de Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, Madrid 1990; Les principes de la procédure administrative non contentieuse. Études de Droit Comparé (France, Espagne, Amérique Latine), Prólogo de Frank Moderne, Editorial Economica, París 1992; también publicado en Etudes de droit public comparé, Académie Internationale de Droit Comparé, Ed. Bruylant, Bruxelles 2001, pp. 161-274; y Principios del Procedimiento en América Latina, Universidad del Rosario, Editorial Legis, Bogotá 2003.



permitiéndole particularmente al juez contencioso administrativo, tener más precisas herramientas de control sobre la actuación administrativa.

La pauta en esta materia la marcó la primera de las leyes de procedimiento administrativo sancionadas en el Continente, que fue la Ley argentina, en la cual se enumeraron los principios que debían guiar el mismo incluyendo la “celeridad, economía, sencillez y eficacia en los trámites” (art. 1.b); principios que fueron recogidos posteriormente en todas las leyes posteriores, en un proceso de aproximaciones sucesivas, donde se fueron incorporando otros principios, ampliándose la enumeración.

Así sucedió en la década de los ochenta, en Ley de Honduras, donde se repitieron los mismos principios (“economía, simplicidad, celeridad y eficacia”) (art. 19), igual que sucedió en la Ley venezolana (“celeridad, economía, sencillez y eficacia”), agregándose allí a la lista, sin embargo, el principio de imparcialidad (art. 30). Estos últimos principios con arreglo a los cuales se debían desarrollar las actuaciones administrativas se repitieron en el Código Colombiano de 1984 (“economía, celeridad, eficacia, imparcialidad”), agregándose los de “publicidad y contradicción” (art. 3).

La enumeración del Código de Colombia se siguió ya en la década de los noventa en la Ley de México, agregándose a la misma enumeración inicial el principio de la buena fe (art. 13), que luego fue incorporado en varias legislaciones, entre ellas en la reforma del Código de Colombia de 2011. Igualmente en la década de los noventa, en la Ley ecuatoriana, a los principios ya arraigados en las leyes anteriores (“imparcialidad, economía, celeridad y eficacia”), se agregaron los de “informalidad y uniformidad,” y la indicación de que la función administrativa debía realizarse “sin menoscabo del debido proceso legal, con objetividad y con apego al principio de estricta legalidad” (art. 34). Igualmente en Ecuador, en la Ley de Modernización del Estado al referirse a los procesos de modernización se agregaron a los principios tradicionales (“eficiencia, agilidad”), los de “transparencia, coparticipación en la gestión pública y solidaridad social.”

Igualmente en la Ley No 38 de Panamá de 2000, entre los principios con apego a los cuales debe actuar la Administración Pública, además de los clásicos (“legalidad, eficiencia, eficacia”) y se agregan los principios de “calidad, transparencia y moralidad en la prestación de los servicios públicos” (art. 3,2). En sentido similar, ocurrió a finales de la década de los noventa, en la Ley de Brasil, a los ya asentados principios previstos en varias leyes (“legalidade, eficiência, ampla defesa, contraditório, moralidade,), se agregaron los “principios da finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, interesse público” (art. 2).; e igualmente en la última de las leyes que fue la Ley N° 19.880 de Procedimientos administrativos de Chile de 2003, a los principios ya adoptados en otras legislaciones que se repitieron (“gratuidad, celeridad, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, no formalización, transparencia y publicidad’), se agregaron los de “escrituración, conclusivo, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, “ (Art. 4).



Pero en ese proceso de aproximaciones sucesivas y de progresividad en la definición de principios del procedimiento, debe destacarse el aporte que significó en materia legislativa en la década de los noventa, la amplia y comprensiva enumeración que se incluyó en el Decreto Ley de Uruguay, donde en el artículo 2, además de indicarse que la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al derecho (legalidad objetiva), y de enumerarse los clásicos principios ya indicados conforme a los cuales debe actuar (“economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, informalismo en favor del administrado, contradicción, imparcialidad, buena fe, motivación de la decisión y gratuidad”), se agregaron los principios de “impulsión de oficio; verdad material; flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos; delegación material; debido procedimiento; lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario.”

Siguiendo esta orientación de enumeración exhaustiva, incluso en algunos casos los principios fueron establecidos con rango constitucional, como es el caso de la Constitución de Venezuela de 1999, en cuyo artículo 141 se precisó que:

“La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.”

Adicionalmente, en el caso de Venezuela, la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de 1999, reformada en 2008 agregó los siguientes principios a los ya enumerados en la Constitución o en la ley de procedimientos administrativos (simplicidad, transparencia, celeridad, eficacia, eficiencia, rendición de cuentas, responsabilidad en el ejercicio de la función pública), enumeró los siguientes principios en los cuales se debe fundamentar la simplificación de trámites administrativos y conforme a los cuales se deben elaborar los planes de simplificación: “simplicidad, solidaridad, presunción de buena fe del interesado, desconcentración en la toma de decisiones por parte de los órganos de dirección y su actuación debe estar dirigida al servicio de las personas.” Esta formalización de principios se repitió en el artículo 10 de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2001, reformada en 2008, al precisar, además de los ya expresados formalmente (“economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, objetividad, imparcialidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, y responsabilidad en el ejercicio de la misma”), “los principios de, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, participación, honestidad, accesibilidad, modernidad, buena fe, paralelismo de la forma con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales.”

Lamentablemente, sin embargo, a pesar de estas declaraciones la situación venezolana no es un ejemplo de efectividad en materia de aplicación de estos principios, a pesar incluso del rango constitucional, siendo claro y evidente que los mismos, por más excelsos que sean y por más florido que sea el lenguaje de su enunciado, no son más



que letra muerta cuando se está en presencia de un régimen autoritario como el que actualmente padece mi país, donde no hay jueces contencioso administrativos con autonomía e independencia capaces o dispuestos de asegurar su aplicación general.

Pero dejando aparte esta lamentable situación, lo cierto es que el proceso de positivización de los principios del procedimiento administrativo, se ha ido ampliando en América latina, siendo un ejemplo importante de avance, la Ley del Perú de 2001, donde positivizaron, resumieron y actualizaron todos los principios que hemos indicado, al precisarse en el artículo IV del Título Preliminar que el procedimiento administrativo, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del derecho administrativo, se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios enumerados además –según se indica - a título enunciativo y no taxativo, y que son los “principios de legalidad; del debido procedimiento; del impulso de oficio; de razonabilidad; de imparcialidad; de informalismo; de presunción de veracidad; de conducta procedimental; de celeridad; de eficacia; de verdad material; de participación; de simplicidad; de uniformidad; de predictibilidad; y de privilegio de controles posteriores.”

La culminación de este proceso de formalización y positivización de los principios, en todo caso, puede ubicarse en la Ley de Bolivia de 2002, en la cual, en su artículo 4, no sólo enumera, sino que incluso, como lo hace el Código colombiano, pero más exhaustivamente, se definen los siguientes principios a los que debe sujetarse la Administración Pública:

- a) *Principio fundamental*: El desempeño de la función pública está destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad;
- b) *Principio de autotutela*: La Administración Pública dicta actos que efectos sobre los ciudadanos y podrá ejecutar según corresponda por sí misma sus propios actos, sin perjuicio del control judicial posterior;
- c) *Principio de sometimiento pleno a la ley*: La Administración Pública sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso;
- d) *Principio de verdad material*: La Administración Pública investigará la verdad material en oposición a la verdad formal que rige el procedimiento civil;
- e) *Principio de buena fe*: En la relación de los particulares con la Administración Pública se presume el principio de buena fe. La confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos; orientarán el procedimiento administrativo;
- f) *Principio de imparcialidad*: Las autoridades administrativas actuarán en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados;



- g) *Principio de legalidad y presunción de legitimidad*: Las actuaciones de la Administración Pública por estar sometidas plenamente a la Ley, se presumen legítimas, salvo expresa declaración judicial en contrario;
- h) *Principio de jerarquía normativa*: La actividad y actuación administrativa y, particularmente las facultades reglamentarias atribuidas por esta Ley, observarán la jerarquía normativa establecida por la Constitución Política del Estado y las leyes;
- i) *Principio de control judicial*: El Poder Judicial, controla la actividad de la Administración Pública conforme a la Constitución Política del Estado y las normas legales aplicables;
- j) *Principio de eficacia*: Todo procedimiento administrativo debe lograr su finalidad, evitando dilaciones indebidas;
- k) *Principio de economía, simplicidad y celeridad*: Los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias;
- l) *Principio de informalismo*: La inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo;
- m) *Principio de publicidad*: La actividad y actuación de la Administración es pública, salvo que ésta u otras leyes la limiten;
- n) *Principio de impulso de oficio*: La Administración Pública está obligada a impulsar el procedimiento en todos los trámites en los que medie el interés público;
- o) *Principio de gratuidad*: Los particulares sólo estarán obligados a realizar prestaciones personales o patrimoniales en favor de la Administración Pública, cuando la Ley o norma jurídica expresamente lo establezca; y,
- p) *Principio de proporcionalidad*: La Administración Pública actuará con sometimiento a los fines establecidos en la presente Ley y utilizará los medios adecuados para su cumplimiento.”

Una de las reformas de 2011 del Código colombiano en materia de procedimientos administrativos, ha consistido, precisamente, en la ampliación de los principios enunciados en el Código de 1984, agregándose a los cinco clásicos principios de “economía, celeridad, eficacia, imparcialidad y publicidad” que se habían enumerado y definido, siete nuevos principios como son los de “igualdad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, coordinación;” sustituyéndose además, el principio que se enunciaba como de “contradicción” por el del “debido proceso.”



Lo importante de esta enunciación de los principios que deben guiar la actuación de la Administración, por otra parte, como lo se señaló en el artículo 2 de la Ley de Brasil y lo establece el mismo artículo 3 del Código Colombiano, es que deben servir como criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de procedimiento; o como lo dice la Ley de Honduras (art. 19 y 114) y la Ley del Perú (artículo IV del Título preliminar), como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

Por ello, una enumeración extensa de principios del procedimiento administrativo, como la contenida en las leyes de Brasil, de Uruguay, Bolivia, Perú y en el Código de Colombia, sin duda, tiene la ventaja de permitir al juez contencioso administrativo ejercer un control más efectivo y con mayor amplitud en relación con la actividad administrativa. Para ello, además, es claro que más importante que la sola enumeración de los principios, es la definición en los textos legales del contenido de los mismos, como ocurre con el mencionado artículo 4 de la Ley de Bolivia, con el artículo 3 del Código colombiano (art. 3), el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Perú.

Todos estos principios, por supuesto, no nacieron con estas leyes. Mucho antes de que las mismas se comenzaran a sancionar, se habían venido construyendo fundamentalmente por la jurisprudencia contencioso administrativa, con la ayuda de la doctrina, habiéndose logrado su positivización, adquiriendo rango legal precisamente con las leyes, lo que ha permitido al juez contencioso administrativo ejercer con mayor precisión el control de legalidad de la actuación administrativa, catapultándose, en consecuencia, tanto la jurisprudencia como la doctrina en materia contencioso administrativa.

Es precisamente en este marco general, que quiero referirme ahora a los principios del procedimiento administrativo tal como los enumeran el nuevo *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia*, comparando su enunciado con el que se establece en otras leyes de procedimiento administrativo de América Latina, para lo cual se pueden distinguir los que ya se habían establecido en el Código desde 1984, de los que se han incorporado al mismo con la reforma de 2011.

III. Los nuevos principios del procedimiento administrativo incorporados en la reforma del código de 2011

En este sentido, y por lo que se refiere a los nuevos principios incorporados en el Código en 2011, ellos son el principio del debido procedimiento administrativo, establecido en sustitución del principio de contradicción; el principio de la igualdad,



complementando el de la imparcialidad; el principio de la buena fe; el principio de la moralidad; el principio de la participación: el principio de la responsabilidad; el principio de la transparencia, complementando el de la publicidad; y el principio de la coordinación.

1. *El principio del debido procedimiento administrativo, establecido en sustitución del principio de contradicción*

El primero de los principios enunciados en el Código es el principio del debido proceso, el cual sustituye el más estrecho de la “contradicción” que estaba en el Código de 1984, con lo cual se recoge en el Código lo que ya era una garantía constitucional consagrada en el texto de la Constitución de 1991, que además de a los procesos judiciales se aplica a los procedimientos administrativos. Así lo prevé expresamente el artículo 49 de la Constitución de Colombia, al indicar que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”; enunciado que se copió en el artículo 49 de la Constitución venezolana de 1999, en el cual se precisó además su contenido esencial abarcando el derecho a la defensa y asistencia jurídica; la presunción de inocencia; el derecho a ser oído; el derecho al juez natural; el derecho a la no autoincriminación; el principio *nullum crimen nulla poena sine lege* de manera que las sanciones administrativas estén en leyes preexistentes; el principio *non bis in idem*; y el principio de la responsabilidad del Estado por errores procesales.

Es en esta orientación el Código colombiano, en la reforma de 2010, enuncia el principio del debido proceso en relación con el procedimiento administrativo, indicándose en el artículo 3.1, que en virtud del mismo “las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.”

Agrega además el Código, especialmente que “en materia administrativa sancionatoria,” además se deben observar, “los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones (*nulla poena sine lege*), de presunción de inocencia, de *no reformatio in pejus* y *non bis in idem*,” destacándose de esta enumeración la importante formalización legal que significa, del principio de la no reformateo in pejus, cuyo fundamento ha sido en todos los países, básicamente, de carácter jurisprudencial. Sin duda es una previsión única en el derecho comparado.

En todo caso, la enunciación legal expresa del principio del debido proceso en materia administrativa, antes de su expresión en el Código colombiano, se había incorporado en el artículo IV.1.1 del Título Preliminar de la Ley del Perú, al disponer que los administrados deben gozar de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, el cual se rige por los “principios de derecho administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.”



2. El principio de la igualdad, complementando el de la imparcialidad

El segundo nuevo principio incorporado en el Código colombiano, que complementa el de imparcialidad (art. 3.3) que traía el Código de 1984, es el principio de igualdad (art. 3.2), en virtud del cual las autoridades deben dar “el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento,” con la precisión, sin embargo, de que pueden ser “objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta” (art. 3.2)

En cuanto al principio de imparcialidad, ya desde el Código de 1984 se disponía que las autoridades deben “actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.”

Conforme a estos principios, la Administración, en el curso del procedimiento administrativo y al decidirlo, no debe tomar partido, ni inclinar la balanza o beneficiar ilegítimamente a una parte en perjuicio de otra, sino que debe tomar su decisión objetivamente, únicamente conforme al ordenamiento jurídico y con la finalidad de interés general que la motiva, tratando a todos los ciudadanos en forma igual, salvo las distinciones que deriven de los derechos de protección que puedan tener ciertos ciudadanos.

Este principio también se ha establecido en la Ley de Bolivia al disponer que “las autoridades administrativas deben actuar en defensa del interés general, evitando todo género de discriminación o diferencia entre los administrados” (art. 4,f); y se encuentra regulado el Artículo 30 de la Ley venezolana, cuando exige a la Administración, tratar en igual forma a todos los particulares no pudiendo establecer ningún tipo de discriminación respecto de ellos, ni parcializarse por ninguna posición.

También se establece el principio en el artículo IV.1.5 del Título Preliminar de la Ley del Perú, indicando que “las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándole tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.” Igualmente en la Ley 19.880 de Chile vinculándolo con el principio de la probidad, se dispone en su artículo 11, que “la Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte.” A los efectos de poder controlar la aplicación del principio, la Ley chilena agrega, en materia de actos administrativos, la exigencia de la motivación de los mismos, en el sentido de que:

“los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan,



priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.”

3. *El principio de la buena fe*

El cuarto principio del procedimiento administrativo introducido en la reforma del Código de Colombia, es el principio de la buena fe que también se ha incorporado respondiendo al enunciado general del artículo 83 de la Constitución de 1991, en el sentido de que “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 éstas.”

En esta orientación el artículo 3.4 del Código colombiano dispone que en virtud del principio de la buena fe, “las autoridades y los particulares deben presumir el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.”

Con anterioridad, el principio se había enunciado en el Decreto Ley uruguayo y en las Leyes de Perú, Venezuela, Brasil y Bolivia, en lo que podía considerarse como una revolución en el régimen jurídico de la Administración Pública, ya que en la práctica de algunas Administraciones Públicas, lamentablemente lo que ha existido de parte de los funcionarios públicos hacia los administrados ha sido, al contrario, una especie de presunción de que los mismos actúan de mala fe, por lo que usualmente buscan obstaculizar sus pretensiones; y los administrados, por su parte, con frecuencia responden a esta actitud, buscando engañar a la Administración. El principio de la buena fe, al contrario, como lo enuncia la Constitución colombiana, tendría que convertirse en el instrumento que pueda garantizarle al administrado el poder confiar en la Administración y en sus funcionarios y, viceversa, de manera que debe regir tanto para el administrado como para la Administración

En particular, en la Ley de Uruguay, se impone a las partes, sus representantes y abogados patrocinantes, los funcionarios públicos y, en general, todos los partícipes del procedimiento, el ajustar su conducta “al respeto mutuo y a la lealtad y buena fe”; y en la Ley de Bolivia, se establece en su artículo 4, e, que en la relación de los particulares con la Administración Pública, “se presume el principio de buena fe,” indicándose que “la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos” deben orientar el procedimiento administrativo.

Esta orientación también se sigue en la Ley del Perú (art. IV, 1.8, Título Preliminar) bajo la enunciación de lo que se denomina principio “de conducta procedimental,” conforme al cual, “la autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, deben realizar “sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe,” de manera tal que “ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal.”



El principio se recoge igualmente en la Ley de Brasil, donde entre los deberes del administrado interesado en un procedimiento, esta “el proceder con lealtad, urbanidad y buena fe”, no actuar de modo temerario y “exponer los hechos conforme a la verdad” (art. 4). Se destaca de esta previsión, vinculado a la buena fe, el principio de lealtad, que implica que las partes en el procedimiento no deben ocultar hechos o documentos que sean de interés mutuo, lo que a la vez está relacionado con el principio de la publicidad, y de de acceso a la información en materia administrativa, y la reducción de las áreas de confidencialidad en los documentos administrativos, tan importantes en décadas pasadas.

El respeto mutuo que deriva del principio de la buena fe y del principio de la lealtad, por otra parte, comienza a ser el canal para la construcción del principio de la confianza legítima que debe existir como base de la relación jurídica entre la Administración y los administrados, particularmente cuando las actuaciones reiteradas de los funcionarios y de los órganos de la Administración Pública, hacen nacer expectativas jurídicas legítimas en cabeza de los aquellos que la propia Administración debe respetar y que han de ser apreciadas por el juez.

Por otra parte, y en relación con el principio de la buena fe, las leyes lo han configurado también como una presunción a favor del ciudadano, como se regula, por ejemplo, en la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos de Venezuela de 1999, reformada en 2008 (arts. 9 a 20), en el sentido que la Administración, en todas sus actuaciones, “debe tener como cierta la declaración del administrado” (art. 9). Esto se denomina en el artículo 3º del Decreto 266 de 2000 de Colombia, sobre simplificación de trámites, como “presunción de veracidad.” En el mismo sentido, de acuerdo con la misma Ley venezolana sobre Simplificación de Trámites Administrativos (2008), esta presunción de buena fe, implica que en todas las actuaciones que se realicen ante la Administración Pública, se debe tomar “como cierta la declaración de las personas interesadas, salvo prueba en contrario.” (art. 23).

Esta presunción de buena fe en el procedimiento administrativo, por otra parte, también se manifiesta como “presunción de licitud,” vinculada a derecho del administrado a la presunción de inocencia. Así se expresa, por ejemplo, en la Ley de Uruguay en relación con los procedimiento disciplinarios de funcionarios públicos, al garantizársele el “derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad” y a que se presuma “su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad por resolución firme dictada con la garantía del debido proceso (art. 170). Este principio de la “presunción de licitud” ha sido formulado en general, en la Ley peruana al definírsele en el sentido de que las entidades “deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario” (art. 230,9), lo que implica la presunción de que el derecho reclamado por el administrado es justo. Ello ha conducido, también, al principio *favor pro accione* o posición favorable al accionante, el cual debería ser un principio fundamental en materia de procedimiento.



4. *El principio de la moralidad*

El quinto principio del procedimiento administrativo introducido en la reforma del Código colombiano, es el principio de la moralidad, en virtud del cual, conforme se indica en el artículo 3.5, “todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas;” principio que también se encuentra expresamente mencionado en la Ley del Brasil y en la Ley de Panamá.

Por su lado, vinculado al principio de imparcialidad y como principio de la probidad, la Ley 19880 de Chile también dispone que “la Administración debe actuar con objetividad y respetar el principio de probidad consagrado en la legislación, tanto en la substanciación del procedimiento como en las decisiones que adopte” (Art 11)

5. *El principio de la participación*

El sexto principio del procedimiento administrativo incorporado expresamente en la reforma del Código de 2011, sin duda también respondiendo a la orientación general de la Constitución de 1991, es el llamado principio de participación, con arreglo al cual, las autoridades deben promover y atender “las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública” (art. 3.6)

Se trata, en todo caso, de un principio definitorio de política pública en el fomento de los mecanismos de participación ciudadana en la gestión pública, el cual por supuesto, no sustituye sino complementa el principio democrático representativo.

6. *El principio de la responsabilidad*

El séptimo de los nuevos principios del procedimiento administrativo enumerados en el Código colombiano, también siguiendo la normativa de la Constitución de 1991, es el principio de responsabilidad, en virtud del cual, conforme al artículo 3.7, las autoridades y sus agentes deben asumir “las consecuencias por sus decisiones, omisiones o exlimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.”

Con ello, se ha formalizado en el Código, de acuerdo a la orientación de la Constitución de 1991, el principio ampliamente desarrollado en el derecho colombiano en torno a la responsabilidad no sólo de la Administración, sino de los funcionarios personalmente, ante los administrados y por supuesto, ante la Administración misma por los daños que causen sus actuaciones.

7. *El principio de la transparencia, complementando el de la publicidad*

El octavo de los nuevos principios del procedimiento administrativo que se agregó en la reforma del Código Colombiano, como complemento del principio de la publi-



cidad que estaba en el texto de 1984, ha sido el principio de transparencia, conforme al cual se declara que “la actividad administrativa es del dominio público,” y por consiguiente, “toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal” (art. 3.8), todo lo cual es una consecuencia del derecho constitucional de acceso a la información administrativa.

Este principio, sin duda complementa el de la publicidad que ya se había consagrado en el Código de 1984, conforme al cual las autoridades deben dar “a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en el Código (art. 3.9).

El mismo principio se consagra en el artículo 16 de la Ley 19.880 de Chile que se refiere en conjunto al “principio de transparencia y de publicidad,” con arreglo al cual el procedimiento administrativo se debe realizar “con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él” (art. 16). Ello implica como principio, que salvo las excepciones establecidas por la ley o el reglamento, son públicos los actos administrativos de los órganos de la Administración del Estado y los documentos que le sirvan de sustento o complemento directo o esencial.

8. El principio de la coordinación

Por último, el décimo principio que regula el Código colombiano, incorporado en la reforma de 2011, es el clásico principio de la coordinación, conforme al cual las autoridades deben concertar sus actividades “con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares” (art. 3.10); principio que como sabemos, tradicionalmente ha sido tratado en general en el derecho comparado, más como principio de la organización administrativa que del procedimiento administrativo.

IV. La reiteración de los principios del procedimiento administrativo que se habían incluido en el código de 1984

Aparte de estos principios incorporados en 2011, como dije, en el nuevo Código de 2011 se recogieron los que ya estaban consagrados en el Código de 1984, entre los que están los ya comentados de contradicción, imparcialidad y publicidad, y además, los más clásicos principios de economía, celeridad y eficacia.



1. *El principio de la eficacia*

El principio de eficacia es el décimo primer principio enumerado en el Código colombiano, siguiendo la orientación de materialmente todas las leyes de procedimiento administrativo de América Latina, es el principio de eficacia, al cual también se hace expresa referencia en las leyes de Argentina (art. 1), de Venezuela (art. 30), de Honduras (art. 19), de Brasil (art. 2) y de México (art. 13), y en el Decreto de Uruguay (art. 2).⁶

Conforme a este principio, tal como se lo define en el Código colombiano, las autoridades deben buscar “que los procedimientos logren su finalidad,” debiendo, a tal efecto, remover de oficio los obstáculos puramente formales; evitar decisiones inhibitorias, las dilaciones o los retardos; y deben sanear, de acuerdo con el Código, las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa (art. 3.11). En consecuencia, ante el no acatamiento de elementos formales en el procedimiento, la Administración debe preferir evitar la ineficacia o plantear una ineficacia parcial, antes que concluir con la ineficacia total del acto. Es decir, el procedimiento debe interpretarse de manera que efectivamente pueda haber una decisión, sin que la falta de cumplimiento de determinadas formalidades afecten el acto y la propia voluntad de la Administración.

En la misma orientación y con más precisión, la Ley del Perú establece en su artículo IV.1.10, Título Preliminar, que conforme a dicho principio de eficacia, los sujetos del procedimiento administrativo deben siempre “hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.” La consecuencia de ello, es entonces, que “la finalidad del acto se privilegia sobre las formalidades no esenciales” siendo su validez “una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.” En el mismo sentido se expresa la Ley de Bolivia (art. 4,j), siendo la consecuencia fundamental de este principio, tal como se expresa en la Ley de Honduras, que “las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieren a la nulidad de actuaciones,” no suspenden el curso del mismo” (art. 39).

Esto implica, como se deduce de la fórmula del Código colombiano, por una parte, el principio del informalismo, y por el otro, el principio de la subsanación de defectos no sustanciales y de conservación de los actos administrativos.

En cuanto al principio del informalismo, siendo que el procedimiento administrativo se configura como un conjunto de actos y actuaciones estrechamente vinculados

• **6** Véase por ejemplo en Allan R. Brewer-Carías, “Los principios de legalidad y eficacia en las leyes de Procedimientos Administrativos en América Latina”, en IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer Carías, Caracas 9-12 noviembre de 1998, FUNEDA, Caracas 1998, pp. 21-90



entre sí, con el objeto de obtener un resultado concreto que, generalmente, se materializa en un acto administrativo, se considera que la prescripción de dichas formas no puede convertir al procedimiento en un bosque de formalidades que, como fin en sí mismas, entraben la acción administrativa.

Este principio, por ejemplo, está expresamente previsto con ese nombre en la Ley argentina de procedimiento administrativo en la cual se prescribe que las normas de procedimiento que establece, deben ajustarse al requisito del “informalismo”, en el sentido de que debe “excusarse la inobservancia por los interesados de exigencias formales no esenciales y que pueden ser cumplidas posteriormente” (art. 1.c); y en la Ley de Bolivia se define el principio en el sentido de que “la inobservancia de exigencias formales no esenciales por parte del administrado, que puedan ser cumplidas posteriormente, podrán ser excusadas y ello no interrumpirá el procedimiento administrativo” (art. 4,l).

Más precisamente, el Decreto 640 de Uruguay establece que “en el procedimiento administrativo se aplicará el principio del informalismo en favor del administración siempre que se trate de la inobservancia de exigencias formales no esenciales y que puedan ser cumplidas posteriormente» (art. 23). En la Ley del Perú, también se define el principio del informalismo, en forma detallada en el artículo IV, Título Preliminar, así:

Art. IV. 1.6. Principio de informalismo. Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

Por su parte, la Ley No. 19.880 de Chile regula el principio, al que denomina “de la no formalización”, en los siguientes términos:

Artículo 13. Principio de la no formalización. El procedimiento debe desarrollarse con sencillez y eficacia, de modo que las formalidades que se exijan sean aquéllas indispensables para dejar constancia indubitada de lo actuado y evitar perjuicios a los particulares.

El vicio de procedimiento o de forma sólo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza o por mandato del ordenamiento jurídico y genera perjuicio al interesado.

La Administración podrá subsanar los vicios de que adolezcan los actos que emita, siempre que con ello no se afectaren intereses de terceros.

Se trata, en definitiva, del principio de la conservación que también se deriva del principio de eficacia, concebido como principio del saneamiento, subsanabilidad y



convalidación de los trámites y actos administrativos cuando se trate de irregularidades no esenciales, precisamente a los efectos de garantizar que los procedimientos puedan lograr su finalidad. Por ello, por ejemplo, la Ley de Honduras establece que cuando un órgano administrativo declare la nulidad de algunas actuaciones, debe disponer “siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido, de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad” (art. 39). En igual sentido, se dispone en la Ley peruana (art. 13.3).

Este principio conduce, por supuesto, a la necesidad de la corrección de errores materiales de los actos administrativos, lo que se encuentra regulado expresamente en las leyes de Venezuela (art. 84), Honduras (art. 128), Costa Rica (art. 157) y Chile (art. 62), siempre que la enmienda no altere lo sustancial del acto o decisión” (art. 128), y como lo indica la Ley del Perú, siempre que la rectificación de los errores sea “con efecto retroactivo” (art. 201,1).

Es precisamente en virtud de este principio de la corrección de errores materiales, que deriva del principio del informalismo y de la economía procedimental, que la Administración no tiene por qué concluir siempre con la revocación del acto viciado, pudiendo siempre corregirlo, de oficio o a petición de parte, en cualquier momento. Es un principio de lógica administrativa que, sin embargo, encuentra su expresión formal en las leyes de procedimiento administrativo, incluso en relación con los actos de los administrados. En tal sentido, la Ley de Honduras dispone en su artículo 115, que para evitar nulidades, la Administración debe señalar a la parte interesada “los defectos de que adolezcan los actos producidos por ésta y ordenará que se subsanen de oficio o por el interesado dentro de un plazo de tres días.”

Pero incluso, aún en presencia de vicios o irregularidades más sustanciales en los actos administrativos, que no puedan resolverse con la sola corrección de errores materiales o aritméticos, el principio *conservatio acti*, exige que los vicios que puedan afectarlos formalmente, deban subsanarse siempre que no conlleven su nulidad absoluta, lo que ha originado las técnicas de convalidación, enmienda, saneamiento o conversión de los actos administrativos que se encuentran reguladas en las leyes de procedimiento administrativo para evitar su extinción.

En particular, por ejemplo, conforme a la Ley General de Costa Rica, la convalidación se produce cuando dictado un acto administrativo que sea relativamente nulo por vicio en la forma, en el contenido o en la competencia, se dicta un nuevo acto administrativo que lo convalide, con indicación precisa del vicio y de la corrección (art. 187,2). Sobre esto, la Ley venezolana indica, pura y simplemente, que “la Administración podrá convalidar en cualquier momento los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan” (art. 81), y en sentido similar se regula en la Ley de Brasil (art. 55), en la Ley de Bolivia (art. 37,1), en la Ley de Panamá (art. 56), y en la Ley de Honduras (art. 126). Sin embargo, como se regula en la legislación argentina, “el informalismo no podrá servir para subsanar nulidades que sean absolutas” (art. 224).



La Ley peruana es bien precisa al regular la “enmienda” de los actos administrativos como consecuencia de la “conservación” de los mismos, precisando que cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, “prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora” (art. 14.1).

En la legislación argentina, esta convalidación se denomina, en general, “saneamiento” y se desdobra en “ratificación” del acto por el superior jerárquico y “confirmación” por el órgano que dictó el acto (art. 19).

En esta materia, Ley de Honduras, regula en su artículo 127, la “conversión” del acto, al disponer que “el acto nulo que, sin embargo, contenga todos los requisitos constituidos de otro distinto, podrá ser convertido en éste y producirá sus efectos, en su caso, si así lo consistiera el interesado”. En este sentido, la Ley argentina también señala que “si los elementos válidos de un acto administrativo nulo permitieren integrar otro que fuere válido, podrá efectuarse su conversión en éste consintiéndolo el administrado”. La misma institución de la conversión se regula en la Ley General de Costa Rica (art. 189).

Por otra parte, teniendo el principio de eficacia por objeto lograr “que los procedimientos logren su finalidad,” además del principio de conservación, el mismo conlleva también el principio *pro actione* o de la interpretación más favorable a darle curso a la petición o solicitud. Como lo indica la legislación de Costa Rica, las normas de procedimiento administrativo deben “interpretarse en forma favorable a la admisión y decisión final de las peticiones” (art. 224), para asegurar más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento. Por ello, el principio general en esta materia, en particular respecto de la admisión de las solicitudes o peticiones presentadas por los interesados, como se evidencia de la legislación de Colombia (art. 11), de Bolivia (art. 43), de Venezuela, (art. 45) de Honduras (art. 115), de Panamá (art. 76), y del Perú (arts. 125 y 126), es que la Administración está obligada a advertir a los administrados los errores o las omisiones que puedan tener las peticiones, pero sin que puedan negarse a recibirlas, para evitar que dichos errores conduzca a la inadmisibilidad. Como consecuencia, como principio, no se puede negar la petición que haga un administrado por causa de una omisión, estando en realidad la Administración obligada a advertirle al interesado los errores en que pueda haber incurrido, para que lo corrija.

Por último, el informalismo en las leyes de procedimiento administrativo también conduce al principio de la flexibilidad del procedimiento y de los trámites procedimentales mediante, por ejemplo, la eliminación del principio de la preclusividad de los lapsos y de actos procesales (arts. 23 y 60 de la Ley venezolana); la posibilidad de alegación por parte de los particulares en cualquier momento (art. 62 de la Ley venezolana) si no existe un lapso preciso de contestación la utilización de cualquier tipo de pruebas (art. 58 de la Ley venezolana); y la intrascendencia en la calificación



de los recursos (art. 86 de la Ley venezolana), de manera que si el administrado se equivoca en la calificación del recurso que interpone, siempre y cuando de su escrito se deduzca claramente de que tipo de recurso se trata, la Administración no puede rechazarlo y, al contrario, está obligada a interpretarlo en favor del particular y de flexibilizar esta ausencia de cumplimiento del formalismo en la calificación del recurso (art. 213 Ley peruana).

2. *El principio de la economía*

El otro principio tradicional del procedimiento administrativo establecido en el Código colombiano, también desde 1984, es el principio de economía, conforme al cual, las autoridades deben proceder “con austeridad y eficiencia;” y deben optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, “procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas” (art. 3.12).

Este principio implica, por supuesto, la necesidad de racionalizar la actividad administrativa, originando además, otros principios, como el de la simplicidad (normalización o uniformización) que ha sido definido en la Ley del Perú, en su artículo IV.1.13 del Título Preliminar, como aquél que persigue que los trámites establecidos por la autoridad administrativa deban “ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria;” es decir, que los requisitos exigidos “deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.”

La Ley peruana también se refiere al principio de uniformidad, imponiendo a la Administración el deber de “establecer requisitos similares para trámites similares, garantizando que las excepciones a los principios generales no serán convertidos en la regla general,” debiendo basarse toda diferenciación, en criterios objetivos debidamente sustentados (art. IV,1.14).

Indica, además la Ley del Perú, que en todo caso, los procedimientos administrativos se deben desarrollar “de oficio, de modo sencillo y eficaz, sin reconocer formas determinadas, fases procesales, momentos procedimentales rígidos para realizar determinadas actuaciones o responder a precedencia entre ellas”, (art. 144); y la Ley de Bolivia precisa que “los procedimientos administrativos se desarrollarán con economía, simplicidad y celeridad, evitando la realización de trámites, formalismos o diligencias innecesarias” (art. 4,k).

La Ley venezolana sobre Simplificación de Trámites Administrativos de 2008, por su parte, establece sobre este mismo principio, que:

Artículo 21. El diseño de los trámites administrativos debe realizarse de manera que los mismos sean claros, sencillos ágiles, racionales, pertinentes, útiles y de fácil entendimiento para las personas, a fin de mejorar las relaciones de éstos con la Administración Pública, haciendo eficiente y eficaz su actividad.



Además, la mencionada Ley, al desarrollar el principio de la simplicidad, transparencia, celeridad y eficacia de la actividad de la Administración señala que la Administración Pública no puede exigir requisitos adicionales a los contemplados en la normativa vigente, salvo los que se establezcan en los instrumentos normativos que se dicten en ejecución de dicha Ley (art. 10). Con carácter general, además, se dispone que los órganos y entes de la Administración Pública no pueden exigir para trámite alguno, la presentación de copias certificadas actualizadas de partidas de nacimiento, matrimonio o defunción, así como de cualquier otro documento público, salvo los casos expresamente establecidos por ley (art. 17). Adicionalmente, se dispone que los órganos y entes de la Administración Pública no pueden exigir copias certificadas de la partida de nacimiento como requisito para el cumplimiento de una determinada tramitación, cuando sea presentada la cédula de identidad, salvo los casos expresamente establecidos por ley (art. 18).

Por otra parte, se dispone que los órganos y entes de la Administración Pública, en virtud del principio de cooperación que debe imperar en sus relaciones interorgánicas, deben implementar bases de datos automatizadas de fácil acceso y no pueden exigir la presentación de copias certificadas o fotocopias de documentos que la Administración Pública tenga en su poder, o de los que tenga la posibilidad legal de acceder (art. 11).

Además, en aras de la simplicidad, la Ley agrega que los órganos y entes, en el ámbito de sus competencias, deben eliminar las autorizaciones innecesarias, solicitudes excesivas de información de detalle y, en general, la exigencia de trámites que entorpezcan la actividad administrativa (art. 13).

Por último, el artículo 14 de la Ley dispone en particular, que los órganos y entes de la Administración Pública deberán identificar y disponer la supresión de los requisitos y permisos no previstos en la Ley, que limiten o entraben el libre ejercicio de la actividad económica o la iniciativa privada.

Otro principio general derivado de la simplicidad es el principio de la economía procedimental, que se menciona en la generalidad de las leyes de procedimiento, como las leyes de Argentina (art. 7), de Honduras (art. 19), de Venezuela (art. 30), de Uruguay (art. 2) y de México (art. 13), y conlleva la necesidad de que los asuntos se decidan administrativamente con celeridad, en la forma más rápida posible, economizando lapsos y al menor costo posible.

El principio ha sido desarrollado ampliamente en la Ley 19880 de Chile, en la forma siguiente:

Artículo 9o. *Principio de economía procedimental.* La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios.

Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo.



Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo establecido al efecto.

Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.”

De allí el principio general, que deriva del artículo 116 de la Ley de Honduras, conforme al cual “los funcionarios responsables de la tramitación de los expedientes adoptarán las medidas que conduzcan a evitar todo entorpecimiento o demora por innecesarias diligencias”.

En el Código colombiano de 1984 también se encontraba una definición del principio de economía en este último sentido, la cual se ha cambiado en la reforma de 2010, que señalaba que:

“Las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa” (art. 3).

En el Decreto de Uruguay también se desarrolla el principio al prescribir en su artículo 8 que “en el procedimiento administrativo deberá asegurarse la celeridad, simplicidad y economía del mismo y evitarse la realización o exigencia de trámites, formalismos o recaudos innecesarios o arbitrarios que compliquen o dificulten su desenvolvimiento”.

3. *El principio de la celeridad*

Por último, el otro clásico principio del procedimiento administrativo que consagra el Código colombiano, como lo hacen todas las leyes de procedimiento administrativo, es el principio de celeridad, conforme al cual las autoridades deben impulsar oficiosamente los procedimientos, y deben incentivar “el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas (art. 3.13).

Si el procedimiento administrativo es un asunto de la Administración, siendo la misma responsable de su desarrollo, el principio consecuencial establecido en garantía de los particulares es que el mismo debe ser desarrollado con la mayor rapidez y celeridad posible. Como lo establece la Ley peruana en el art. IV.1.9 de su Título Preliminar, al imponer a quienes participan en el procedimiento el deber de “ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando



actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.”

En otras legislaciones también se enuncia este principio de la celeridad como es el caso por ejemplo de la Ley General de Costa Rica, cuyo artículo 225.1 dispone que el “órgano deberá conducir el procedimiento con la intención de lograr un máximo de celeridad y eficiencia, dentro del respeto al ordenamiento y a los derechos e intereses del administrado”; y el artículo 269,1 precisa que la actuación administrativa se debe realizar “con arreglo a normas de economía, simplicidad, celeridad y eficiencia.”

En sentido similar, la Ley 19880 de Chile (art. 7) y la Ley de Bolivia (art. 4.n) disponen que conforme al principio de celeridad, la Administración debe impulsar el procedimiento “de oficio en todos sus trámites” (art. 7), lo que en realidad se configura como el principio de oficialidad. Ello implica que en todos los casos en los cuales la Administración pueda iniciar de oficio una actuación, si bien es posible y común que el administrado tenga derecho a participar en el procedimiento, por ejemplo, instado a la Administración para iniciar su actividad, siendo esta, en definitiva, un asunto de esta última, una vez desencadenado el procedimiento administrativo, el desarrollo y movilización del mismo está a cargo de la propia Administración, por lo que es a ella a quien le compete, y no a un tercero, impulsarlo de oficio, para la realización de la secuencia de actos que deben concluir con la emisión de un acto administrativo definitivo.

Pero, por supuesto, hay procedimientos que sólo pueden iniciarse por exclusivo interés de los administrados, en cuyo caso, la Administración no tiene el deber de proseguirlos por sí sola, por lo que puede darlos por terminados antes del término legal previsto para su conclusión, ante la inercia del interesado.

Ahora bien, este principio de la oficialidad derivado del de la celeridad, comprende otros principios fundamentales como el principio de la iniciación de oficio (iniciativa oficial), es decir, la posibilidad de que el procedimiento se inicie, además de a instancia de parte, de oficio por la Administración; y el principio inquisitivo, como guía de todo el procedimiento administrativo, denominado también principio de instrucción.

En esta materia, puede decirse que todas las leyes sobre procedimiento administrativo establecen el principio clásico de que el mismo puede iniciarse de oficio, es decir, por iniciativa de la propia Administración, o a petición de parte, es decir, con base en el ejercicio del derecho de petición. Así lo establecen las leyes de Argentina (art. 1), de México (art. 14), de Uruguay (art. 15), de Honduras (art. 60), de Venezuela (art. 48), de Colombia (art. 28), de Bolivia (art. 39), de Perú (art. 103), de Brasil (art. 5), de Panamá (art. 64), y de Chile (Art. 28).

Ahora bien, como garantía del derecho de la defensa, las leyes disponen que aún iniciado de oficio y aún siendo el procedimiento tarea de la Administración, esta está



obligada a dejar participar en el mismo a los administrados interesados para garantizarles el derecho a la defensa. Así lo precisa, por ejemplo, la Ley Orgánica venezolana al disponer que en los casos de iniciación de oficio, la autoridad administrativa debe notificar a los particulares cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos pudieren resultar afectados, concediéndoles un plazo para que expongan sus pruebas y aleguen sus razones (art. 48). Estos principios se recogen además, detalladamente en la Ley peruana (art. 104).

El otro principio derivado del principio de la oficialidad es el principio inquisitivo, conforme al cual, como lo establece en la Ley argentina, corresponde a la Administración, la “impulsión e instrucción de oficio”, sin perjuicio de la participación de los interesados en las actuaciones (art. 1.a).

Este principio también está establecido como principio del procedimiento administrativo, en la Ley de Bolivia (art. 4,n), e igualmente en la Ley del Perú (artículo IV.1.3, del Título Preliminar), donde se dispone así:

1.3 *Principio de impulso de oficio.* Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

Esta misma expresión se encuentra en las leyes de Brasil (art. 29) y de Costa Rica (art. 222) y, en sentido similar, se desarrolla en la Ley del Perú (art. 159). De ello deriva el principio de que la Administración debe “impulsar de oficio en todos sus trámites” (art. 64, Ley de Honduras) el procedimiento administrativo, con lo cual la conducción del procedimiento, la prueba y las medidas que puedan adoptarse a lo largo del mismo, deben ser iniciativa de la Administración y no requieren el impulso procesal de los interesados, sin perjuicio de que éstos puedan participar en el procedimiento. En consecuencia, la Administración es la responsable de al menos esos tres elementos en el procedimiento: la conducción del procedimiento; la sustanciación del mismo; las pruebas y las medidas preventivas, sin perjuicio de que en cada una de esas fases puedan actuar los particulares.

Por ello, la Ley de Venezuela establece que:

Artículo 53. La Administración, de oficio o a instancia del interesado, cumplirá todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir, siendo de su responsabilidad impulsar el procedimiento en todos sus trámites.



V. La finalidad de las leyes de procedimiento administrativo

Como antes hemos señalado, y resulta en particular del contenido del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo* de Colombia, la enumeración de los principios del procedimiento administrativo, e incluso, el desarrollo legal de su significado, puede considerarse como un rasgo común de las leyes de procedimiento administrativo en América Latina, poniendo en evidencia la motivación general de estos cuerpos normativos, que no es otra que el establecimiento de un régimen legal para, por una parte, guiar la acción de la Administración para la producción de sus actos administrativos; y por la otra, garantizar los derechos de los administrados frente a la Administración.

Dichas leyes son, así, el resultado del mencionado proceso de lucha permanente que ha caracterizado el desarrollo de nuestra disciplina, dirigido hacia la búsqueda del necesario balance entre los privilegios de la Administración Pública como gestora del interés general, y los derechos de los administrados. De allí precisamente que las leyes regulen el desarrollo de la actividad de la Administración para obtener la adecuada satisfacción de los intereses públicos, y además, busquen que los derechos de los administrados estén debidamente garantizados.

Eso es lo que se evidencia, por ejemplo, de los “Considerandos” de la Ley de Honduras de 1987, al señalar que en el Estado Moderno:

“La satisfacción de los intereses públicos exige el respeto de las formas creadas como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa.”

Asimismo, en los “Considerandos” del Decreto Ley 500 de Uruguay de 1991, se precisó la motivación de todo su conjunto normativo, al establecer que tiene por objeto regular la actuación de la Administración:

“A fin de servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y para mejor tutelar los derechos e intereses legítimos de los administrados.”

Eso se señala también expresamente, por ejemplo, en el artículo 1º de la Ley 9.784 de Brasil; en el artículo III (finalidad) del Título Preliminar de la Ley 27.444 del Perú; y es lo que se expresa con toda claridad y más ampliamente, incorporándose el principio de legalidad, en el artículo 1 del Código de Colombia al definir su finalidad. El procedimiento administrativo, por ello, nunca puede considerarse como un fin en sí mismo, sino como un instrumento o cauce para alcanzar el fin perseguido por la Administración. De allí el llamado principio de la instrumentalidad de las leyes de procedimiento, el cual permite desdoblar la finalidad del procedimiento administrativo en tres: primero, la consecución del interés general; segundo, la satisfacción del



interés del administrado, y tercero, el logro del interés de la propia Administración sometida a la legalidad.

En cuanto a la primera de estas finalidades, siendo el procedimiento un asunto de la Administración, en el mismo se “establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración sirva a la protección del interés general” como lo expresa el artículo III, Título Preliminar de la Ley del Perú, o en otras palabras, con el objeto asegurar que el desempeño de la función pública esté destinado exclusivamente a servir los intereses de la colectividad (art. 4,a, Ley de Bolivia).

Por ello, la Ley de Honduras establece que los principios del procedimiento administrativo buscan “garantizar la buena marcha de la Administración” (Considerandos); y la Ley General de Costa Rica precisa que “el procedimiento administrativo sirve para asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración” (art. 214,1); agregando que “la norma administrativa debe ser interpretada en la forma que mejor garantice la realización del fin público a que se dirige” (art. 10).

Pero en segundo lugar, además del logro de los fines propios del interés general que orientan la acción administrativa, el procedimiento administrativo tiene por finalidad la protección de los derechos e intereses de los administrados. Esto, como se ha mencionado, está expresado en la Ley General de Costa Rica, donde se indica que el procedimiento administrativo debe desarrollarse, “con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado.”(arts. 10,1 y 214,1); así como en la de Honduras, la cual establece que el procedimiento se regula “como garantía de los derechos de los particulares frente a la actividad administrativa” (Considerandos). En igual sentido se expresa el artículo III, Título Preliminar de la Ley del Perú, y se expresaba el Código colombiano de 1984 en el cual se exigía de los funcionarios que en su actuación también debían tener en cuenta “la efectividad de los derechos e intereses de los administrados” (art. 2).

La consecuencia del mencionado principio de la instrumentalidad es entonces la proscripción de la utilización del procedimiento establecido en las leyes, para la consecución de fines distintos a los previstos en ellas, constituyendo lo contrario un vicio de ilegalidad de la actuación de la Administración por desviación de poder en el resultado, es decir, la llamada desviación del procedimiento.

Y en tercer lugar, la otra finalidad del procedimiento administrativo, que engloba todos los principios antes mencionados, es que la relación jurídica que siempre se establece entre la Administración y los administrados con motivo de la actividad administrativa, debe desarrollarse con sujeción al principio de legalidad. Y en este sentido, sin duda, ha sido el proceso de positivización de principios y elementos sustantivos y adjetivos de la actividad administrativa contenida en estas leyes de procedimiento administrativo, el que ha tenido una consecuencia fundamental en el desarrollo de nuestra disciplina mediante el reforzamiento del mismo principio de la legalidad con



el objeto de asegurar no sólo el sometimiento de la Administración Pública al derecho, sino garantizar la situación jurídica de los particulares frente a la misma. Por ello precisamente, la Ley sobre Procedimiento Administrativo general del Perú, en el artículo IV, 1.1 del Título Preliminar dispone que:

“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”

Ello ha implicado en relación al principio de legalidad, y precisamente como consecuencia de las propias leyes de procedimiento administrativo, que dicho principio haya dejado de ser sólo un principio general del derecho y se haya convertido en un postulado del derecho positivo, expresado formalmente cada vez con más frecuencia y precisión, en los textos, como es el caso del Código de Colombia cuando indica expresamente en su artículo 1º como “finalidad” de las normas del Libro Primero del mismo, asegurar “la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico.”

Así también sucede, por ejemplo, en la Ley de Bolivia, que hace referencia al “principio de legalidad y a la presunción de legitimidad” (art. 4,g) y al “principio de sometimiento pleno a la ley” de manera que “la Administración Pública regirá sus actos con sometimiento pleno a la ley, asegurando a los administrados el debido proceso” (art. 4, c). Igualmente, la Ley 9784 de Brasil, impone como criterio a ser observado en los procedimientos administrativos, “la actuación conforme a la Ley y al derecho” (art. 2, Parágrafo Único, I); la Ley de Venezuela, indica que “la Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad” (art. 4); y la Ley General de Costa Rica señala que: “La Administración Pública actuará sometida al ordenamiento jurídico...” (art. 11,1); agregando en su artículo 13, que:

La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos.

Este principio de legalidad o de actuación en conformidad con el derecho implica, por tanto, que las actividades que realice la Administración Pública no sólo deben someterse al derecho, sino incluso, en el caso del procedimiento administrativo, a los propios principios del mismo que también ya forman parte del derecho positivo, lo que implica que las actividades contrarias a dichos principios pueden ser controladas con mayor precisión por los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa.

Por ello, dichos principios, además, en el Código colombiano se los declara como imperativos, al disponer expresamente que todas las autoridades deben “interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos



a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales” (art. 3).

En igual sentido, la Ley Federal mexicana, prescribe que las disposiciones sobre procedimiento administrativo “Son aplicables a la actuación de los particulares ante la Administración Pública Federal, así como a los actos a través de los cuales se desenvuelve la función administrativa” (art. 12); imperatividad que en el caso de la Ley General de Costa Rica se precisa que es en aquellos procedimientos en los cuales “el acto final puede causar perjuicio grave al administrado, sea imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o por cualquier otra forma de lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos;” o en los cuales haya habido “contradicción o concurso de interesados frente a la Administración dentro del expediente” (art. 308).

El derecho administrativo en América Latina, por tanto, como resultado de este estándar continental que ya existe en materia de los principios del procedimiento administrativo y que ha quedado plasmado en forma destacada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia, sin duda se encuentra ahora en una situación de avanzada en el derecho comparado que hace décadas, quienes nos ocupamos de estos temas desde hace algún tiempo, sólo soñábamos.

Se imaginan ustedes por tanto, que grato es ver aquellos sueños convertidos en realidad, como sucede con textos legales como este Código colombiano, y más que grato, satisfactorio al ver que ello ocurre en un país como Colombia, que ha estado siempre en la avanzada del derecho administrativo latinoamericano.

New York, enero 2011



Fundamentos de los procedimientos administrativos en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - Ley 1437 de 2011-

Por: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Contenido. *Introducción: La idea de procedimientos para el ejercicio de la función pública administrativa. 1.- Las cláusulas constitucionales del Estado social de derecho y de Estado democrático en la base de los procedimientos administrativos. 2.- El contenido dogmático, sustancial y finalístico de los procedimientos administrativos en el contexto del Estado social y democrático de derecho. Excepción. 3.- Los principios generales de los procedimientos administrativos a la luz de la cláusula del Estado social y democrático de derecho.*

Introducción: La idea del procedimiento para el ejercicio de la función pública administrativa.

La idea de un procedimiento aplicable a la actividad administrativa, - en especial a la formación del acto administrativo- , símbolo indiscutible de la garantía de seguridad, defensa y contradicción, en un ámbito de respeto al ordenamiento jurídico y como sinónimo de participación y debate entre interesados y administración en procura de decisiones administrativas sustanciales y respetuosas de los derechos fundamentales, es reciente en el orden jurídico: prácticamente se relaciona con la evolución del Estado de derecho, que tiene como punto de partida el código austriaco de los procedimientos administrativos de 1925¹ y no propiamente la con-

- **1** Heinz Schäffer. El procedimiento administrativo en Austria. Origen, desarrollo, situación actual y efectos expansivos en la codificación austriaca de 1925. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. No 9, Madrid, 2005 Pgs 423 a 424. "... Austria en 1925, tras muchos años de trabajos preliminares y con aprovechamiento de cincuenta años de jurisprudencia continuada del Tribunal Contencioso-Administrativo Superior, efectuó una codificación de su Derecho procedimental administrativo, que marcaría en Europa nuevas perspectivas en lo que se refiere a las acciones



ceptualización clásica francesa en relación con el concepto de acto administrativo de contenido individual².

Con anterioridad a 1925, incluso ya en marcha el Estado constitucional, resultaba extraño y exótico referirse al procedimiento administrativo como presupuesto inevitable del acto administrativo de contenido individual³, en cuanto pugnaba con

- judiciales. Esta codificación ha sido, sobre todo, una vía para su claridad, concisión y caracterización interna, y posteriormente también se ha convertido en modelo para diferentes países. Ello tenía en 1925 el sentido, y también el efecto práctico, de una unificación y simplificación radical del proceso administrativo, es decir, también en aquel tiempo se procedía bajo la regla de reducir la proliferación normativa, lo que llevaría a un estatuto jurídico transparente y consolidado de cada uno de los procedimientos. Asimismo, cada cuestión jurídica concerniente a las partes quedaba sujeta a una verificación de control y a una garantía legal a través de la Jurisdicción contencioso-administrativa...”

2 El acto administrativo de contenido individual como figura y columna central del derecho de la administración pública resulta ser, a no dudarlo, el producto sustancial de la simbiosis entre política, economía e intereses subjetivos, que la doctrina individualista venía fraguando, y que se consolidan en la práctica revolucionaria francesa condensada en la declaración del 26 de agosto de 1789, que sirvió de preámbulo a la Constitución revolucionaria de 1791, en donde sustancialmente se expresan, a título imperativo para la nueva conformación política, los intereses de la clase burguesa triunfante. El naciente derecho administrativo y, en especial, las elaboraciones jurídicas en torno a las decisiones de la administración y toda la inmensa construcción jurídica de acciones y recursos con que se hizo acompañar obedecieron a la racionalidad de los intereses burgueses, ansiosos de seguridad y estabilidad jurídica subjetiva, profundamente ligada a los conceptos individualistas de libertad económica. Definitivamente el centro de atracción de esta creación jurídica, no obstante los postulados del interés público, giraba en torno al hombre y sus intereses, situación que posteriormente, bajo los influjos del positivismo jurídico, determina el sentido y la necesidad de someter este tipo de decisiones a senderos garantísticos previos en donde los derechos procesales y las garantías individuales tuviesen un campo fructífero e ideal frente al despotismo y la arbitrariedad de la administración frente a esos intereses individuales, desconociéndolos o haciéndolos nugatorios. En este contexto, el desarrollo de las teorías, inicialmente del acto administrativo y luego del procedimiento previo de formación de la decisión administrativa, estuvo signado por los destinos de los derechos subjetivos de raigambre individualista, lo cual no resulta ajeno al contexto económico en que se producen los primeros trabajos jurídicos sobre esta temática. Sin embargo el moderno constitucionalismo y el reconocimiento de intereses colectivos hace evolucionar esta idea madre inicial, entendiendo que el concepto de acto administrativo y el de los procedimientos administrativos deben entenderse y aplicarse bajo concepto garantísticos igualmente a la formación de decisiones de carácter colectivo. Al respecto puede consultarse nuestro trabajo, *Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y la decisión administrativa urbanística*, publicado en *Revista digital de Derecho Administrativo*, No 2, 2009, Universidad Externado de Colombia. Sobre el origen del derecho administrativo y sus razones económicas véase Andreas Von Tuhr. *Derecho civil*, vol. i, Buenos aires, Depalma, 1946, pp. 73 y ss. Michael E. Tigar y Madeleine R. Levy. *O direito e a ascensão do capitalismo*, río de Janeiro, Zahar, 1977, pp. 185 y ss.

3 JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR. *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1975, pp. 223 y 224. Los procedimientos administrativos corresponden a una evolución posterior y tardía al del concepto de acto administrativo de contenido unilateral de conformidad con la caracterización que del mismo se hizo en el incipiente derecho administrativo derivado de las elaboraciones conceptuales de los primeros años de la revolución francesa. Sin embargo, en su evolución, el concepto, por lo menos en el derecho francés, al cual se le atribuye el origen del mismo, no surgió como un desarrollo estricto del principio de legalidad. La calificación de actos administrativos aparece como un criterio empírico



las concepciones clásicas del ejercicio de la función administrativa. La administración se ubicaba en posición de superioridad y exorbitancia respecto de los asociados. Sus pronunciamientos se caracterizaban por la unilateralidad en su formación, ausencia de controversia, réplica o argumentación por parte de los sujetos pasivos de sus decisiones⁴.

A partir de los aportes del positivismo y principalmente de la legislación austriaca referenciada⁵, el viejo concepto de acto administrativo individual o concreto, cambia de sentido y posición dentro de la dogmática del derecho administrativo, pasa de ser,

- formalista o especie de denominación global que sirvió a las autoridades para definir la competencia de los órganos de lo contencioso administrativo. En su formación se observa, por lo tanto, una interesante necesidad de tipo procesal y no, como en estricta lógica debió ocurrir, en coherencia con el pensamiento revolucionario de la época, una primaria sujeción de la administración a la ley, limitativa del poder absoluto. Esta calificación fue, paradójicamente utilizada para identificar todas aquellas decisiones de la administración que fueron sustraídas del conocimiento de la justicia ordinaria y atribuidas inicialmente –en Francia– a órganos de la misma administración, y con posterioridad a la justicia especializada de lo contencioso administrativo. Aparece en consecuencia como un criterio de delimitación negativa de competencias de los tribunales ordinarios, en lo referente al conocimiento de los litigios de la administración, en virtud de la profunda desconfianza de los revolucionarios frente a esta justicia. Con estos razonamientos, la figura se acercaba más al principio de la separación de poderes que al de la legalidad. La naturaleza del acto administrativo en sentido sustancial, como desarrollo directo y principal del principio de legalidad, se consolidó en Francia muchos años después del acceso al poder por parte de los revolucionarios.

4 EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la revolución inglesa*, Madrid, Alianza, 1994, p. 182. Destaca cómo la administración pública, desde el mismo momento de su surgimiento, adquirió una preponderancia inusitada, producto entre otras cosas de su auge durante los últimos años del absolutismo y de la idea de los revolucionarios franceses de imponerse y consolidar el proceso histórico iniciado: "... como consecuencia de la revolución, la Administración experimentó un desarrollo espectacular, que la llevó a una posición más fuerte que la que caracterizó a la administración del príncipe absoluto..."

5 ALEJANDRO NIETO. "El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemanas", en *RAJ*, n.º 32, mayo-agosto 1960, Madrid, p. 76. Austria fue el primer país europeo que estableció un régimen sistemático de procedimientos administrativos a través de la Ley del 21 de julio de 1925 sobre procedimientos administrativos generales fruto de las influencias jurídico positivistas kelsenianas. La influencia austriaca se dejó ver en las posteriores legislaciones sobre la materia en Polonia en 1926 y en Checoslovaquia y Yugoslavia en 1928. ELOÍSA CARBONELL PORRAS. "Los procedimientos administrativos en Estados Unidos", en *Agencias y procedimiento administrativo en Estados Unidos de América*, obra conjunta con JOSÉ LUIS MUGA MUÑOZ, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 53 y ss. La influencia de la legislación austriaca en materia de procedimientos administrativos es evidente en el ordenamiento administrativo norteamericano: en 1946 el Congreso expidió la *Federal Administrative Procedure Act (APA)*, aplicable a las agencias administrativas federales. Por su parte, las agencias estatales poseen sus propias leyes de procedimientos administrativos emanadas de un modelo general (*Model State Administrative Procedure Act*) aprobado por la *American Bar Association* y la *National Conference of Commissioners of Uniform State Laws*. ALDO SANDULLI. "Il procedimento", en *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 928 y ss. Para el autor la introducción del procedimiento para el ejercicio de los poderes públicos ha significado un alto desarrollo en el proceso de civilización de las relaciones entre los ciudadanos y la administración pública en cuanto significa abandonar el carácter absoluto del ejercicio del poder. Bajo este contexto, sostiene SANDULLI, el procedimiento no solo representa la forma sino también la sustancia de la función administrativa.



la decisión inicial de toda actuación, o punto impulsor de cualquier actuación y operación de las autoridades administrativas, a constituirse, en el producto final de un procedimiento debido y adecuado a la ley, plenamente garantístico, en donde previo debate y participación de los posibles destinatarios del accionar administrativo⁶, se adopta una decisión creadora, modificadora, transformadora en alguna forma del ordenamiento jurídico específicamente aplicable al interesado, o como el moderno constitucionalismo lo acepta, también al conjunto de interesados o colectividad en general, cuando pueda ser objeto de una decisión administrativa que aborde de alguna manera sus derechos subjetivos, al igual que los colectivos⁷. La decisión así vista como efecto de un procedimiento puede abordar derechos subjetivos y colectivos⁸.

- **6** Adolfo Merkl. Teoría general del derecho administrativo, Granada, Comares, 2004, pp. 284.

7 Son, en consecuencia, intereses de esta naturaleza aquellos que se relacionan con el provecho o los beneficios a la colectividad, a la generalidad, al pueblo en sí mismo y no a un sujeto determinado, desbordando de esta manera la concepción eminentemente clásica de derecho subjetivo de corte individualista. Se trata, por lo tanto, de un fenómeno colectivo, ligado al concepto de lo público, que nos lleva, desde la perspectiva de la pertenencia, a entenderlo como propio de todos, de cada uno de los miembros de una colectividad sin distinción alguna por el solo hecho de estar en comunidad, reconduciéndose, por lo tanto, por los senderos de una especie de derecho subjetivo común, por lo tanto objeto de protección mediante la intervención policiva previa del poder administrativo del Estado, mediante las actuaciones administrativas. Puede consultarse: Nicolás López Calera. ¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos, Barcelona, Ariel, 2000, pp. 167 y 168. Manuel Lozano-Higuero y Pinto. La protección procesal de los intereses difusos, Madrid, Rufino García Blanco, 1983, p. 148. Corte Constitucional. Sentencia C- 569 del 8 de junio del 2004 (M. P.: Rodrigo Uprimny Yepes). “[...] Los intereses difusos y colectivos, protegidos por las acciones populares, hacen referencia a derechos o bienes indivisibles, o supraindividuales, que se caracterizan por el hecho de que se proyectan de manera unitaria a toda una colectividad, sin que una persona pueda ser excluida de su goce por otras personas. Estos derechos e intereses colectivos se asemejan entonces, mutatis mutandi, al concepto de “bien público”, que ha sido profusamente estudiado y debatido en la literatura económica, en la medida en que los intereses colectivos y los bienes públicos tienden a caracterizarse porque en ellos no existe rivalidad en el consumo y se aplica el principio de no exclusión. Esto significa que el hecho de que una persona goce del bien no impide que otros puedan gozar del mismo (ausencia de rivalidad en el consumo), y por ende el goce de ese bien por otras personas no disminuye su disponibilidad. y de otro lado, esos bienes se caracterizan porque se producen o salvaguardan para todos o no se producen o salvaguardan para nadie, ya que no es posible o no es razonable excluir potenciales usuarios o consumidores (principio de no exclusión). Por consiguiente, si el bien público o el interés colectivo se encuentran en buen estado, todos los miembros de la colectividad pueden gozar de ellos en forma semejante; en cambio, una afectación del bien público o del interés colectivo tiene impacto sobre toda la comunidad, pues todos se ven afectados por ese deterioro.(...)”

8 Se hace esta claridad en la medida en que el antecedente tanto el concepto de acto administrativo, como posteriormente el de procedimiento administrativo se produce en el contexto del individualismo jurídico. La teoría del acto administrativo de contenido individual según los trabajos de los teóricos franceses del derecho administrativo y luego la del procedimiento administrativo surgen, por lo tanto, en este escenario económico, que no puede desconocerse en cuanto determina las razones filosóficas y de principios que se exponen por los juristas para el desarrollo y la consolidación de estas figuras trascendentes para el derecho administrativo bajo los designios de un individualismo acentuado. El concepto de acto administrativo de contenido individual, no así el de contenido general, surge, por lo tanto, según lo reiterado, como esencialmente protector de los derechos subjetivos individuales, lo cual se acentúa con los aportes de la doctrina alemana al acudir para su consolidación sustancial a los desarrollos del negocio jurídico. Lo anterior implica que los conceptos de procedimiento administrativo y de acto o decisión administrativa de carácter



No se puede perder de vista, dentro de una concepción moderna de la institución, es decir, la vinculada a un Estado constitucional y social de derecho, que el acto administrativo no puede seguir entendiéndose como una creación espontánea y aislada, simple resultado del ejercicio arbitrario o prepotente de la fuerza, o de sus atribuciones, por parte de los órganos administrativos, sino, por el contrario, como producto de un poder público aconductado y sometido al derecho, ejercido a través de unos procedimientos garantísticos previamente definidos.

Por este sendero doctrinal el acto administrativo, general o particular, en la hora actual del derecho administrativo, se reconduce como el producto final del debate, la controversia y la participación⁹.

De esta manera, se acepta para el derecho administrativo, en especial para la actividad de las autoridades que ejerzan funciones administrativas, la necesidad de incorporar para el cabal cumplimiento de los preceptos, principios y valores del ordenamiento jurídico un elemento adicional, que consolida la seguridad jurídica en la actividad administrativa: se trata del proceso, institución desarrollada para el ejercicio de otras actividades estatales, como la judicial, y que no puede ser extraña para el eficaz encauzamiento y organización de la actividad administrativa como instrumento garante del Estado social de derecho para los asociados¹⁰.

En este sentido, en tratándose del ejercicio de la función administrativa, se plantea por la doctrina la necesidad de la presencia previa del sujeto pasivo de futuras decisiones, como un presupuesto indispensable para la defensa de sus intereses frente a las

- individual, personal o concreta estén arraigados a elementos jurídicos restrictivos que hacen que el mundo del proceso y de la decisión se circunscriban al contexto exclusivo del sujeto directamente interesado en las resultados de la actuación, en cuanto titular de un derecho subjetivo característicamente individualista, según las construcciones civilistas sobre la materia, sin que se admita, en manera alguna, la presencia deliberativa de otros intereses que no sean los estrictamente relacionados con el derecho subjetivo central en discusión.

⁹ Margarita Beladiez Rojo. Validez y eficacia de los actos administrativos, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 118 y ss.

¹⁰ ALLAN R. BREWER-CARÍAS. El derecho administrativo y la ley orgánica de procedimientos administrativos, Colección Estudios Jurídicos, n.º 16, Caracas, Jurídica Venezolana, 1992, p. 13. Durante los primeros años del Estado institucionalizado, el ejercicio de la función administrativa se incorporaba dentro de una especie de oscurantismo que negaba cualquier posibilidad de discusión previa, con la administración, por parte de las personas que pudieran resultar afectadas con sus decisiones de carácter individual. La administración se había hecho depositaria de todos los poderes, potestades y derechos, quedando el particular simplemente en situación de deber, sujeción y subordinación, sin tener realmente derechos ni disponer de mecanismos para exigir la garantía de su derecho. La reacción del Estado de derecho frente a estas concepciones, que implicaban una prolongación de la ideología de injustificable poder público en el ejercicio de la función administrativa, no tardó en consolidarse en la doctrina y en el pensamiento jurídico de quienes depuraban a la luz de los preceptos democráticos y hallaban en su esencia la necesidad permanente de garantizar los derechos ciudadanos en cada una de las manifestaciones del poder.



autoridades, para lo cual se hace indispensable consolidar el principio de legalidad y acatamiento del orden jurídico por parte de las autoridades a través de procedimientos verdaderamente garantísticos y participativos ^{11 12}.

La administración abandona en consecuencia cualquier plano de arbitrariedad y de ejercicio de poder unilateral para colocarse en posición garantística, admitiendo que por su naturaleza las personas que se le relacionen tienen derechos que pueden reclamar ante ella, y que por lo tanto su participación y contradicción resulta vital para la consolidación de instituciones verdaderamente democráticas. “Ya no es un particular indefenso el que la administración va a tener en frente, en las relaciones jurídicas, sino un particular bien armado con muchos derechos legales y con muchos mecanismos jurídicos para garantizar esos derechos y controlar cualquier actitud que signifique la desmejora de esas garantías”^{13 14}.

La importancia del acercamiento de la administración al proceso es tan grande que en la práctica la legalidad, al igual que los demás principios, reglas y valores del ordenamiento jurídico sólo podría garantizarse en la medida del establecimiento de mecanismos claros sobre el comportamiento de los órganos y de los servidores del Estado con la participación armoniosa de los ciudadanos y demás sujetos y personas interesadas, en procura de adoptar las decisiones que correspondan¹⁵, de lo contrario

• **11** Ley 1437 de 2011. Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada. La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.

12 Decreto 01 de 1984. Artículo 35. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares. En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

13 BREWER-CARÍAS. Instituciones, cit., p. 14.

14 CASSESE. Las bases del derecho administrativo, Map, Madrid, 1994, p. 237: “El procedimiento resulta importante en cuanto establece límites a la actividad administrativa...” “... Como sostiene CASSESE, la ciencia jurídica administrativa venía ignorando este aspecto fundamental del proceso, interesándose sólo por los actos finales y no por los aspectos anteriores a las decisiones administrativas, quizás un poco influenciada por las elaboraciones iusprivatistas, en donde los actos preparatorios escasamente son de alguna importancia, e igualmente por criterios inmediatistas que hacían más importante la decisión final para efectos jurisdiccionales...”

15 MERKL. Derecho administrativo, cit., p. 279. “tendencia a la procedimentalización de la actividad administrativa”, logra su formulación científica en la obra de MERKL –Teoría general del derecho administrativo–, más de cien años después de las elaboraciones de GÉRANDE. Considera MERKL que todas las funciones estatales y, en particular, todos los Actos administrativos son metas que no se pueden alcanzar sino por determinados caminos. Encontramos, por lo tanto, un procedimiento legislativo, uno jurisdiccional y otro administrativo, diferenciados entre sí por el objeto de la función a la que le sirven de sendero. En el fondo, agrega MERKL, “Toda administración es procedimiento administrativo, y los actos administrativos se nos presentan como meros productos



las decisiones correspondientes estarían viciadas por violación del debido proceso en especial del derecho de audiencia y defensa^{16 17}.

En otras palabras, el proceso aplicado a la administración pública constituye el elemento dinámico y cotidiano que garantiza decisiones conforme a un ordenamiento jurídico ligado estrechamente al derecho y a la democracia.

Desde esta perspectiva, los procedimientos administrativos encauzan la actividad pública a través de reglas y principios que buscan en esencia otorgar garantías a los asociados, tal como lo hemos reiterado, pero también imprimir eficacia a las actuaciones

- del procedimiento administrativo”. En este sentido destaca MERKL el papel que desempeña la teoría general del proceso jurídico aplicada al derecho administrativo –derecho procesal administrativo–, como la suma de reglas de producción de los actos administrativos, entendiendo el procedimiento administrativo, como el conjunto formal de actos de que se vale el proceso para producir el “acto administrativo”. Enuncia así mismo el autor las que en su opinión son las dos justificaciones político-legislativas de la incorporación del procedimiento al derecho administrativo: estos pilares sustentadores se recogen en las siguientes ideas: a. La necesidad existente en el momento actual del derecho administrativo de articular sus aspectos materiales y formales, esto porque “... en la actualidad nos encontramos con grandes dominios de la administración en los cuales el objeto se halla regulado jurídicamente, pero no así la forma de la administración...”; y, b. El imperativo de proporcionar a los asociados las garantías de juridicidad indispensables para que no sean atropellados por la administración. El procedimiento administrativo no hace más que otorgar al individuo el camino cierto para tratar en un ámbito de participación sus asuntos con la administración, y a ésta las reglas de conducta para formar legalmente sus decisiones frente a los interesados o ante el conglomerado en general: “La necesidad de observar ciertas formas, tales como las que establece el derecho administrativo formal, se considera con razón una garantía de que el contenido se adapta a la norma...”. Lo anterior implica aceptar que el derecho administrativo moderno incorpora, como una necesidad inaplazable, el proceso al estudiar la teoría del acto administrativo, en especial en todo lo referente a los momentos previos a su formación. Es decir que estamos incurso en un fenómeno de proceso jurídico, que explica los principios y conceptos garantizadores de los derechos de quienes se involucren en la formación de toda decisión de la administración. Es por esta elemental razón que iniciar el estudio sobre la materia implica un acercamiento tanto material como formal a la teoría general del proceso, de la cual el proceso administrativo es una de sus ramas. En este sentido, siguiendo a MERKL, consideramos que “el derecho procesal administrativo no es más que un caso particular del derecho procesal, y el procedimiento administrativo un caso particular del procedimiento jurídico en general” .

16 Ley 1437 de 2011. Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general. Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió...

17 Decreto 01 de 1984. Artículo 84. Modificado por el Art. 14, Decreto 2304 de 1989 Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.

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

También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.



nes publicas. Resulta, por lo tanto, indispensable que se adopten procedimientos que faciliten los medios para el efectivo ejercicio de las normas sustanciales. De aquí que el procedimiento administrativo resulte ser la herramienta más idónea para reasegurar la ausencia de arbitrariedad en el obrar de la administración^{18 19}.

El proceso en sentido general ha sido entendido como el conjunto de actos interrelacionados y caracterizados por su naturaleza teleológica, en la medida que busca la realización de un fin determinado. Desde esta óptica, y tratándose de la función administrativa, el proceso sería aquel acervo de actuaciones administrativas coordinadas y orientadas a la producción de una decisión por parte de quien ejerce funciones administrativas. El procedimiento, por su parte, lo entenderíamos como la especie motora de aquél. Todo proceso implica la existencia de uno o más procedimientos para el logro de sus finalidades.

El procedimiento no es más que el cauce o camino que debe seguirse para obtener lo que el proceso pretende; de aquí su carácter teleológico. En este sentido, y en sus relaciones con el proceso administrativo, el procedimiento administrativo sería toda sucesión formal de actos tendiente al cumplimiento de las competencias asignadas a quienes ejercen funciones administrativas, pudiendo culminar en la expedición de un acto administrativo.

- **18** ALEJANDRO NIETO. “El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemanas”, cit., p. 78. El procedimiento administrativo no se justifica únicamente en cuanto factor importante para imprimir a las administraciones públicas la eficiencia necesaria para el cumplimiento de sus propósitos; es de su naturaleza también, y de gran importancia, su carácter garantístico. ALFREDO GALLEGO ANABITARTE et al. Acto y procedimiento administrativo, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 135. En este contexto debemos destacar la definición intentada por el autor en torno al procedimiento administrativo, donde juega de manera importante tanto con la eficacia como con la garantías que el mismo debe ofrecer a los asociados; señala al respecto que “El procedimiento administrativo se presenta como una garantía de la adecuación de la actividad administrativa a criterios de objetividad y eficacia, y, también, como una garantía del pleno respeto de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la administración pública...”. LUCIANO PAREJO ALFONSO. Eficacia y administración, Madrid, MAP y BOE, 1995, pp. 89 y ss. La eficacia en la administración pública se relaciona con el cumplimiento real y efectivo de los cometidos estatales.

19 JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ. “Las prerrogativas de la administración en el procedimiento administrativo”, en Procedimiento administrativo, Tucumán, Uasta, 1982, p. 91. FRAGA. Derecho administrativo, cit., p. 254: “El acto administrativo requiere normalmente para su formación estar precedido de una serie de formalidades y otros actos intermedios que den al autor del propio acto la ilustración e información necesarias para guiar su decisión [...] al mismo tiempo que constituyen una garantía de que la resolución se dicta, no de un modo arbitrario, sino de acuerdo con las normas legales...”. JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ es más explícito al justificar la existencia de un proceso y de un procedimiento administrativo. Traslada el fenómeno a los estadios de la autodefensa y la autocomposición, para demostrar cómo estos mecanismos encauzadores no son otra cosa que el freno institucional a la arbitrariedad. El procedimiento administrativo, sostiene, surgió como una garantía del administrado frente al ejercicio de la autodefensa administrativa: “Ya que la administración ostenta esos privilegios exorbitantes, se dijo, sometamos al menos a unas normas formales su ejercicio. De aquí que se haya hablado de una autodefensa procesalizada...”



Es decir, se acepta de ordinario que el procedimiento administrativo no es sino la forma jurídica en que actúa la administración, su *modus procedendi*, instituido previamente para que a través de él la administración profiera sus actos administrativos. De esta idea se ha deducido que la legalidad de la actuación administrativa, en la medida en que es esta vía la que debe transitarse para llegar al acto administrativo, no se encuentra a la libre elección de los órganos correspondientes de la administración pública y ha debido ser prevista por normas superiores.

Visto lo anterior, y reiterando las elaboraciones doctrinales, entendemos por procedimiento administrativo el sendero preestablecido legalmente, y que consiste en trámites y formalidades a los cuales deben someterse las autoridades administrativas en ejercicio de sus actuaciones, tendientes a la producción de actos administrativos, para que éstos en su formación obedezcan a una trayectoria garante de los derechos de los interesados y de la comunidad en general, lo mismo que de las ritualidades tendientes a impedir la arbitrariedad o el incumplimiento de los fines sociales y el interés general.

El fin del proceso administrativo es en últimas el acto administrativo, pero no por sí mismo, sino en cuanto que el acto administrativo de contenido particular debe concretar el ordenamiento jurídico sus principios, reglas y valores. En esta dirección se debe entonces precisar, que al procedimiento administrativo se le debe entender entonces, como el más importante instrumento con que cuenta quienes ejercen funciones públicas administrativas para el cabal, adecuado y oportuno cumplimiento de los propósitos y finalidades del Estado, que no son otros que todos aquellos que fluyen de la esencia y naturaleza de las cláusulas o bases constitucionales de carácter normativo que sustentan nuestro ordenamiento jurídico y que podríamos concretar para efectos operativos en las del “Estado de derecho”, “Estado democrático”, “Estado social de derecho”, “Estado unitario”; y “la de integración”; los cuales, a su vez, son portadores de principios y valores que orientan y determinan la acción de los poderes públicos y de las relaciones entre el Estado y los asociados²⁰.

Todos estos contenidos son parte indiscutible de la Constitución normativa sustancial, que es, a no dudarlo, la columna conductora de toda acción y actuación pública administrativa, por lo tanto, repito, determinantes del objeto y finalidad de los procedimientos administrativos.

Ahora bien, de manera concreta, son tres las bases del ordenamiento jurídico que mas interés merecen por sus contenidos y dinámica de efectividad de las finalidades estatales en relación con los procedimientos administrativos, las del “Estado de derecho”, “Estado democrático”, “Estado social de Derecho”, que podríamos para efectos

• **20** Constitución Política de Colombia. Artículo 1. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.



estrictamente operacionales y de integración traducirlas en la del “Estado social y democrático de derecho” que en si mismo traduce la base doctrinal de las finalidades públicas, el respeto a la legalidad y los derechos fundamentales de los asociados, y sobre todo desarrollan los principios sustentadores del concepto del debido proceso y de las garantías absolutamente sustanciales que toda actuación pública procesal realmente democrática implica.

Para un mejor entendimiento de la cláusula propuesta en relación con los procedimientos administrativos se hacen las siguientes apreciaciones sobre su alcance sustancial:

1.- Las cláusulas constitucionales del Estado social de derecho y de Estado democrático en la base de los procedimientos administrativos.

El Estado social, que puede haber alcanzado o no, los estadios óptimos del bienestar²¹, constituye un concepto general, de reciente conformación en la doctrina constitucional a partir de una particular convergencia ideológica liderada por las ideas socialistas²², y adoptado en importantes ordenamientos jurídicos, que irradia la plenitud de las decisiones y actuaciones de los poderes públicos, en todos aquellos ordenamientos jurídicos-políticos que lo hubieren adoptado; por lo tanto, de sus elementos y contenidos materiales, se pueden deducir, sin mayores dificultades, los principios, reglas y valores que dan razón y sustento, a los diferentes instrumentos jurídicos, a los que debe acudir la -administración pública, en cuanto ordenadora, de la configuración constitucional y legal de este modelo de Estado, para hacer realidad sus postulados,

- **21** PAREJO ALFONSO. “Estado social y Estado de bienestar a la luz del orden constitucional”, en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, JOSÉ LUIS GARCÍA DELGADO y LUIS GONZÁLEZ SEARA. Las estructuras del bienestar: propuestas de reforma y nuevos horizontes, Madrid, Once-Civitas, 2002, p. 793 y ss. El concepto de Estado social es un concepto jurídico; el de Estado de bienestar es una calificación –adjetivo– que puede acompañar al Estado social, o a cualquier otro, de acuerdo con el desarrollo y la evolución económicos alcanzados por él, que le permiten, a partir de políticas públicas en relación con el gasto público, elevar las condiciones de vida de sus habitantes. El Estado de bienestar se relaciona entonces con inversión social a partir de un buen comportamiento del sistema económico, que indudablemente genera estabilidad social. El Estado, cualquiera que éste sea, configura el marco cultural dentro del cual se fragua el bienestar – por lo menos así ha sucedido históricamente –. En este sentido, como anota PAREJO, “[...] No consiste esa relación, sin embargo, en una identidad total entre Estado social, como fórmula constitucional, y el llamado Estado de bienestar”. ALFONSO FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR. “El Estado Social”, en Revista Española de Derecho Constitucional, n.º 69, 2003.

22 Sobre el surgimiento y la evolución del concepto puede consultarse PAREJO ALFONSO. Derecho administrativo, Ariel Derecho, Madrid, 2003, pp. 127 y ss. Del mismo autor, Estado social y administración pública, Madrid, Civitas, 1983. En igual sentido, el interesante estudio contenido en la sentencia de la Corte Constitucional C-1064 de 2001.



enmarcados tanto en la regla general que el postulado involucra como en las múltiples hipótesis constitucionales que le dan contenido²³, de aquí su vinculación irremediable con los procedimientos administrativos, en cuanto mecanismos para la satisfacción de estos cometidos.

En sentido general se puede afirmar que bajo la estructuración de la cláusula del Estado social se dan las condiciones materiales para la estructuración y materialización de todas las decisiones propias de los poderes del Estado, en consecuencia, corresponderá a las autoridades el agotamiento de los trámites y procedimientos que hubiere establecido el legislador para los designios del principio y no para propósitos diferentes.

El procedimiento administrativo en esta dirección se torna entonces como un instrumento de carácter sustancial para el cumplimiento de los propósitos y finalidades constitucionales, esto es, no estrictamente formal, esencialmente material, sustentado en una legalidad consonante con las finalidades sociales del Estado, justificado en estas razones y no en un mecánico cumplimiento de una legalidad desposeída y ausente de propósitos constitucionales.

El concepto de Estado social de derecho surge de los trabajos del profesor Hermann Heller²⁴ principalmente del artículo publicado en 1929 “¿Estado de derecho

- **23** CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1064 de 2001. “[...] En este orden de ideas, entre las manifestaciones concretas del principio fundamental del Estado social de derecho se encuentran, por ejemplo, los mandatos generales dirigidos a promover la igualdad real y efectiva mediante la adopción de medidas a favor de grupos marginados o discriminados (artículo 13 inciso 2 C. P); proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (artículo 13 inciso 3 C. P); proteger a la mujer embarazada, a la mujer cabeza de familia, a la niñez, a los adolescentes, a las personas de la tercera edad, a los discapacitados, a los pensionados y a los enfermos (artículos 43 a 49 C. P); apoyar a los desempleados (artículo 54 C. P); y promover el pleno empleo así como el mejoramiento de la calidad de vida de las personas de menores ingresos (artículo 334, inciso 2); y, en general, dar prioridad sobre cualquier otra asignación al gasto social para la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales (artículo 366 C. P). La interpretación sistemática del principio fundamental del Estado social de derecho y de los preceptos constitucionales que lo concretan, permite concluir que dicho principio abarca, sin caer en el paternalismo o en el asistencialismo, contenidos tanto de participación en la prosperidad general, de seguridad frente a los riesgos de la vida en sociedad, de equiparación de oportunidades como de compensación o distribución de cargas. Por la concepción material de la igualdad, el grado y tipo de protección requerido varía entre situaciones diferentes, cuando se trata de distribuir y asignar recursos escasos en un contexto en el que existen objetivamente necesidades insatisfechas que el Estado debe prioritariamente atender. De manera más puntual se podría decir, por ejemplo, que la concepción de igualdad material que inspira el Estado social de derecho se manifiesta plenamente en el mandato de protección especial a los más débiles, en términos comparativos, en el manejo y el reparto de recursos escasos [...]”. [sic]

24 HERMANN HELLER. “¿Estado de derecho o dictadura?”, en Escritos políticos, Madrid, Alianza, 1985, pp. 283. Como ya se anotó, este artículo fue originalmente publicado en Die Neue Rundschau (El nuevo panorama) (Berlín, Fischer, 1929). El concepto de Estado de derecho perteneció hasta la Primera Guerra Mundial al acervo común de ideas del derecho europeo. “[...] Como reivindicación no era discutido ni aun allí donde, ya en un todo ya parcialmente, no se le había



o dictadura?”²⁵, en donde plantea la necesidad, para el viejo y simple Estado de derecho²⁶ moldeado conforme los parámetros del liberalismo económico clásico, de asumir un papel central y principalísimo en la atención a los conflictos sociales, so pena de

- reconocido o llevado a la práctica. Hasta la revolución bolchevique, incluso los grandes partidos socialistas interpretaban la dictadura marxista del proletariado en un sentido más o menos democrático y de Estado de derecho [...]”. Sin embargo, sostiene HELLER, esta situación ha cambiado sustancialmente (1929): las amenazas de la dictadura ante las debilidades del Estado de derecho son ostensibles. Las amenazas fascistas y del comunismo desbocado en Rusia son en sí mismas dictaduras contrarias a la democracia y al Estado social de derecho. HELLER veía con preocupación cómo incluso el mismo modelo de los bolcheviques había resquebrajado el concepto de Estado de derecho. “[...] La dictadura bolchevique, que no ha hecho en suma sino reasumir la forma de gobierno de Pedro el Grande, no ha conocido jamás la alternativa Estado de derecho o dictadura y puede quedar fuera de nuestra consideración [...]”. Y en realidad las inquietudes de HELLER eran absolutamente justificadas, tanto así que la Europa de su tiempo fue campo fértil para las más odiosas dictaduras fascistas y comunistas que el mundo pudo conocer y padecer.

25 WOLFGANG ABENDROTH. “El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, en *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 13 y ss. No obstante lo anterior, la literatura especializada nos brinda referencias históricas que nos ubican en la documentación jurídica y política surgida de las revueltas obreras de 1848 en París, en donde, a partir de la transacción ideológica entre burgueses democráticos y voceros del movimiento obrero, se consolidó la fórmula del “[...] Estado de derecho democrático y social [...]”, pretendiendo comprender en éste el derecho fundamental al trabajo y al establecimiento de una especie de economía cooperativa de producción a la que concurriría tanto el capital como la clase obrera, idea retomada luego por el movimiento obrero y los socialistas europeos. Desde la perspectiva constitucional, antecedentes importantes en el constitucionalismo moderno se observan en la Constitución de la República de Weimar, que, si bien es cierto, no definió el Estado como social de derecho, sí adoptó en su codificación toda una serie de disposiciones relativas a los que podríamos calificar como derechos de segunda generación, tendientes a regular los conflictos que alteran el orden social. De esta forma, se introdujeron por primera vez en el constitucionalismo regulaciones sobre el trabajo, relaciones entre patronos y trabajadores, y disposiciones sobre seguridad social. Luego, en el constitucionalismo de la posguerra se observa que en algunas constituciones de los Länder, tanto de las zonas aliadas como de la rusa, fueron expedidas constituciones que fueron amas allá del viejo constitucionalismo de Weimar e incorporaron en sus textos cláusulas contentivas de mandatos concretos a los poderes públicos en el sentido de priorizar lo social en cuanto finalidad indiscutible del Estado de derecho en ellas organizado, “[...] incluso en Baviera, con absoluta mayoría del CSU, la Constitución del Länd encomendó al legislador la tarea de socializar la producción básica [...]”. Sin embargo, la consagración definitiva del concepto se da en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en sus artículos 20 numeral 1 y 28 numeral 1, que respectivamente disponen: “La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social”; “El orden constitucional en los Länder debe responder a los principios de Estado republicano, democrático y social, en el sentido de esta Constitución”. Sobre las razones de su incorporación como fórmula constitucional indica ABENDROTH que “[...] Después de 1945, con el derrumbamiento del Tercer Reich y la liberación de Alemania –no por sí misma, sino en virtud de la victoria de los aliados–, se instaló la convicción en el pueblo alemán, o al menos en aquellos sectores que habían intuido lo que sucedió, que era necesario modificar no solo la estructura política, sino también la estructura social, ya que las clases dominantes de épocas anteriores eran responsables de la toma del poder que condujo al Tercer Reich y de la participación en la guerra emprendida por éste [...]”. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER. *Derecho económico I, La Ley*, Madrid, 1988, p. 31. Atribuye a LORENZ VON STEIN ser el precursor de la idea de Estado social. Este pensador, a partir del análisis de las revoluciones francesas de 1830 y 1848, entendió y postuló que había llegado ya el tiempo de concluir con las revoluciones políticas y habría de abrirse paso a las de significado social. “[...] son estas revoluciones las que pueden evitar las otras [...]”. A partir de la influencia de HEGEL, hace clara diferencia entre sociedad y Estado. El Estado debe conducir a la sociedad, de donde se concluye el carácter teleológico de su accionar.



generar la ruptura total del sistema y la caída del Estado de derecho y democrático por los senderos de las dictaduras despóticas²⁷. Predicaba la necesidad de que el Estado de derecho se transformara en un Estado social de derecho, que procurara la consolidación de la igualdad en un sentido material, que abarcara la totalidad de la “cuestión social”, y no se agotara en una simple igualdad formal. La igualdad material implicaba por lo tanto, para el legislador, reconocer derechos y para la administración adoptar decisiones con incidencia directa en la vida social de los ciudadanos más allá del ámbito estricto del individualismo y de los simples derechos subjetivos²⁸.

El concepto así visto define y entronca al Estado en una perspectiva de fines, otorgándole papel sustancial sobre el orden social en su integridad (social, político, económico, cultural), incorporando el viejo y añejo concepto de Estado de derecho bajo una dinámica material, en coherencia con los principios democráticos, lo que le otorga, sin duda, el carácter de principio de principios; complejo rector de la dinámica del Estado moderno, elemento finalístico y teleológico, que vincula en consecuencia a las autoridades administrativas en la participación activa en la materialización de las finalidades sociales, lo cual no puede ser perdido de vista en los procedimientos administrativos.

Por estas circunstancias, el papel de las instituciones, órganos o sujetos calificados como administrativos no solo se ha transformado, sino que ha reconocido un papel claro de la dogmática de lo social de derecho; sus defensores, incluso, llegan a sostener que de todas las instituciones la administrativa es la decisiva para la consolidación de lo social en el Estado: “La administración es la pieza capital en el cumplimiento del principio social propio de ese Estado. Ello significa que la atención que late en entero estado de legitimación (a través del pluralismo político y la sumisión al derecho) y

- **26** En relación con el alcance y significado del concepto de Estado de derecho puede consultarse entre otros los siguientes trabajos: DANILO ZOLO. “Teoria e crítica do Estado de direito”, en *O Estado de direito: história, teoria, crítica*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 3 y ss. En esta misma compilación, PIETRO COSTA. “O Estado de direito: uma introdução histórica”, pp. 95 y ss.; LUIGI FERRAJOLI. “O Estado de direito entre o passado e o futuro”, pp. 417 y ss.; así mismo, ELÍAS DÍAZ. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus-Alfaguara, 1991, pp. 23 a 42.

27 HELLER indudablemente tomaba como elemento objetivo de análisis la evolución de la Constitución de Weimar que había retomado las fórmulas del concepto en estudio, y su traumática situación a partir de la interpretaciones de los tribunales de la época que prácticamente habían vaciado de contenido los perentorios mandatos sociales establecidos en la mentada constitución. HELLER predecía que quizá con otros jueces, que habrían de llegar con el cambio social, otro sería el destino de la interpretación constitucional (“¿Estado de derecho o dictadura?”, cit.). Así lo destaca el profesor ABENDROTH (“El Estado de derecho democrático y social como proyecto político”, cit.): “[...] Fue mérito del constitucionalista Hermann Heller demostrar que el verdadero contenido de la Constitución de Weimar tenía que ser caracterizado precisamente desde esa fórmula de democracia social en la forma de Estado de derecho, y que era misión de la ciencia jurídica, así como de la clase trabajadora, actuar a favor de la realización de esa exigencia constitucional [...]”.

28 HELLER. “Las ideas socialistas”, en *Escritos políticos*, cit., pp. 303 y ss.



eficacia (satisfacción de los objetivos sociales: máxima igualdad posible en cada momento en la distribución de los bienes materiales y culturales) se hace especialmente acusada en el ámbito administrativo”²⁹.

En estos términos se propone el fortalecimiento del aparato administrativo del Estado con el fin de adecuarlo a las nuevas exigencias sociales que son su objeto y finalidad incontestable. El fortalecimiento implica de todas formas un orden para las cosas de la administración, seguridad jurídica, garantías, participación y sobre todo claridad en las finalidades constitucionales de la administración pública, lo cual se traduce inevitablemente en la existencia de un procedimiento sumido en estos propósitos.

Estas transformaciones se dirigen a dotar a los funcionarios administrativos de instrumentos idóneos para atender la totalidad de demandas y exigencias sociales, circunstancias que repercuten sobre el carácter y contenido del derecho administrativo que se torna, en consecuencia, en un derecho con principios, dirigidos a hacer desde la administración realidad (dentro del contexto del ordenamiento jurídico) el carácter social del Estado y justificar así (dentro del contexto jurídico emanado de la Constitución y la ley) los nuevos instrumentos que dotan de posibilidades de mayor actuación y decisión a los órganos administrativos.

Los procedimientos administrativos constituyen en esta perspectiva instrumentos invaluable de orden, seguridad y garantía para el logro y materialización de las finalidades público administrativas, su existencia se justifica no solo por razones de simple legalidad formal, sino principalmente, por el carácter constitucional finalístico de las materias encomendadas a la administración y que son su objeto inmediato, con el propósito de obtener decisiones enmarcadas dentro del respeto a los intereses y derechos tanto subjetivos como colectivos.

Complementa la anterior idea, el marco democrático dentro del cual se debe ubicar y desenvolver la administración pública para efectos de dar cumplimiento al mandato constitucional de la satisfacción de las necesidades públicas. El modelo de Estado democrático constituye dentro de nuestro ordenamiento, la columna sustentadora de la inclusión, el equilibrio, la igualdad, la transparencia, el debido proceso, la libertad de los asociados en sus relaciones con los poderes públicos y sobre todo la seguridad jurídica.

La idea de un Estado democrático³⁰, no resulta ser a luz de la doctrina de fácil abordaje conceptual³¹, sobre todo, cuando se le vincula e integra con la cláusula cons-

• **29** PAREJO ALFONSO. El concepto del derecho administrativo, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1984, pp. 261 y 262.

30 CARL SCHMITT. Teoría de la Constitución, Madrid, Alianza, 2009, pp. 221 y ss.

31 SANTAMARÍA PASTOR. Fundamentos de derecho administrativo I, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1991, p. 234.



titucional del Estado social. De todas formas, en procura de lograr una aproximación operacional en torno de un concepto de democracia³², entendemos la cláusula constitucional del Estado democrático, estrechamente vinculada a la forma como se ha diseñado el marco institucional del poder y su ejercicio en el ordenamiento jurídico; si este, su ejercicio, se sumerge, sustancialmente, por fuera de la arbitrariedad³³, relegando la autocracia³⁴, y sustentándose en la igualdad y libertad para el logro de sus propósitos sustanciales³⁵, irradiando a partir de esta caracterización, no solo la actividad configuradora del legislador en relación con los procedimientos administrativos, sino también, y de manera primordial, la actividad de la administración pública, en todos sus aspectos³⁶.

La constitución política incorpora el concepto, tanto en su preámbulo, al establecer que el marco jurídico para el ejercicio de los poderes públicos debe hacerse dentro de un contexto jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, eco-

- **32** Sobre la conformación histórica del concepto de democracia puede consultarse la acepción de democracia elaborada por NORBERTO BOBBIO en BOBBIO y MATTEUCCI. Diccionario de política, Siglo veintiuno editores, Mexico 1985, tomo A-J, pp. 493 y ss.

33 GARCÍA DE ENTERRÍA. La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo, Civitas, Madrid, 2000, pp. 24 y ss. Del mismo autor, Democracia, jueces y control de la administración, cit., pp. 31 y ss.

34 En cuanto al dilema de administración democrática o autocrática en el contexto del Estado de derecho, puede consultarse la posición autocrática de KELSEN en A democracia, Sao Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 79 a 85, donde se compilan varios trabajos de este autor, entre ellos el de “Esencia y valor de la democracia”. La posición reivindicatoria de una administración altamente democrática, aunque con elementos autocráticos, puede consultarse en SANTAMARÍA PASTOR. Fundamentos de derecho administrativo I, cit., p. 235.

35 GARCÍA DE ENTERRÍA. Democracia, jueces y control de la administración, cit., pp. 66 y ss. La democracia no es un problema procedimental o adjetivo relativo a la simple integración del poder o en relación con el origen de sus instituciones. Esta es una visión restrictiva y peligrosa del concepto. La democracia va mucho más allá: es ante todo un concepto sustancial. En esta dirección plantea el autor, siguiendo los trabajos de ALAIN TOURAINE, que la “[...] democracia es un conjunto de garantías institucionales que permiten combinar la unidad de la razón instrumental con la diversidad de las minorías, el intercambio con la libertad. La democracia es una política del reconocimiento del otro [...]”. retomando las ideas de CHARLES TAYLOR, “[...] la democracia introduce en la vida política el principio moral, de que quienes no ejercen el poder en la vida social disponen de un recurso para defender sus intereses y para mantener sus esperanzas [...]” de poder ocupar algún día ese poder. La democracia se funda sobre los conceptos de igualdad, libertad y justicia, de reconocimiento a los individuos y las colectividades, de límites al ejercicio de poder no solo mediante procedimientos preestablecidos, sino también, y principalmente, a partir del reconocimiento de la libertad.

36 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-008 de 2003. “[...] La democracia puede definirse como el régimen político cuyo orden es edificado o construido a partir de la manifestación de voluntad de los gobernados, gozando éstos de libertades públicas y conservando la opción de controlar el ejercicio del poder. En otras palabras, es una forma de gobierno en el que “los destinatarios de las normas son los mismos que las producen, pues las decisiones colectivas son tomadas por los propios miembros de la comunidad [directa o indirectamente] [...]”.



nómico y social justo; en su artículo 1 al indicar que Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general; en el artículo 2° señala entre los fines esenciales del Estado el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación; en el artículo 3° consagra el principio de la soberanía popular, precisando que ésta reside exclusivamente en el pueblo y que de él emana el poder público; en el artículo 40 regula todo lo referente al derecho de participación ciudadana en la conformación, ejercicio y control del poder político, y en el artículo 209 cuando dispone que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que se desarrollará con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad³⁷.

La base constitucional de la democracia, más que un mero instrumento adjetivo, constituye un fenómeno sustancial y cultural con indudables efectos políticos, sociales y jurídicos, que debe dominar el ejercicio del poder en todas sus manifestaciones³⁸ y la administración pública, al desarrollar los procedimientos administrativos, no puede alejarse de estos presupuestos conceptuales.

En este sentido, se puede afirmar sin dudas que, respecto de la administración pública, la democracia domina, no solo para la integración de los órganos o autoridades superiores de la administración, sino también en su interior. En cuanto se refiere a su ejercicio, la situación es similar: la democracia restringe el ejercicio autocrático de la administración pública, no sólo por el ejercicio de los órganos de control, sino también, por la proliferación de mecanismos de participación ciudadana, con efectos directos en el ejercicio de funciones administrativas.

El sustento jurídico del sistema democrático se funda a todas luces en el desarrollo del principio de la igualdad, que pretende el rompimiento de todos aquellos privilegios y exorbitancias que alejan el ejercicio del poder de los intereses del pueblo, que constituyen su base esencial, así las cosas un verdadero sistema democrático, garantiza que la voluntad y actividad del Estado este formada y ejercida por los mismos que están sometidos a ella, y que el pueblo, a quien se dirige el poder del Estado, sea al mismo tiempo sujeto de este poder; la voluntad popular se convierte en voluntad del Estado sin apelación superior; el pueblo es, pues, soberano³⁹. Esta característica del sistema

• **37** CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-644 de 2004. “[...] Por ello, esta Corporación ha reconocido que la democracia, en nuestro ordenamiento constitucional, tiene una vocación universal y expansiva, alrededor del pluralismo y la participación, como condiciones esenciales para su eficacia [...]”.

38 GIOVANNI SARTORI. Teoría de la democracia, Madrid, Alianza, 1988, pp. 21 y ss.

39 MANUEL GARCÍA PELAYO. Derecho constitucional comparado, Madrid, Alianza, 1984, pp. 169 y 170.



democrático aplicada al procedimiento administrativo lleva a la postulación de los principios de participación y controversia como elementos de su esencia.

En relación con los procedimientos administrativos, el papel de la administración pública resulta a todas luces, esencial y garantizador⁴⁰ en cuanto atribución adscrita bajo criterios de discrecionalidad, debiendo para efectos, de adecuación constitucional plena, sujetarse a las bases sustentadoras del ejercicio democrático del poder⁴¹, que implican cualquier trámite administrativo, en especial el que se sigue para la adopción de las decisiones, sujetarlo a principios como los de ponderación, proporcionalidad y razonabilidad, con el fin de consolidar sobre bases ciertas, entre otros, los fines de supremacía del interés general; inclusión social; protección a los derechos individuales y colectivos; no discriminación; igualdad; transparencia; pluralismo; tolerancia; participación; objetividad; imparcialidad; publicidad y previsibilidad. Todo lo anterior, bajo el entendido de la defensa y protección de los derechos fundamentales^{42 43}.

El pensamiento democrático, trasladado a los ámbitos discrecionales de la administración pública, es garantía de balance y equilibrio en el accionar público, de transparencia e igualdad en las relaciones con los asociados, de pluralismo, tolerancia, participación y, sobre todo, de desprecio absoluto para con la arbitrariedad, la reducción y reconducción de la autocracia y el rechazo profundo al abuso del derecho – desvío de poder –.

La cláusula constitucional de Estado democrático, coadyuvada al concepto material de Estado social, consolida de manera magnífica, en una proyección finalística el concepto de interés público y general, constituye, a no dudarlo, el faro y guía maestra de la actuación pública en relación con la plenitud de los poderes públicos. La democracia, reconducida a estos aspectos, se configura entonces garantía de realización del principio constitucional del interés general.

• **40** PAREJO ALFONSO. Derecho administrativo, cit., p. 88.

41 SCHMIDT-ASSMANN. Teoría general del derecho administrativo como sistema, Instituto Nacional de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 2003, p. 115. La democracia también es un estilo de gobernar, no solo un problema de conformación del poder.

42 PAREJO ALFONSO. Derecho administrativo, cit., pp. 1054 y 1055.

43 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-644 de 2004. “[...] En atención a la naturaleza expansiva y universal de la democracia, es viable que tanto el legislador como las demás autoridades de la República, en el marco de los estrictos límites de su competencia, permitan la extensión de los principios del régimen democrático, en aras de irradiar no sólo las relaciones de tipo político, sino también de naturaleza económica, cultural, ecológica, etc. En efecto, la garantía de los derechos y libertades individuales, sociales y económicas, la sujeción de la actividad del Estado al principio de legalidad, el respeto de los principios de participación y pluralismo y, especialmente, la protección reforzada a la libertad e igualdad, no deben pertenecer exclusivamente a la arquitectura de un modelo político constitucional, sino que debe permitirse su funcionamiento normal y reiterado en otros campos de la vida ordinaria de un Estado, en aras de corregir las deficiencias que se presentan principalmente en materias de índole económica y social [...]”.



A partir de esta interrelación, entre las bases constitucionales analizadas, podemos fácilmente definir un contenido dogmático, sustancial y finalístico de los procedimientos administrativos en el siguiente sentido:

2.- El contenido dogmático, sustancial y finalístico de los procedimientos administrativos en el contexto del Estado social y democrático de derecho. Excepción.

Conforme a lo expuesto se tiene que en vigencia de la cláusula constitucional del Estado social y democrático de derecho, el procedimiento administrativo tiene un objeto preciso y una finalidad concreta: garantizar los contenidos sustanciales del concepto de Estado social en un ambiente democrático de participación, transparencia, debate, controversia, entre quienes ejercen la función pública administrativa, y cada uno de los destinatarios de sus decisiones, dando sustentación al debido proceso de manera que se protejan y garanticen de manera igualitaria y plena los derechos subjetivos y colectivos, las libertades públicas, el interés general y demás fines del Estado, bajo un contexto de respeto y acatamiento absoluto al ordenamiento jurídico, sus principios, reglas y valores, al igual que a los asociados y las autoridades, haciendo que la administración satisfaga las necesidades públicas, cumpla con sus funciones, preste los servicios que le han sido atribuidos, y los particulares o la comunidad en general acate y materialice sus deberes y demás compromisos como actores de la sociedad^{44 45}.

La validez en consecuencia de cualquier decisión administrativa, sea de contenido individual o colectiva, depende de la sujeción estricta al anterior marco conceptual. Sin haberse agotado el contenido material del objeto y finalidad de los procedimientos administrativos no podrá tomarse decisión alguna que pueda calificarse como coherente y acomodada al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, debe destacarse que los procedimientos administrativos como se ha dicho proceden y tienen su campo de aplicación allí donde deba ejercerse la función

- **44** Ley 1437 de 2011. Artículo 1. Finalidad de la Parte Primera. Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.

45 Decreto 01 de 1984. Artículo 2. Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley.



pública administrativa, luego en relación con las actividades de los particulares, salvo casos de intervención económica, no son de aplicación^{46 47}.

Esta situación proviene del contexto económico y social definido constitucionalmente.⁴⁸ Al respecto, no podemos perder de vista el hecho de que la incorporación constitucional de la cláusula del Estado social y democrático de derecho, en interacción sustancial con el también postulado constitucional de la libertad de empresa e iniciativa privada⁴⁹, lleva al reconocimiento, en relación con los particulares, de un precioso principio rector: el de su autonomía y libertad de actuación en relación con sus bienes e intereses, pero con respon-

- **46** Ley 1437 de 2011. Artículo 2. **Ámbito de aplicación.** Las normas de esta Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del Poder Público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas. A todos ellos se les dará el nombre de autoridades.

Las disposiciones de esta Parte Primera no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar perturbaciones de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad, y circulación de personas y cosas. Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción.

Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código.

47 Decreto 01 de 1984. Artículo 1. **Campo de aplicación.** Las normas de esta parte primera del código se aplicarán a los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del poder público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas. Para los efectos de este código, a todos ellos se les dará el nombre genérico de “autoridades”.

Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por éstas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles.

Estas normas no se aplicarán en los procedimientos militares o de policía que por su naturaleza, requieran decisiones de aplicación inmediata, para evitar o remediar una perturbación de orden público en los aspectos de defensa nacional, seguridad, tranquilidad, salubridad y circulación de personas y cosas.

Tampoco se aplicarán para ejercer la facultad de libre nombramiento y remoción

48 Constitución Política de Colombia. Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

49 ARROYO JIMÉNEZ. Libre empresa y títulos habilitantes, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, Pgs 75 y ss.; 159 y ss.



sabilidades y límites frente al bien común, por lo tanto, el del reconocimiento amplio y general de títulos y privilegios estrictamente en cabeza de los mismos, es decir, el rechazo por regla y postulado constitucional, de la intromisión del Estado, allí donde no ostente título o monopolio alguno que le permita actuar respecto de los particulares, dispensándolos o concediéndoles lo que ya ellos tienen como indiscutible derecho subjetivo⁵⁰.

Conforme a las bases de nuestro modelo constitucional, la libertad económica es un claro derecho subjetivo que se ejerce, por regla general, de manera directa, sin necesidad de permisos previos o requisitos de ninguna naturaleza, a través, simplemente, de los instrumentos y mecanismos derivados de la iniciativa y autonomía privada. Puede, así mismo, ser ejercida, excepcionalmente, mediante el trámite previo de expresas habilitaciones derivadas de los límites obvios y claros que requiera el bien común, materializados en permisos, licencias, esto es, en autorizaciones o el cumplimiento de requisitos, todos ellos previos, esto, únicamente, en los casos expresamente dispuestos por el legislador, para efectos de garantizar la misma libertad y ordenarla por razones de interés general⁵¹, para lo cual se debe agotar el correspondiente procedimiento administrativo.

3.- Los principios generales de los procedimientos administrativos a la luz de la cláusula del Estado social y democrático de derecho.

Del análisis en contexto de las cláusulas constitucionales en comento se deducen una serie de principios rectores de las actuaciones y procedimientos administrativos.

Los principios identifican en esencia, aquellos conceptos sustanciales que le dan contenido y justificación dentro del contexto del Estado social de derecho a las instancias seguidas por la administración en sus relaciones con los particulares y los asociados en general.

- **51** CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-150 de 2003. “[...] Ahora bien, la intervención del Estado en la economía puede ser de diferente tipo, sin que siempre pueda efectuarse una diferenciación clara entre las formas de intervención correspondientes. Así, por ejemplo, en la doctrina se habla de intervención estatal global, cuando versa sobre la economía como un todo, sectorial, cuando recae en una determinada área de actividad, o particular, si apunta a una cierta situación como por ejemplo a la de una empresa; de intervención estatal directa, cuando recae sobre la existencia o la actividad de los agentes económicos, o indirecta, cuando está orientada no a la actividad económica propiamente dicha sino al resultado de la misma; intervención unilateral, cuando el Estado autoriza, prohíbe o reglamenta una actividad económica, o intervención convencional, cuando el Estado pacta con los agentes económicos las políticas o programas que propenden por el interés general; intervención por vía directiva, cuando el Estado adopta medidas que orientan a los agentes económicos privados, o intervención por vía de gestión, cuando el Estado se hace cargo el mismo de actividades económicas por medio de personas jurídicas generalmente públicas [...]”.



El nuevo código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo, incorpora los principios de las actuaciones y procedimientos, lo hace dentro de una perspectiva similar a la diseñada en el ordenamiento jurídico derogado: no solo los instituye como instrumentos de interpretación, sino también, y en esto radica el énfasis más importante, como elementos de aplicación de las normas y reglas relativas a los procedimientos y actuaciones administrativas, debiéndose entender entonces que cada disposición del código, en lo relativo a esta materia debe leerse, entenderse y aplicarse siempre a la luz de cada uno de los principios propuestos, en otras palabras los principios acompañan a cada una de las normas del código de procedimientos administrativos^{52 53}.

Recordemos al respecto que en el régimen derogado, como lo señalaba el artículo 2.º de la Ley 58 de 1982, en concordancia con el inciso 9.º del artículo 3.º del decreto 01 de 1984, los principios servían a las partes involucradas en el procedimiento administrativo para resolver las cuestiones que pudieran suscitarse en la interpretación como en la aplicación de las reglas de procedimiento administrativo. Es decir, no solamente cumplían la función didáctica de ubicar conceptualmente al intérprete, sino que le proporcionaban los elementos de juicio necesarios para resolver cualquier conflicto en el desarrollo de la actuación administrativa, esto es, participaban de un claro carácter vinculatorio e imperativo de su aplicación simultánea con cada disposición del código en relación con cada caso concreto.

Con la vigencia de la Ley 1437 de 2011 los principios orientadores del proceso administrativo constituyen, sin duda, los postulados básicos de carácter jurídico que encauzan la interpretación y la aplicación, tanto por autoridades como por los asociados, de toda la normatividad procesal administrativa. En la práctica significa, para el proceso administrativo, el reconocimiento de elementos rectores controladores y eventualmente limitantes del ejercicio de los poderes estatales, que procuran lograr el deseado equilibrio entre la autoridad y el ciudadano o simple interesado.

Del estudio del ordenamiento positivo se puede concluir que las fuentes de los principios rectores de las actuaciones administrativas constituyen un todo complejo que implica abordar no solamente el texto constitucional, sino también sus principios

- **52** Ley 1437 de 2011. Artículo 3. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales. Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

53 Decreto 01 de 1984. Artículo 3. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera...

Inc. 9. Estos principios servirán para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.



y valores inspiradores, al igual que las directrices establecidas por el legislador en los diferentes cuerpos normativos.

De esta forma podemos identificar dos fuentes precisas de los principios orientadores del proceso administrativo: la fuente constitucional y la legal. La primera como edificadora del ordenamiento, que recoge principios y valores, los cuales, identificados dentro de un concepto de bloque de constitucionalidad, nos proporcionan el punto de partida de la estructuración teórica de estos principios. Esto es, resume los conceptos fundamentales indispensables para cualquier aproximación a un estudio del fenómeno.

Desde el punto de vista constitucional, el primer gran conglomerado de principios se deriva de los contenidos específicos del esquema de derechos fundamentales aceptados y reconocidos para los habitantes del territorio nacional. En este sentido, constituyen la primera y principal base para la actuación administrativa. En esencia, podría afirmarse que configuran la columna y guía de todo tipo de actuación o procedimiento, resultando su observancia obligatoria en la totalidad de procedimientos que adelanten las administraciones públicas, sean generales o especiales.

Coadyuva a lo anterior otro grupo de principios que obtienen sus fundamentos igualmente en el texto constitucional; son estos los que se desprenden por la vía del análisis e identificación de los llamados supraprincipios del Estado colombiano, básicamente del conocido como supraprincipio del Estado de derecho que recoge y sistematiza los denominados principios de legalidad, prevalencia del interés general, responsabilidad, prevalencia y respeto a los derechos fundamentales, división de poderes y control a la actividad pública, todos ellos de aplicación indubitable en cualquier actuación administrativa.

Por otra parte, y al interior de la misma Constitución, podemos individualizar para nuestro estudio dos importantes disposiciones constitucionales que de manera concreta recogen los más importantes principios de la actividad administrativa: el artículo 29 que dispone que “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas...”; y el artículo 209, que al recoger algunos de los principios ya establecidos en el Decreto 01 de 1984, artículo 3.º, y en la nueva ley 1437 de 2011, indica lo siguiente: “... la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad...”.

La fuente legal, por su parte, no sólo recoge lo expresado por el constituyente, sino que, a su vez, desarrolla aquellos principios indispensables para una debida aplicación de los mismos en el mundo de la realidad fáctica administrativa y que coadyuvan irremediamente al cumplimiento de los cometidos asignados a la función administrativa, tales como la debida prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados.



En concreto, para el régimen derogado estos principios estaban recogidos en los artículos 2.º a 9.º de la Ley 58 de 1982 y en el artículo 3.º del decreto 01 de 1984, y en el nuevo código en su artículo 3, en general los principios con sus fuentes tanto constitucionales como legales configuran el gran bloque de la legalidad en materia de principios para las actuaciones administrativas.

3.1.- Principio de la prevalencia del interés general

Como consecuencia directa del carácter material del concepto del Estado social y democrático de derecho, encontramos como presupuesto básico y determinante del ejercicio de la función administrativa el llamado principio de la prevalencia del interés general⁵⁴. En cuanto concepto básico, su incorporación al ordenamiento jurídico corresponde a las mismas razones que justifican históricamente la institucionalización del poder y el surgimiento del Estado de derecho, en donde el ejercicio del poder político no corresponde a justificaciones de carácter individualista o personalista, sino a presupuestos de voluntad general como producto del ejercicio popular o nacional del poder, que considera como prevalentes los asuntos del común frente a los específicos de cada uno de sus integrantes, respetando de todas maneras el interés individual; el cual no desaparece sino que debe, en todo momento que entre en conflicto con el interés general, ceder el espacio suficiente para que éste sea prevalente en procura de la estabilidad del sistema.

En esta perspectiva el principio se vincula directamente con las finalidades estatales, y debe acudir necesariamente, para su concreción, a todos aquellos otros niveles del ordenamiento normativo que permitan materializar su alcance, en la medida en que su postulación constitucional eventualmente lo torna en un concepto abierto e indeterminado. Al fin y al cabo la prevalencia del interés general constituye el sendero

- **54** Constitución Política de Colombia. Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Artículo 123 Inc. 2 ...Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento...

Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.



para la satisfacción final de los grandes propósitos que justifican la existencia del Estado, que no son otros que los de complacer a la comunidad.

En su relación con el mundo de lo jurídico, el interés general o público encarna inevitablemente la necesidad de que toda actuación de las autoridades de cualquiera de los poderes, procure el cumplimiento de los fines estatales y no los personales de los agentes públicos, decisiones desviadas.

La finalidad del interés público o general que se predica de la actuación de todo servidor público lo es precisamente en la medida que acompaña o es connatural a las competencias atribuidas al mismo; de aquí que cualquier decisión que se aparte del interés general sencillamente se está produciendo por fuera de los marcos de competencia de los actores públicos.

3.2-. Principio de legalidad

Una de las principales consecuencias de la existencia plena de un Estado de derecho se traduce en el denominado “principio de legalidad”⁵⁵. En estricto sentido, el principio de legalidad no puede ser identificado con el Estado de derecho. Si se quiere, debe ser entendido como una de sus características determinantes, producto de la indiscutible sujeción a un orden jurídico, significando este no bajo la concepción formal positivista, sino bajo su expresión material que, como lo vimos, resulta más amplia e ilustrativa.

La legalidad entendida como elemento del Estado de derecho no se circunscribe a los estrechos marcos del positivismo legal. En otras palabras, no podemos asimilarla exclusivamente al acatamiento o sometimiento de la ley en estricto sentido. Como lo observamos al desarrollar el concepto de Estado de derecho, la legalidad implica una aproximación al concepto sustancial de derecho, lo que recoge irremediabilmente la totalidad de normas, principios y valores que inspiran el sistema jurídico.

Para ser más exactos, el principio de legalidad así entendido resulta asimilable al principio del respeto y acatamiento al bloque de la legalidad que recoge la totalidad de elementos articulados en el llamado sistema jurídico. En este sentido, debe ser entendida la vinculación positiva de la administración al principio de legalidad. Si bien es cierto que la sujeción de la administración al derecho debe estar precedida de una

• **55** Constitución Política de Colombia. Artículo 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

Artículo 123 Inc. 2 ... Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento...



disposición normativa, la misma no necesariamente debe ser de carácter especial. La vinculación puede estar dada por normas generales, por el bloque de legalidad, que puede incluso comprender principios y valores.

La anterior observación resulta pertinente para aclarar la posición que hemos adoptado sobre la materia y que nos permite encontrar puntos diferenciales entre las concepciones clásicas sobre el principio de legalidad que se expusieron por la doctrina a propósito de los sistemas francés y germánico; el primero de los cuales, inmerso en la teoría roussoniana de la ley como voluntad general, predicaba la legalidad exclusivamente de esta y como un presupuesto de carácter positivo que determinaba de manera previa la totalidad de la actuación de los poderes públicos. Como lo anotábamos al estudiar los aportes de la Revolución Francesa al derecho público y administrativo contemporáneos, la ley, como reemplazo histórico de la voluntad individual del gobernante, se tornó en el instrumento necesario, básico y prevalente que habilitaba el comportamiento de la administración pública. En este sentido, los poderes públicos solamente podían hacer todo aquello que la voluntad general del legislador les permitiere⁵⁶.

El sistema germánico, por su parte, desarrolló inicialmente un muy particular sistema de concepción sobre la ley: mientras en Francia la depositaria del poder resultaba ser la Nación, que se manifestaba a través de la voluntad general del Parlamento, en el sistema germánico el príncipe retomaba estas banderas y encontraba en los actos generales de las cámaras precisas restricciones tendientes al respeto de los intereses particulares; pero como ente soberano actuaba procurando siempre la satisfacción de los intereses generales. En tanto que en Francia la administración teóricamente se comprometía en la ejecución de la ley, en el bloque germánico el príncipe se comprometía con el bienestar general, haciendo todo lo posible para su consolidación y encontrando limitaciones tan solo en las normas generales⁵⁷.

Retomando el concepto material de Estado de derecho, el principio de legalidad implica una doble proyección: tanto para gobernantes como para gobernados. En cuanto a los primeros, en la medida en que los circunscribe para el ejercicio de sus funciones y la totalidad de sus actuaciones a un régimen de derecho que debe ser entendido en sus vertientes formal y teleológica: la primera en cuanto respeto a la norma en estricto sentido, y la segunda en cuanto que el cumplimiento de la norma implica el ejercicio de la función administrativa para la consolidación de los propósitos y finalidades que motivaron la institucionalización del Estado, esto es, la proyección de valores y principios hacia los horizontes que consoliden y justifiquen la existencia del mismo: en últimas, satisfacer el interés general.

• **56** SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando. Tratado de derecho administrativo, tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá DC, 2003, Pgs 365 y ss. Puede consultarse Tomo II, Universidad Externado de Colombia, 2003, Pgs 37 y ss.

57 Op.cit, supra.



La legalidad formal no niega el correspondiente dicotómico de la legalidad teleológica; todo lo contrario, son conceptos complementarios que se articulan irremediablemente para estructurar la sustancia o materia del Estado de derecho. Mientras con la legalidad formal quien ejerce funciones administrativas se mueve dentro de los extremos de la norma jurídica, sea esta de carácter reglado o discrecional, de manera contemporánea, a través de la legalidad teleológica deberá procurar la satisfacción de los intereses generales y el bien común de los asociados y, en últimas, el cumplimiento de las finalidades estatales. Se trata de un proceso simultáneo de clara hermenéutica complementaria, que tan sólo admite distinciones desde la órbita estrictamente académica.

El principio de la legalidad se estructura en el cabal sometimiento de la administración y de sus actos a las normas superiores –bloque de la legalidad– previamente proferidas como garantía ciudadana y para la estabilidad estatal. Debemos agregar a lo anterior que la legalidad así entendida no es un simple presupuesto de la actuación administrativa; todo lo contrario, en nuestro concepto, la legalidad de los actos se proyecta tanto en su procedimiento formativo como en la vigencia plena de los mismos. Se caracteriza de manera consecuente por su naturaleza previa, concomitante y subsiguiente a la manifestación del órgano administrativo⁵⁸.

3.3.- Principio del debido proceso . (“due process of law”)

Introducirse en el análisis del concepto del debido proceso en las actuaciones administrativas en el derecho colombiano^{59 60}, implica hacer una aproximación a los contenidos del derecho según la concepción inglesa y norteamericana. No se trata de

- **58** Op.cit, supra.

59 Constitución Política de Colombia. Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

60 Ley 1437 de 2011. Artículo 3 No 1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.



una institución típica del derecho continental europeo, ni mucho menos del derecho codificado. Sus fuentes indudablemente se han formado a partir del devenir de las instituciones del derecho natural, la justicia, la equidad, y el common law. El debido proceso tiene sus orígenes en el más entrañable derecho inglés medieval, en donde surgió como concesión garante de protección procesal para los nobles.

En su más elemental concepción, se le entendía simplemente como una limitación procesal (procedural limitation). Con posterioridad comenzó a tener connotaciones de una verdadera garantía sustancial o de fondo (general limitation). Básicamente a partir del derecho inglés originario, la institución se caracterizó por su carácter restringido: se trataba de una mera garantía procesal de la libertad personal contra las detenciones arbitrarias, penas pecuniarias y confiscaciones o aplicación injusta de las normas del common law. Por otra parte, contenía garantías contra la arbitrariedad del monarca y de los jueces, mas no del parlamento.

Establecido este principio en nuestro derecho positivo por vía constitucional, se eleva a la categoría de derecho fundamental de aplicación sin restricciones a toda actuación jurisdiccional y administrativa, no solo para la defensa, garantía y protección de los bienes jurídicos de la vida, la propiedad, la libertad y la persona, como en el derecho norteamericano, sino de todos los demás bienes que eventualmente se encuentren en juego en una actuación procesal.

¿Cuál es la fuerza que posee este concepto para ubicarse en el vértice rector del derecho, en especial del procesal, y en consecuencia de los procesos administrativos? Esta inquietud ha tenido diversos tipos de respuesta. Para la doctrina, la institución resulta amplia y generosa en garantías, concretamente cuando debe predicarse frente a la actividad de la administración y de sus relaciones con los administrados, en la medida en que recoge los elementos pilares que hacen de las relaciones intersubjetivas al interior del proceso un verdadero mundo de prevalencia del derecho material o sustancial, sin desconocer las formas impuestas por el derecho positivo. Dentro de este contexto, se debe entender entonces por debido proceso el más amplio sistema de garantías que procura, a través de la realización del derecho material, la obtención de decisiones justas.

Desde el punto de vista formal, en cuanto simple respeto a las garantías del derecho positivo, el concepto de debido proceso adquiere también trascendencia, complementando la finalidad primordial de todas las actuaciones administrativas, cual es la de la obtención de decisiones verdaderamente justas y adecuadas al derecho material. En este sentido, se entienden como elementos del debido proceso, entre otros, los siguientes: el ser oído antes de la decisión; participar efectivamente en el proceso desde su inicio hasta su terminación; ofrecer y producir pruebas; obtener decisiones fundadas o motivadas; notificaciones oportunas y conforme a la ley; acceso a la información y documentación sobre la actuación; controvertir los elementos probatorios antes de la decisión; obtener asesoría legal; posibilidad de intentar mecanismos impugnatorios contra las decisiones administrativas.



En fin, se trata de una suma no taxativa de elementos que, como lo anotábamos, buscan en su interrelación obtener una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los derechos fundamentales dentro de la relación procesal, en procura de decisiones verdaderamente justas y materiales. En otras palabras, se busca equilibrio permanente en las relaciones surgidas del proceso y procedimiento administrativo, frente al derecho sustancial y a los derechos fundamentales de las personas y la comunidad en general.

El fenómeno del debido proceso es la esencia misma del Estado de derecho; para nuestro caso, de las relaciones entre administración y administrados, con profundas raíces en un régimen de justicia y equidad en permanente articulación de las bases positivas del régimen de garantías procesales, con el propósito de que todos los sujetos involucrados en una actuación administrativa no se vean atropellados por actuaciones arbitrarias, y los fallos realmente sean el reflejo de un derecho material. Desde esta perspectiva, el régimen colombiano del debido proceso en las actuaciones administrativas resulta no solo material, sino también característicamente formal; pretende la prevalencia del derecho, pero de ninguna manera pugna con el respeto a las disposiciones positivas procesales.

Por otra parte, es tal la magnitud que el constituyente quiso atribuir al concepto garantizador del debido proceso que incluso en los llamados estados de excepción no se puede, por ninguna razón, suspender la aplicación de los elementos legislativos y contenidos doctrinales del debido proceso. De no entenderse en este sentido, el alcance del régimen de excepción implicaría la desaparición de las mínimas condiciones de convivencia civilizada, sería un retorno a los estadios de autocomposición y autojusticia afortunadamente vencidos por la humanidad.

Vistas las anteriores consideraciones –que nos llevan en dos direcciones complementarias a sostener la existencia de un debido proceso que combina elementos sustanciales y formales, en donde estos últimos están al servicio de aquellos–, de un análisis del texto constitucional se puede observar que el constituyente, a título enunciativo, recogió los más significativos elementos que acercan a esta garantía a la configuración de un núcleo central amplio y generoso en protecciones a los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en una actuación procesal.

En materia administrativa sancionatoria donde opera plenamente el debido proceso se aplica como parte de su operatividad el principio de la *reformatio in pejus*. El principio de la *reformatio in pejus* es un principio ligado al concepto del debido proceso en sentido material, por lo tanto aplicable a los procedimientos de carácter sancionador con independencia de la norma procesal utilizada por la administración para adelantar la correspondiente actuación de sanción. En nuestra opinión es un principio general y por lo tanto de amplia comprensión y reconocimiento. En nuestro ordenamiento emana del contenido del artículo 31 constitucional que señala en lo pertinente que “*Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único*”.



El tema, frente a la actividad administrativa, sin embargo no es pacífico. Algunos sectores doctrinales encuentran que la *reformatio in pejus* tan solo es aplicable a los procesos de naturaleza jurisdiccional y no administrativa. El Consejo de Estado, en diferentes épocas, ha asumido diversas posiciones sobre el tema⁶¹. En los últimos años se ha inclinado por una concepción restrictiva, descartando que pueda de manera directa ser aplicado a los procedimientos de carácter administrativo, en cuanto no es un mecanismo relativo al debido proceso. Todo lo contrario, desde la perspectiva constitucional se torna una figura autónoma aplicable tan solo a los procesos jurisdiccionales, prácticamente circunscrita a lo penal⁶².

De manera indirecta la Sección Primera de la corporación aceptó para determinados procesos administrativos de sanción, especialmente aquellos que se remiten a las normas penales, la aplicación de la *reformatio in pejus*, bajo un criterio amplio similar al adoptado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, esto es, circunscribiendo el principio al respeto de la legalidad de la pena regulada por el legislador; es decir que el superior puede adecuar la sanción administrativa a los marcos regulados por el legislador sin que esto signifique incursionar en el desconocimiento a la norma constitucional de la *reformatio in pejus*. “Coincide la Sala con el criterio adoptado por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia⁶³ sobre el alcance del principio de la prohibición de la *reformatio in pejus*, y en aplicación del mismo considera que sólo en la

• **61** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia del 19 de marzo de 1987. “Esta sala ha sostenido integralmente la aplicación de este principio (*reformatio in pejus*) no solo en el proceso administrativo, sino en el procedimiento de la vía gubernativa...”

62 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 6 de julio de 2001, exp. 32401.

63 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 31 de agosto de 1995, exp. 8866. “... la prohibición de agravar la sanción parte de la consideración de que la pena impuesta lo haya sido respetando el mínimo y el máximo previsto en la ley, y no de que por ignorancia o arbitrariedad judicial desconoce esos parámetros, ya que en esas condiciones no podría ser objeto de protección, pues la garantía constitucional no puede ser entendida de manera absoluta, esto es, aún a costa de la violación de la propia Constitución. Tampoco puede entenderse que la posibilidad de hacer respetar una garantía fundamental, como lo es el principio de legalidad, queda exclusivamente en manos de los sujetos procesales, obligando al juez que conoce de una apelación a confirmar una sentencia inconstitucional, so pretexto de que no puede agravar la pena al condenado cuando es apelante único, como si este principio fuera superior al inicialmente mencionado, y como si no existiera el mandato de que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Providencia del 25 de junio de 1998, exp. 9822. “La Sala ha venido considerando que dada la constitucionalización del principio de legalidad y habida cuenta del mandato que sobre el carácter normativo de la Carta contiene la propia Constitución, no es posible sostener la prevalencia de la prohibición de reforma en peor de las sentencias (art. 31) para aplicar ésta última disposición en perjuicio de aquél. La garantía fundamental que implica el principio de legalidad (art. 29 C. P.) no se puede agotar en la recortada perspectiva de la protección del procesado en un evento determinado, sino que ella trasciende en general a todos los destinatarios de la ley penal a fin de que el Estado (a través de los funcionarios que aplican la ley, esto es, los jueces) no pueda sustraerse de los marcos básicos (mínimo y máximo) de la pena declarada por el legislador para cada tipo penal o para cada hecho punible...”



medida en que el superior modifique en aumento la pena impuesta por el inferior, que se ajustó a la legalidad, se estará violando tal prohibición, pues de lo contrario se está en presencia de la observancia del principio de legalidad, protegido por el artículo 29 de la Carta Política”⁶⁴.

La Corte Constitucional de tiempo atrás sostiene la tesis de la aplicación amplia y sin distinción del principio a todos los procedimientos de carácter sancionador, sean jurisdiccionales o administrativos, en cuanto el artículo 31 de la Carta no puede ser entendido por fuera de los marcos del concepto del debido proceso. Al respecto sostuvo la corporación en reciente providencia reiterativa del tema lo siguiente: “... la prohibición de la reformatio in pejus tiene plena aplicabilidad en materias administrativas, tanto en el agotamiento de la vía gubernativa como en el desarrollo del procedimiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, circunstancia que se origina en la interpretación armónica y sistemática de los artículos 29 y 31 de la Constitución Política, logrando de esta manera hacer efectivo el derecho al debido proceso y por ende los demás principios y derechos constitucionales que guardan correspondencia con dicha institución jurídica...”⁶⁵.

El debido proceso administrativo comprende igualmente el principio del non bis in idem, nadie podrá ser juzgado más de dos veces por los mismos hechos en procesos de la misma naturaleza⁶⁶.

3.3.1.- Principio de economía

En su relación con la actividad de la administración el principio de la economía, al igual que los otros principios señalados emana directamente del derecho fundamental al debido proceso. Precisamente, a partir del contenido del artículo 29 constitucional se establece, entre otros elementos básicos del debido proceso, el del desarrollo de las actuaciones procesales “... sin dilaciones injustificadas...”; esto es, que en sentido estricto se adecuen a la “... plenitud de las formas propias de cada juicio...”, lo que es igual, que sean congruentes con la legalidad establecida para cada uno de ellos, de manera tal que la administración no pueda introducirle elementos temporales, pecuniarios o materiales diversos a los establecidos o previstos por el ordenamiento jurídico.

Se pretende con su aplicación que las normas de procedimiento administrativo agilicen las decisiones y, en consecuencia, que las actuaciones administrativas se cumplan

• **64** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 14 de marzo de 2002, exp. 5863.

65 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-033 de 2002.

66 CORTE CONSTITUCIONAL. Entre otras Sentencia T-720 de 2006.



en el menor tiempo posible. El procedimiento debe buscar, de igual modo, la disminución de los gastos en que puedan incurrir tanto el administrado como la administración, y desde el punto de vista material, que no se exijan más documentos y copias de los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal, sino cuando la ley lo ordene en forma expresa^{67 68}.

3.3.2.- Principio de celeridad

Al igual que en el principio de la economía, el debido proceso extiende sus raíces para configurar el conocido como principio de la celeridad de las actuaciones administrativas, no sólo para evitar "... dilaciones injustificadas..." en las mismas que puedan dar al traste con los derechos fundamentales de los asociados, sino también para lograr plenamente que se observen en su plenitud las formas y contenidos propios de cada juicio. A las autoridades les corresponde el peso y obligación de darle plena vigencia a los elementos centrales del concepto de debido proceso.

A través de la celeridad se le imprime la fuerza necesaria tanto a los elementos formales como sustanciales del procedimiento que permitan proteger al asociado, otorgándole las garantías indispensables y logrando decisiones de fondo. Se trata, por lo tanto, de un principio dinámico de impulso permanente y continuo cuyo objeto no es otro que el de la preservación del debido proceso; y su finalidad, la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. Comporta necesariamente agilidad y prontitud, con el propósito que su gestión se cumpla cabalmente.

Pretende este principio que en la actividad administrativa las autoridades impriman al procedimiento la máxima dinámica posible. De ahí que deberán ser los conductores oficiosos de las actuaciones administrativas, podrán suprimir todos aquellos trámites innecesarios y procurarán, en la medida de lo posible, utilizar formas impresas en aquellas actuaciones que por su estricta formalidad lo faciliten. La ejecución de este principio no puede ser motivo para que las autoridades se abstengan de considerar todos los argumentos y pruebas que los interesados aporten de manera legal y oportuna. La celeridad procesal implica para los fun-

• **67** Ley 1437 de 2011. Artículo 3 No 12.- En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

68 Decreto 01 de 1984. Artículo 3 Inc. 2. En virtud del principio de economía, se tendrá en cuenta que las normas de procedimiento se utilicen para agilizar las decisiones, que los procedimientos se adelanten en el menor tiempo y con la menor cantidad de gastos de quienes intervienen en ellos, que no se exijan más documentos y copias que los estrictamente necesarios, ni autenticaciones ni notas de presentación personal sino cuando la ley lo ordene en forma expresa.



cionarios el cumplimiento de sus obligaciones procesales-administrativas; de lo contrario, y salvo justificación, estos serán responsables disciplinariamente^{69 70}.

3.3.3.- Principio de eficacia

El principio de la eficacia, tal y como se plantea en la Constitución Política y en los desarrollos del artículo 3.º del CCA, no es más que un instrumento complementario de la celeridad que demanda el debido proceso en las actuaciones administrativas. Desde esta perspectiva, coadyuva a que los deberes y obligaciones de las autoridades, tendientes a imprimir el impulso necesario a las actuaciones y procedimientos que deban adelantar, garanticen el núcleo central del debido proceso y hagan realidad los fines para los cuales han sido instituidas a través de la imposición de logros mínimos en relación con las responsabilidades confiadas, con miras, como lo anotábamos, a la efectividad de los derechos individuales y colectivos.

De esta manera, constituye un punto de apoyo a la naturaleza teleológica del proceso y reafirma el carácter material que debe prevalecer en la interpretación de las normas procedimentales. Con la eficacia en las actuaciones administrativas se pretende básicamente que los procedimientos logren su finalidad, para lo cual las autoridades removerán de oficio, entre otros, los obstáculos puramente formales, dándole prevalencia al derecho sustancial tal y de esta manera evitarán decisiones inhibitorias.

En cuanto instrumento para la celeridad, la eficacia comporta para la administración pública la posibilidad de dar efectiva aplicación a las normas, principios y valores establecidos en el texto constitucional. Desde esta perspectiva, se traduce en la más importante vía para consolidar los contenidos del artículo 4.º constitucional, produciendo al interior de las actuaciones administrativas las nulidades, anulaciones, revocaciones o dejando sin efecto todas aquellas actuaciones procesales con las cuales eventualmente se hubiere podido desconocer el bloque de constitucionalidad tal como se establece en los artículos 41 y 45 de la ley 1437 de 2011^{71 72}.

- **69** Ley 1437 de 2011. Artículo 3 No 13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

70 Decreto 01 de 1984. Artículo 3 inc. 3. En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello releve a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados. El retardo injustificado es causal de sanción disciplinaria, que se puede imponer de oficio o por queja del interesado, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder al funcionario.

71 Ley 1437 de 2011. Artículo 3 No11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo



3.3.4.- Principio de imparcialidad

La imparcialidad deviene a las actuaciones administrativas por vía del artículo 13 constitucional, que consagra el derecho fundamental a la igualdad, básicamente a partir de las relaciones entre autoridades y administrados. Según este postulado constitucional, la totalidad de las personas deben recibir de las autoridades igual trato y protección, quedando proscrita cualquier forma de discriminación en razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. La igualdad, entonces, como base de la imparcialidad configura otro de los elementos constitutivos del núcleo central del debido proceso. Es decir, la imparcialidad en las actuaciones administrativas constituye un presupuesto garantístico de la más alta importancia para la estabilidad del Estado de derecho.

Las autoridades por lo tanto deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos es la de asegurar y garantizar los derechos de todas las personas y de la colectividad sin ningún género de discriminación, proporcionando a los ciudadanos igual trato y respetando siempre el orden en que actúen ante ellas. Ello se relaciona indubitablemente con el elemento finalístico del acto administrativo, que invita al cumplimiento de los cometidos estatales por parte de la administración, y no a la consolidación de sistemas de actuación subjetivos, generadores evidentes de desviación de poder –artículo 209 constitucional –.

La efectividad de la imparcialidad no solamente depende de la vocación objetiva con que actúe el servidor público respecto de los administrados, sino también de la aplicación oportuna que se haga del régimen legal sobre causales de recusación o impedimento, permitiéndose de esta manera que autoridades ajenas a criterios subjetivos sean las que decidan las actuaciones administrativas^{73 74}.

- con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

72 Decreto 01 de 1984. Artículo 3 Inc. 5. En virtud del principio de eficacia, se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado.

73 Ley 1437 de 2011. Artículo 3 No 3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

74 Decreto 01 de 1984. Artículo 3 Inc.6. En virtud del principio de imparcialidad las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación; por consiguiente, deberán darles igualdad de tratamiento, respetando el orden en que actúen ante ellos.



3.3.5.- Principios de publicidad y transparencia

Los principios de publicidad y transparencia guardan profunda intimidad dentro de nuestro ordenamiento jurídico y de hecho, en nuestra opinión, se encuentran incorporados en el artículo 209 constitucional y desarrollados en el código de procedimientos administrativos no solo de manera expresa en el artículo 3.º sino también dentro de su cuerpo normativo en la medida en que constituyen la esencia misma del procedimiento administrativo democrático que garantiza actuaciones públicas y abiertas como regla general.

Su punto de partida lo constituye la necesidad, de que la totalidad de actuaciones y decisiones de las autoridades se caractericen por ser públicas y abiertas a la totalidad de los asociados, salvo las situaciones excepcionales y restrictivas que por vía de mandato constitucional o legal se establezcan.

Por lo tanto referirse a la transparencia y a la publicidad dentro del Estado social y democrático de derecho significa abordar uno de sus principales sustentos, que se caracteriza por proporcionar elementos suficientes para una verdadera convivencia, para el respeto a la igualdad de los asociados, y en especial para garantizar el ejercicio del poder sobre bases de imparcialidad, tendientes a evitar actuaciones oscuras, ocultas y, por lo tanto, arbitrarias de los servidores públicos en desarrollo de sus competencias o atribuciones. Desde el punto de vista de la ciencia política, implica referirse a un elemento consolidador de la institucionalidad y de ruptura con el ejercicio personalizado o subjetivo del poder, que como es evidente atenta contra los postulados del interés público y general.

Dentro del contexto del Estado de derecho, estos principios son importantes y aun trascendentales: se niega la posibilidad de actuaciones o decisiones por fuera del conocimiento general, o que produzcan sus efectos jurídicos de manera sorpresiva frente a los sujetos relacionados en una actuación administrativa. El principio, sin embargo, no es absoluto. El ordenamiento deja abierta la posibilidad de que en determinadas situaciones de excepción existan documentos reservados, fundamentalmente por razones de defensa nacional o en los casos en que se encuentren involucrados derechos individuales. La Constitución y la ley son llamadas a definir las excepciones al principio de la publicidad.

Los anteriores planteamientos se recogen en el texto constitucional de 1991 y se desarrollan en las normas contentivas de las reglas, principios y procedimientos relacionados con la actividad de la administración pública. Según se desprende de los principios fundamentales del Estado consagrados en su Carta Política, Colombia, en cuanto Estado social de derecho, democrático y participativo, tiene como fin esencial de su existencia el de facilitar a todas las personas la participación en las decisiones que las puedan afectar con el fin de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo (arts. 1.º y 2.º C. N.). A más de lo anterior, se debe tener en cuenta que



el artículo 13 constitucional proclama el derecho fundamental a la igualdad y obliga a las autoridades a que otorguen a las personas trato similar, sin discriminaciones de ningún género. Complementa esta relación normativa el artículo 209 de la C. N., que le reitera a los servidores públicos, y en especial a quienes ejercen la función administrativa, que se encuentran al servicio de los intereses generales, y por lo tanto, que sus actuaciones o decisiones hacen parte y son del interés del común, y para lo cual deben garantizar principios como los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

En este sentido se observa que las bases filosóficas de nuestro sistema jurídico se orientan a fortalecer cada vez más la transparencia en la actividad pública, y a que los procedimientos y decisiones que puedan afectar a los habitantes del territorio nacional se caractericen por ser cristalinas y públicos esto es, permitan ver y sentir lo que sucede al interior de la administración pública. Esta sistematización encuentra instrumentos para hacerla efectiva en disposiciones como el artículo 74 C. N., que consagra como derecho fundamental de todas las personas el de acceder, por regla general, a los documentos públicos, salvo en los casos que establezca la ley^{75 76 77}.

3.3.6.- Principio de contradicción

El principio de la contradicción es probablemente, dentro del análisis del artículo 29 constitucional, el de mayor trascendencia sustancial en cuanto implica la posibilidad de actuación simultánea de administración y administrado dentro de la actuación administrativa, enfrentando criterios y opiniones en torno a los medios de prueba solicitados o aportados. Constituye la dinámica misma de la actuación. Su garantía, tal y como lo expusimos al analizar los fundamentos del debido proceso, no se logra exclusivamente al reconocer oportunidades para interponer los recursos de ley, sino al permitir la participación inmediata y efectiva del administrado en toda actuación, desde el mismo instante en que se advierta que sus derechos o intereses pueden ser objeto de la decisión final.

- **75** Ley 1437 de 2011. Artículo 3 No 9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, ésta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

76 Decreto 01 de 1984. Artículo 3 inc. 7. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones, notificaciones o publicaciones que ordenan este código y la ley.

77 Ley 1437 de 2011. Artículo 3 No 8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.



Se refiere por lo tanto no sólo al debate en la formación de la decisión, sino también a su impugnación posterior, permitiendo a los interesados acudir tanto a la vía gubernativa como jurisdiccional. Su existencia consolida los presupuestos de cualquier Estado organizado jurídicamente, en la medida en que implica la natural posibilidad de participar en la práctica y evaluación de las pruebas en la actuación administrativa, al igual que, como lo expusimos, la posibilidad de indicar las razones sustanciales y formales por las cuales considera que la administración se equivocó y violó el ordenamiento, al adoptar decisiones lesivas a sus intereses^{78 79}.

3.3.7.- Principio de presunción de buena fe o de tutela a la confianza pública

El principio de la buena fe que rige tanto para las actuaciones de las autoridades como de los particulares es de origen constitucional⁸⁰ y su consagración corresponde a un desarrollo preciso de garantías de los derechos tendientes a consolidar la confianza, la seguridad jurídica, la credibilidad, la certidumbre, la lealtad, la corrección y la presunción de legalidad como reglas básicas de convivencia dentro de la comunidad política, en el entendido que la desconfianza y la deslealtad no pueden constituirse en las reglas generales y ordinarias del comportamiento público frente a los ciudadanos y demás asociados en cualquier actuación administrativa o de los particulares para con las autoridades⁸¹.

En el sentir del constituyente, resulta impredicable una buena fe parcial o de exclusivo peso administrativo. El principio constitucional de la buena fe es de doble vía,

- **78** Ley 1437 de 2011. Artículo 5. Derechos de las personas ante las autoridades. En sus relaciones con las autoridades toda persona tiene derecho a: ... No 8.- A formular alegaciones y aportar documentos u otros elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés, a que dichos documentos sean valorados y tenidos en cuenta por las autoridades al momento de decidir y a que éstas le informen al interviniente cuál ha sido el resultado de su participación en el procedimiento correspondiente.

Artículo 42. Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada.

La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos.

79 Decreto 01 de 1984. Artículo 3 inc. 8. En virtud del principio de contradicción, los interesados tendrán oportunidad de conocer y de controvertir esas decisiones por los medios legales.

80 Constitución Política de Colombia. Artículo 83. 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 éstas.

81 Ley 1437 de 2011. Artículo 3 No 4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.



en cuanto de la simple lectura del artículo 83 de la Carta se entiende que el mismo se predica de las actuaciones, tanto de los particulares como de las autoridades públicas, en todos los casos ceñidas a consideraciones de mutuo respeto y confianza. La administración está obligada a ser consecuente consigo misma y a no asaltar la buena fe de los particulares, al igual que de estos para con aquéllas.

Con la incorporación del principio de la buena fe en el derecho colombiano, la actitud de la administración pública frente al ciudadano sufrió un cambio cualitativo y significativo en sus posiciones tradicionales de desconfianza y desprecio frente a los actos, manifestaciones y pruebas invocadas por las personas interesadas en las actuaciones públicas o en los procesos de la misma naturaleza. Se puede sostener que la vigencia del artículo 83 de la Carta ha significado un cambio profundamente material para el cumplimiento de las funciones estatales. Los términos de la relación jurídico administrativa con los asociados evidentemente se ha invertido por mandato constitucional "... con miras a eliminar el tradicional esquema de desconfianza y recelo que caracterizaba el comportamiento de las autoridades respecto de los particulares. La carga de probar a cada paso la licitud y lealtad de la propia conducta, que pesaba irremediamente sobre quien actuara ante los entes oficiales y que suponía el presupuesto de la mala fe, ha sido sustituida por la presunción contraria –la de que toda persona actúa de buena fe–, quedando en cabeza del Estado y de sus funcionarios la responsabilidad de desvirtuarla..."⁸².

Lo anterior guarda relación con el carácter con que se formula el principio en la Constitución. El postulado de la buena fe deviene para nuestro ordenamiento administrativo por la vía de una típica presunción de carácter normativo constitucional, que en nuestra opinión se reviste de los elementos propios de las presunciones *juris tantum*; es decir, no estamos ante una ortodoxa presunción absoluta o *juris et de jure*, sino, por el contrario, ante una clásica presunción debatible, de aquellas que admiten prueba en contrario, por lo tanto impugnables y controvertibles; no obstante el origen constitucional de la presunción de buena fe, de la simple lectura de la norma se deduce su carácter de presunción *juris tantum*, en el mismo sentido de las presunciones legales definidas en el Código Civil. Precisamente el artículo 83 constitucional establece que "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 éstas".

En cuanto se refiere al sentido de la buena fe de los particulares para con la administración, el principio plantea como elementos básicos el de la confianza, la credibilidad, la aceptación y, sobre todo, la seguridad. En esta perspectiva, conlleva inevitablemente el elemento psicológico de la credibilidad y, por lo tanto, de la estabilidad emocional de los asociados, que desde la perspectiva estrictamente jurídica se reconduce en el

• 82 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-578 de 1994.



concepto de confianza legítima, o sea, en la acción ciudadana bajo la absoluta creencia de estar acorde con el orden jurídico; de aquí la necesidad de su permanencia y respeto por la autoridad, preservando la confianza y restableciéndola cuando con sus actos pueda generar situaciones de ruptura de este vínculo esencial para la convivencia. Definitivamente cuando la administración pública ha creado expectativas para los asociados debe respetarlas, en cuanto constituye elemento de estabilidad y seguridad dentro del Estado social de derecho.

3.3.8.- Principio de igualdad

El principio de la igualdad establecido en el artículo 13 constitucional reviste el carácter de fundamental, en consecuencia determinante directo de la acción de la administración, en la ponderación de tratos a los sujetos con los cuales se vincule en cada una de sus actuaciones. Pretende infundir el respeto como base de la convivencia social. Busca por lo tanto evitar la desigualdad, el trato diferente, injustificado y discriminatorio por parte de las autoridades frente a los asociados.

Sin desconocer la pluralidad y las diferencias reinantes en nuestras comunidades, proclama de todas formas un trato administrativo uniforme para toda la base de administrados característicamente similares, evitando discriminaciones no emanadas del orden positivo o aceptadas institucionalmente; por otra parte, reconoce un trato diferente, derivado de un orden jurídico especial, para aquellas personas que presentan características diversas, por las condiciones en medio de las cuales actúan, o por las circunstancias particulares que los afectan, con el fin de procurar un equilibrio justo y equitativo.

Los tratos diferentes, objetiva y razonablemente justificados, no constituyen violación o desconocimiento de la igualdad, haciendo claridad, en el sentido de que el trato diferente no es sinónimo de trato discriminatorio. Bajo estas circunstancias y conforme al contenido del artículo 13 constitucional, estas sutiles diferencias jurídicas provienen inequívocamente de una clásica diferenciación positiva de criterios que pretende otorgarle al principio el ámbito material justo, racional, razonable y proporcional que la Constitución Política del Estado le concede.

Así las cosas y en desarrollo de esta diferenciación, la discriminación se caracterizaría por ser la vía de violación del derecho a la igualdad. La prohibición constitucional de la discriminación va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable⁸³.

- **83** Ley 1437 de 2011. Artículo 3 No 2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.



3.3.8.- Principio de participación

El concepto de participación es inherente al Estado democrático. Constituye no sólo uno de sus principales mecanismos para acercar a la realidad el principio de igualdad de los asociados en el ejercicio del poder, sino que coadyuva como el principal medio de ampliación de los instrumentos democráticos de cualquier sociedad. La participación se instituye como solución histórica frente a la grave crisis del sistema democrático representativo. La crisis del sistema representativo, con la acumulación de funciones en el ejecutivo, ha hecho que la esencia de la democracia se amplíe y que los ciudadanos se incorporen directamente a los asuntos administrativos, que es donde evidentemente se concentra el poder político. El moderno derecho administrativo no puede negar esta realidad; de ahí que incluye en su objeto el estudio de estos fenómenos amplificadores.

El principio de la participación constituye la base de las garantías constitucionales dentro de las actuaciones administrativas, conforme se deduce del texto del artículo 29 C. N., en el sentido de que sería imposible tramitar válidamente una actuación administrativa sin la presencia directa de los interesados en las resultas de la misma. El principio garante del debido proceso, incorporado como derecho fundamental en nuestro ordenamiento, presupone la necesaria presencia procesal de los interesados con el propósito de tramitar en derecho el expediente respectivo y lograr materialmente los propósitos de la acción administrativa. Las garantías derivadas del artículo 29 C. N., como las de la controversia, la transparencia, la imparcialidad o la defensa, entre otras, serían ineficaces de no entenderse que el procedimiento administrativo es ante todo un estadio de debate participativo y no un contexto de oscuras actuaciones unilaterales de la administración. El trámite de una actuación administrativa sin la presencia de los interesados debe ante todo constituir una clara excepción a los postulados del artículo 29 C. N..

Desde la perspectiva estrictamente procesal, explicábamos a propósito del principio del debido proceso, esta tesis adquiere importancia suprema en la redacción del artículo 35 del derogado código contencioso administrativo y en los artículos 3 No 6 y 42 de la ley 1437 de 2011, los cuales parten del supuesto cierto de que la administración debió haber dado oportunidad a los interesados de participar en la actuación administrativa para poder entrar a decidir o fallar lo que correspondiere. El principio de la participación se consolida en nuestro ordenamiento como un claro presupuesto de validez de las decisiones de la administración pública.

En derecho colombiano, la incorporación del principio de la participación no ha sido pacífico. Las doctrinas de la supremacía administrativa hacían imposible concebir una administración garantística. Los criterios de poder público prevalecieron durante largos períodos de nuestra vida institucional. El ejercicio de la función administrativa fue dominado durante largos períodos por las ideas de la prepotencia y el absolutismo. Oscuros estadios estos de la vida institucional, donde la claridad del pensamiento jurídico no se había consolidado definitivamente.



La ausencia de procedimientos y garantías previas a la adopción de decisiones fue una constante histórica prácticamente hasta entrados los años 80, cuando como producto de las corrientes renovadoras y democráticas que se dieron en la América Latina, los juristas nacionales se dieron cuenta de que las garantías a los ciudadanos dentro de las actuaciones administrativas no surgían con posterioridad a la vigencia de los actos administrativos, sino con anterioridad, en el mismo momento que la administración se relacionara con el sujeto de derecho; esto por la elemental razón de que las personas para el Estado y el derecho no surgen como consecuencia de una decisión, todo lo contrario, ya existen desde antes, al igual que sus derechos fundamentales.

Este principio, que tiene sus bases en el preámbulo y en artículo 2.º del texto constitucional, se torna en un imperativo dentro de las finalidades de nuestro Estado social y democrático de derecho, implicando por lo tanto la ruptura de fronteras entre gobierno y administrados, en el sentido de abrir las puertas a otras intenciones populares tradicionalmente reprimidas por un sistema representativo alejado del querer y de las necesidades de la comunidad. En este sentido, la participación significa senderos amplios y decisorios en la vida política, económica, cultural, social e incluso administrativa, si se tiene en cuenta la importancia que adquiere el principio para la legalidad de las actuaciones administrativas en desarrollo de directrices como los del debido proceso y del derecho de defensa recogidos en el artículos 29 de la Constitución y en el código de procedimiento administrativo y contencioso administrativo^{84 85}.

3.3.9.- Principio de moralidad

Llevar a norma positiva el principio de la moralidad⁸⁶ constituye no sólo un error, sino el mayor de los despropósitos del constituyente. Convertir en norma jurídica la moralidad implica distorsionar el sentido de las cosas y normativizar lo que por naturaleza es imposible circunscribir al mundo positivo. Vale aquí recordar lo que expresa ÁNGEL LATORRE sobre el problema de lo jurídico y lo moral; mientras en el mundo de lo jurídico al establecerse una norma jurídica se pretende formalizar una regla de conducta, "... que es un enunciado

- **84** Ley 1437 de 2011. Artículo 3 No 6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

85 Decreto 01 de 1984. Artículo 35. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite...

86 Ley 1437 de 2011. Artículo 3 No 5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.



que establece la forma en que ha de ordenarse una relación social determinada, es decir, una relación entre dos o más personas...”, con sanción prefijada en el mismo ordenamiento, en lo moral el problema es diferente: “... la norma moral supone la conciencia de un deber, de una conducta que hemos de observar. Su infracción lleva aparejado el reproche moral, es decir, el juicio de que no se ha hecho lo que se debía, el juicio de que esa conducta es mala...”.

Mientras el derecho pretende garantizar un orden social y sanciona con la fuerza del Estado, la moral impone un orden personal que orienta las conductas del sujeto de acuerdo con sus convicciones. De aquí que las mismas puedan resultar indiferentes para el derecho. Pero el problema es aún más complejo. ¿Cuántos son los criterios morales que pueden existir? Sin duda alguna, muchos; de aquí que su elevación a norma jurídica no sea otra cosa que un absurdo⁸⁷.

No obstante, como intérpretes del ordenamiento nos corresponde darle efectividad al principio para no caer en interpretaciones que lo hagan inaplicable. En este sentido y teniendo en cuenta que en cuanto valor el concepto de moralidad pretende denotar una actitud coherente del servidor público para con la legalidad y fines del ordenamiento, no nos queda otra alternativa que la de sostener que la moralidad a que hace referencia el constituyente no es otra que la de un adecuado comportamiento del servidor público respecto de las formalidades y finalidades que se derivan del principio del respeto al bloque de la legalidad. La moralidad del servidor público como tal sólo puede ser medida directamente con los parámetros que se deduzcan de los principios, valores y normas a los cuales se encuentre sujeto⁸⁸.

3.3.10. Principio de la responsabilidad

Congruente con el ejercicio del poder institucionalizado, el Estado de derecho proclama la inevitable necesidad de hacer a los organismos públicos y a las personas a ellos vinculadas responsables de manera general frente al ordenamiento jurídico, y de manera personal cuando hubiesen desbordado los parámetros definidos para el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad lleva las condenas patrimoniales a cargo de unos y otros en caso de generarse daños de carácter antijurídico que hicieren necesario restablecer en sus derechos o indemnizar a los asociados⁸⁹.

● **87** ÁNGEL LATORRE. Introducción al derecho, Barcelona, Ariel, 1990, p. 24

88 Corte Constitucional. Sentencia C-046 de 1991 referirse al principio de la moralidad en la actividad administrativa, la Corte sostiene que la misma no corresponde al fuero interno de los servidores, sino a su relación con el ordenamiento jurídico a partir del cual se esperan por la sociedad una serie de comportamientos. La moralidad, según la Corte Constitucional, no puede ser otra cosa que la absoluta pulcritud y honestidad de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones; “... la sociedad a través de los órganos de control [...] tiene derecho legítimo a comprobar, en cualquier momento, la conducta de sus agentes...”.

89 Ley 1437 de 2011. Artículo 3 No 7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.



Constitucionalmente el principio de la responsabilidad se encuentra determinado a partir del artículo 6.º de la Carta fundamental cuando de manera expresa respecto de las autoridades públicas indica que ellas son responsables por infringir la Constitución y las leyes y “por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”. Este artículo se encuentra en relación directa con el 124 constitucional que le traslada al legislador la obligación de determinar el régimen para la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva. Ahora bien, desde el otro extremo, la responsabilidad en el Estado de derecho comprende igualmente al Estado y sus organismos. En este sentido el artículo 90 constitucional, en su inciso 1.º, establece que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas”.

En este sentido se observa que para que exista materialmente el concepto de responsabilidad patrimonial del Estado colombiano se requiere de la presencia articulada de tres claros elementos: la acción u omisión de unas autoridades, un daño o daños de carácter antijurídico, y una inevitable relación de causalidad entre la acción u omisión de las autoridades públicas y los daños antijurídicos que generan obligaciones de carácter patrimonial para el Estado.

El elemento conceptual que por mandato constitucional configura la existencia del daño, y como consecuencia el de la indemnización de perjuicios, es a todas luces el denominado daño antijurídico. La jurisprudencia colombiana no ha sido unánime en su evaluación; como lo señala JUAN CARLOS HENAO, en algunas ocasiones ha acudido al concepto de la doctrina extranjera, en especial la española, entendiendo por tal “aquel que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar”⁸⁹.

Este mismo autor intenta una aproximación al concepto de daño antijurídico indicando que “es aquel que se subsume en uno cualquiera de los regímenes de responsabilidad”, dando plena vigencia por lo tanto a los tradicionales sistemas de responsabilidad que la jurisprudencia había venido utilizando hasta 1991. “El punto es de importancia, pues según la definición que he dado de daño antijurídico este es el género que cobija las especies que definen los regímenes de responsabilidad (falla del servicio, trabajos públicos, teoría del riesgo, daño especial, imputación objetiva etc.); lo que lleva a que el juez debe mirar todos los regímenes de responsabilidad existentes para desechar por este aspecto la responsabilidad del Estado”⁹⁰.

- **89** JUAN CARLOS HENAO PÉREZ. “La responsabilidad pecuniaria del servidor público en la Ley 80 de 1993”, en Régimen de contratación estatal, JORGE PINO RICCI (comp.), Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996, p. 308. La jurisprudencia colombiana, a juicio de este autor, acude a los conceptos de GARCÍA DE ENTERRÍA y de RAMÓN-FERNÁNDEZ en su Curso de derecho administrativo. Entre otras sentencias en las que el concepto ha sido utilizado podemos hacer alusión a las siguientes –proferidas por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo–: 31 de octubre de 1991, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA, exp. 6515; 22 de noviembre de 1991, C. P.: JULIO CÉSAR URIBE ACOSTA; 30 de julio de 1992, C. P.: CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

90 HENAO PÉREZ. “La responsabilidad”, cit., p. 311.



El derecho de petición

Por: Enrique José Arboleda Perdomo

Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil
del Consejo de Estado
Miembro de la Comisión de Reforma

A. Reglas generales.

Según el artículo 4° del código, las actuaciones administrativas se pueden iniciar por el ejercicio del derecho de petición, bien en interés general o particular. El capítulo primero del Título segundo del Código regula la forma como se ha de ejercer este derecho por las personas. El artículo 13 define el derecho de petición en el segundo párrafo como toda actuación que inicie cualquier persona ante alguna autoridad para obtener pronta resolución, descripción de la que se resaltan estos elementos:

El primero, se encuentra en la expresión toda actuación con la que inicia la frase, la cual significa que siempre que una persona se dirija a una autoridad lo hace en ejercicio del derecho de petición, buscando con ello acabar la práctica corriente de la administración según la cual si en el escrito del particular se incluía la expresión derecho de petición se tramitaba como tal y se cumplían los términos del código contencioso administrativo, pero si no usaba esta expresión, la comunicación correspondiente era respondida sin ningún procedimiento. La palabra actuación en este caso no debe ser entendida como actuación administrativa sino como cualquier tipo de acción que se adelanta ante una autoridad, de manera que toda solicitud de prestación de un servicio a cargo de la administración se hace en ejercicio del derecho de petición y por lo mismo goza de las protecciones legales y judiciales de este derecho fundamental. Debe entenderse entonces que la definición legal cobija incluso lo que se podría llamar como una petición tácita, la cual se produce con el sólo hecho de pedir un turno o hacer una fila en una oficina pública para ser atendido, situación regulada por el artículo 7° del código. Es claro entonces que los servidores que atienden al público no pueden rechazar las peticiones verbales que se les formulen so pretexto de no cumplir con los requisitos del artículo 16, tema al que volveremos al comentar esa norma.

El segundo es el titular del derecho de petición, que según la Constitución Política y la ley es cualquier persona, pues hace parte de los derechos fundamentales cuyos titulares son en principio las personas, sin considerar si son o no nacionales, si están domiciliadas en nuestro país, o si son solo las naturales o también las jurídicas.



El tercer elemento lo constituyen los obligados a recibir y tramitar las peticiones, que son las autoridades, entendiéndose por tal las definidas en el artículo 2°. Las autoridades son el sujeto pasivo de la norma y del derecho fundamental que se analiza.

El cuarto consiste en el contenido y objeto de la obligación el cual a su turno tiene tres elementos, el recibo de la petición, su trámite y la respuesta, temas que se irán analizando en el curso de los comentarios al código. Sobre este particular, es necesario aclarar que las autoridades cumplen con su obligación cuando dan respuesta al peticionario, pero no necesariamente esa respuesta debe ser positiva, pues puede darse el caso que quien solicite algo no tenga derecho a lo pedido, y por lo mismo sea necesario negar la petición. De esta manera, puede afirmarse que el derecho de petición es esencialmente instrumental, es decir es el medio que sirve para la realización de múltiples derechos sustanciales de las personas, sin que conlleve la necesidad de una respuesta favorable al peticionario.

En el segundo párrafo de la norma que se analiza se hace una enumeración no taxativa de solicitudes que pueden hacerse a las autoridades y que hacen parte del derecho de petición, lista que tiene como finalidad aclarar al máximo el concepto legal, según el cual toda relación que se inicie por un particular en la que solicite algo de una autoridad está regulada por las normas del derecho de petición y goza de la protección judicial propia del hecho de ser un derecho fundamental, que es la llamada acción de tutela. Incumplir alguno de los elementos del derecho de petición, esto es recibirla, tramitarla o resolverla, abre al peticionario la posibilidad de acudir al juez de tutela para exigir y obligar a la autoridad correspondiente a dar cumplimiento al deber omitido.

En relación con lo términos para decidir las peticiones, el artículo 14 establece los plazos máximos de que disponen las autoridades para tramitar y decidir una petición, sin distinguir el interés de peticionario para formularla, modificando el criterio del anterior código contencioso administrativo que distinguía los términos dependiendo el interés general o particular del solicitante, regulación que dio lugar a variadas y encontradas interpretaciones. Los plazos se cuentan a partir del día siguiente de la recepción de la petición. Por regla general son quince días, que deben entenderse como hábiles, salvo que no sea posible dar respuesta oportuna y en ese caso la autoridad correspondiente deberá informar de inmediato, y antes del vencimiento del término inicial, indicando el plazo razonable en el que se dará respuesta al interesado, tiempo que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto. En este último punto también se cambia el anterior código que dejaba en libertad a la administración para determinar el lapso razonable en que podía dar respuesta, lo que en ocasiones conllevaba una violación al mismo derecho de petición. Como se analizará al llegar a los artículos correspondientes, estos plazos se pueden suspender o prorrogar cuando, por ejemplo, hay que tramitar un impedimento, o cuando la petición se dirige a un funcionario incompetente, o sea necesario practicar pruebas.

Los términos fijados son máximos, esto significa que en virtud del principio de eficiencia, las autoridades deben hacer todo lo posible para que el tiempo de respuesta



sea el más breve posible, en especial en la prestación de los servicios esenciales para la comunidad, los que se engloban en la noción de policía administrativa, los servicios públicos, los derechos fundamentales de la persona humana, los actos en masa, etc. Como se puso de presente al comentar el artículo 7º, una gran parte de las peticiones que se hacen de manera personal deben ser resueltas inmediatamente, y la existencia de los términos concedidos por éste artículo no pueden ser óbice para no hacerlo. El artículo 20 regula unos pocos casos de peticiones de urgencia.

Además de los términos que puedan existir en las leyes que regulen procedimientos especiales, que quedan vigentes según se ha expuesto, el artículo que se analiza contiene para dos casos plazos especiales, el uno para decidir si se expiden o no copias de documentos, el cual es de diez días, consagrando un silencio administrativo positivo en caso de vencerse el plazo, de suerte que la autoridad deberá entregar las copias pedidas dentro de los tres días siguientes a la ocurrencia del silencio positivo, y el otro para resolver las consultas que es de treinta días.

El artículo 15 regula la recepción de las peticiones dependiendo de la forma como se presenten, verbalmente o por escrito. En relación con la forma verbal, a su vez pueden presentarse de dos maneras, una que hemos denominado tácita, esto es mediante una serie de actos inequívocos de la voluntad de presentar una determinada petición, y otra expresa. Las escritas igualmente pueden constar en un documento físico o a través de los medios electrónicos que le sirven de soporte. Las autoridades podrán exigir que ciertas peticiones se presenten por escrito o que se hagan a través de formularios o instrumentos estandarizados, casos en los cuales dejarán de ser verbales. Esta facultad debe ser utilizada de acuerdo con el principio de eficiencia, pues como se ha dicho en otras de las anotaciones hechas al código, el escrito en tanto requisito formal no puede convertirse en una talanquera entre la administración y el particular.

En relación con las peticiones verbales que se pueden calificar de tácitas, el artículo 7º garantiza que deben ser recibidas y tramitadas, que debe haber un mínimo de horas de atención a las personas que acudan a los despachos públicos, que debe haber personal especializado para atenderlas, etc. Las demás peticiones verbales deberán ser recibidas por los funcionarios especializados y decididas oportunamente, para lo cual el peticionario podrá pedir que se le expida una constancia de haberla presentado, lo que se hará en forma sucinta. Si una petición verbal se presenta incompleta o no se acompaña de los requisitos exigidos, el funcionario al momento de recibirla deberá indicar al solicitante los que falten, pero si insiste se le deberá recibir y dar aplicación al artículo 17.

En cuanto a las peticiones escritas en las que se exija llenar formularios u otros instrumentos estandarizados debe tenerse en cuenta que esta exigencia tiene como finalidad facilitar la presentación de la petición, y estandarizar la producción de actos en masa, esto es aquellos que son dictados de manera casi automática con el solo lleno de los requisitos de ley. En los formularios se debe incluir la lista de los documentos,



requisitos e informaciones que es necesario acompañar. En relación con las peticiones en formularios, puede darse el caso del peticionario que considere necesario aportar o formular con su petición argumentos, pruebas o documentos adicionales que los formularios no contemplan, debiendo la autoridad competente resolver sobre todos los aspectos y pruebas que les sean planteados o presentados más allá del contenido de dichos formularios. Obviamente se trata de casos especiales en los que el peticionario considera tener derecho a una decisión positiva, pero que por alguna razón se sale de lo que comúnmente se tramita.

Las demás peticiones escritas que no se entreguen personalmente se recibirán como lleguen. Cuando se haga personalmente, el peticionario puede pedir que se autentique una copia de la misma, en la que se dejará constancia de la fecha y hora de recibo y de los documentos anexos, la que tendrá el mismo valor legal del original dice la norma, refiriéndose a la protocolización que debe hacerse en el caso del silencio administrativo positivo, de conformidad con el artículo 85. La autenticación no podrá tener costo alguno.

Las peticiones deben ser objeto de una revisión formal inicial según lo exige el segundo párrafo del artículo que se comenta, con el fin de constatar que se entregan con todos los requisitos exigidos por la ley. Esta revisión deberá ser completa, es decir deberá poner de presente la totalidad de los defectos o fallas que tenga, de manera que el solicitante pueda corregirlos de una vez. Sin embargo, la ley autoriza al peticionario a insistir en que se le reciba aunque no tenga los requisitos completos, caso en el cual así se hará dejando constancia de los requisitos o documentos faltantes, y si es posible se le dará trámite en los términos del artículo 17.

En comentarios hechos anteriormente hemos insistido en la necesidad de recibir, tramitar y decidir peticiones sin que pueda alegarse por las autoridades la ausencia de requisitos formales, de conformidad con el principio de eficacia consagrado en el artículo 3º numeral 11º, y en forma especial con el parágrafo del artículo 16, según el cual la autoridad debe realizar tres operaciones al estudiar una petición: examinarla integralmente, atenerse estrictamente a los requisitos y documentos exigidos por la ley, y no estimarla incompleta por falta de requisitos o documentos que no sean necesarios para resolverla.

En relación con el contenido de la petición, cuando se haga en forma verbal es posible que buena parte de los requisitos exigidos por el artículo 16 se encuentren supuestos con la mera presencia del peticionario, de suerte que habrá que darle trámite por el funcionario que la recibe exigiendo solo aquellos que sean necesarios para resolverla. Si la petición se plantea llenando los formularios impresos entregados por la entidad, bastará con escribir la información en los espacios en blanco y adjuntar los requisitos de rigor para dar cumplimiento a las exigencias del artículo. Cuando se redactan en su integridad por lo peticionarios habrá lugar al cumplimiento de todos los elementos que exige la norma que se observa.



En relación con cada uno de los requisitos se pueden hacer estas anotaciones:

Numeral 1º. Es casi obvio que una comunicación se dirija y entregue a quien ha de resolverla, de manera que siempre habrá que incluir la información de la autoridad a la que se dirija.

Numeral 2º. En este numeral se exige que el peticionario se identifique plenamente si es una persona natural, si es una persona jurídica debe incluir además de los datos sobre su existencia el nombre e identificación de quien la representa. Además hay que incluir la dirección para poder enviarle la respuesta y en general todas las comunicaciones a que haya lugar. De conformidad con el párrafo del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil es obligatorio para las personas jurídicas y los comerciantes inscritos en las cámaras de comercio registrar una dirección electrónica para recibir notificaciones, obligación que reitera el código y como se analizará más adelante, es fundamental para efectuar las notificaciones personales de los actos administrativos y de las providencias judiciales.

Numeral 3º. Lo que se pide, que en los términos del artículo 13 puede ser solicitar el reconocimiento de un derecho o que se resuelva una situación jurídica, que se le preste un servicio, pedir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos. Como se expuso, esta enumeración no es taxativa, y podría agregarse la solicitud de permisos o licencias para ejercer derechos para los que la ley exija este requisito.

Numeral 4º. Habrá casos en los que las razones son extensas y otros en los que son casi innecesarias, por ejemplo pedir un pasaporte o el registro de un documento.

Numeral 5º. Deben relacionarse los documentos y señalar el cumplimiento de los requisitos legales que permitan obtener una decisión favorable, de acuerdo con la ley.

Numeral 6º. La firma si fuere del caso.

Es bueno anotar que habrá peticiones en las que sea necesario pedir la práctica de pruebas de acuerdo con el artículo 40 del código, o la intervención de terceros.

Una vez recibida la petición e iniciado el estudio de la misma por parte de la autoridad correspondiente pueden presentarse tres situaciones reguladas por el artículo 17: que la petición esté incompleta, que el peticionario deba cumplir una carga, y el archivo del expediente sin que medie una decisión de fondo.

La primera regla que se encuentra en el artículo que se analiza regula lo que sucede cuando la autoridad competente encuentra que la petición está incompleta, frente a lo cual pueden darse dos hipótesis:



La primera, que el requisito o documento que falte sea de tal entidad que no sea posible darle el trámite a la petición, pues sería opuesto a la ley. El artículo guarda silencio sobre el destino de la petición, si se devuelve al solicitante o se archiva, siendo lo más lógico devolverla, entre otras razones por analogía de lo dispuesto por el artículo 19, dejando claro que podrá presentarla de nuevo.

La segunda, que sea posible completar la petición pues su trámite no sería opuesto a la ley, por lo que se requerirá al peticionario para que la complete dentro del plazo de un mes, y si lo hiciera se tramitará y decidirá dentro del término legal que se contará de nuevo a partir del momento en que se completó la petición, y si no entrega los documentos o llena los requisitos se entiende que desiste de la petición formulada y el expediente se archiva.

Es conveniente agregar que esta revisión que hace la administración es diferente de la formal de la que trata el artículo 15, pues en ésta la administración verifica el cumplimiento de los requisitos sin entrar a examinarlos, mientras que la hipótesis del artículo 17 se presenta una vez iniciado el trámite, al estudiar la solicitud para proceder a decidir. Solo puede haber un requerimiento, lo cual se desprende del enunciado del primer inciso del artículo, en concordancia con los principios de eficacia, eficiencia y economía.

Es también posible que el solicitante deba cumplir con algún trámite en un procedimiento administrativo, como por ejemplo una publicación, y en este caso, ordena el segundo inciso del artículo que se comenta, requerirlo para que cumpla con su carga en un plazo de un mes, tiempo durante el cual se suspende el término para decidir. El solicitante podrá pedir la prórroga del plazo hasta por un lapso igual, antes de vencerse el inicialmente otorgado. Si no cumple con la carga se entenderá que desiste de la petición.

El archivo del expediente es la decisión que debe adoptar la autoridad cuando el solicitante no completa la petición, o no cumple con la carga que le fue requerida dentro de los términos anotados. Esta decisión se adopta mediante acto administrativo motivado, el cual no tiene los efectos del acto definitivo que niega la petición, pues tan sólo afecta el trámite de la actuación administrativa. La ley entiende que por no complementar la petición o no cumplir con las cargas legales, el peticionario pierde interés y por lo mismo asume que desiste de ella, permitiendo que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales de manera que el efecto del desistimiento tácito no conlleva la renuncia al fondo de la petición sino únicamente del procedimiento. A manera de comparación se recuerda que en el Código de Procedimiento Civil el desistimiento de la demanda en los procesos judiciales a los que se aplica conlleva el desistimiento del derecho, efecto totalmente diferente del que regula la primera parte del código contencioso administrativo. Es bueno advertir que la petición puede ser presentada de nuevo siempre que el derecho sustancial que se pide no haya prescrito o extinguido por alguna otra causa.



El artículo 23 de la Constitución Política otorga a las personas el derecho de presentar peticiones respetuosas, de manera que las irrespetuosas están prohibidas. Sin embargo, el artículo 19 del código, permite darles trámite cuando se comprenda su finalidad, caso en el cual se devolverá la petición al solicitante para que la corrija y la formule en términos respetuosos. Si lo hiciera en un plazo máximo de diez días, se tramitará, y en caso contrario se archivará.

Uno de los temas más debatidos en el seno de la Comisión de Reforma fue el de las decisiones administrativas inmediatas en caso de urgencia, para lo cual se expusieron varias ideas que reagrupó para simplificar la exposición: unas, planteaban la institucionalización de unas medidas cautelares en cabeza de la misma administración competente, de manera que en caso de urgencia pudiera anticipar el derecho o adoptar medidas de urgencia para protegerlo, otras consideraban la necesidad de adoptar decisiones de manera inmediata, sin mayor estudio, con base en la buena fe del peticionario, y finalmente otras proponían que se respondiera afirmativamente la petición previo un único requisito, una póliza de seguros que garantizara los perjuicios a favor de la administración si el particular no tenía el derecho reclamado. De la discusión surgió finalmente la redacción del artículo 20 que procedo a comentar.

El artículo regula dos situaciones diferentes, la primera el trámite prioritario de una petición cuando se solicite el reconocimiento o protección de un derecho fundamental, y la segunda la adopción de medidas urgentes de protección de los derechos a la vida o a la integridad personal.

En relación con la primera situación, habrá lugar a una atención prioritaria de la petición cuando se den tres circunstancias: que se ejerza o proteja un derecho fundamental, que haya riesgo de un perjuicio irremediable, y que el peticionario acredite tanto la titularidad del derecho como el riesgo en que se encuentra. Vistas con una óptica de un procedimiento escrito y totalmente formal, acreditar los requisitos citados puede ser cuestión de meses, sin embargo, desde una perspectiva de la producción de actos o prestación de servicios en masa, es factible alterar turnos para dar cumplimiento a esta norma y decidir de manera oportuna.

El inciso segundo se refiere a las medidas de urgencia que la administración debe adoptar cuando esté en riesgo la vida o la integridad personal, ordenando que se realicen de inmediato con el fin de conjurar dicho peligro sin que ello implique una decisión inmediata sobre el fondo del derecho que el peticionario está solicitando. Se trata de una especie de medidas cautelares de urgencia, a discreción de la autoridad, que conjuren el peligro, mientras se toma una decisión de fondo de acuerdo con los cauces regulares. Es bueno advertir que se está en presencia de dos derechos fundamentales, el derecho a la vida y a la integridad personal, los cuales en general tienen sistemas de atención al público y a los usuarios relativamente eficaces, pese a lo cual pueden darse situaciones de urgencia que ameriten decisiones inmediatas. Estas medidas de urgencia son diferentes de las decisiones en materia



orden público que requieran decisiones de aplicación inmediata, las cuales están excluidas de la regulación de este código, por mandato del artículo 2º, por lo que en estos casos no aplica el artículo 20 que se comenta.

En relación con la falta de competencia para decidir una petición el artículo 21 la regula en forma similar al del primer inciso del 33 del derogado código Contencioso Administrativo, en el que se regula el procedimiento que debe realizar la autoridad que reciba una petición cuya decisión no sea de su competencia, caso en el cual deberá advertirlo en forma inmediata al peticionario cuando se presente personalmente, de manera que se pueda dirigir inmediatamente ante la competente. Si la petición se formula por escrito, la autoridad que la recibió deberá enviarla a quien sea competente, de suerte que no puede devolverla al peticionario o archivarla, sino que en forma automática debe remitirla a la autoridad que efectivamente pueda decidir lo pedido. Advierte la norma que este envío de la petición a la competente se debe realizar en un plazo máximo de diez días contados a partir del recibo de la misma, lapso durante el cual además deberá comunicarle al peticionario ésta actuación, adjuntándole copia del oficio remisorio. Esta decisión no tiene recurso alguno ni se notifica formalmente, pues como se verá más adelante, se trata de un acto administrativo de trámite que no pone fin a la actuación, pues la petición no se ha resuelto aún.

La autoridad que recibe la petición tendrá la totalidad del término legal, el que se contará a partir del día siguiente al del recibo de la petición. En caso de que quien recibe la petición considere que también es incompetente deberá dar el mismo trámite anterior; pero si considera que quien debe resolver, es la autoridad que le remitió la petición, se presenta un conflicto negativo de competencias administrativas, que debe ser tramitado conforme al artículo 39 del código.

Es bien interesante analizar las dos previsiones contenidas en el artículo 22, la primera, la obligación de expedir un reglamento sobre el trámite y decisión de las peticiones, cuyo contenido es exclusivamente el de los pasos que debe seguir una petición dentro de cada entidad, siendo por lo mismo un reglamento interno, de carácter operativo, en el cual se ordene el trámite de conformidad con la estructura del correspondiente organismo o entidad. En este reglamento se debe incluir un aparte especial dedicado al recibo, trámite y decisión de las quejas, todo ello con el fin de garantizar el buen funcionamiento de los servicios a su cargo.

La segunda situación regulada por la norma consiste en la posibilidad de dar una respuesta común a peticiones de información análogas formuladas por más de diez particulares, ello con el fin de hacer eficiente la respuesta, y además para informar a través de la publicación en la página de la web de la entidad, a toda la comunidad que pudiere estar interesada en el mismo tema o problema. Esta es una regla bien importante, pues le permite a la entidad dar a conocer respuestas o conceptos de interés de muchas personas, sin necesidad de petición expresa, facilitando así la relación con la comunidad. Probablemente esta norma habría quedado mejor ubicada en el capítulo siguiente.



B. Reglas Especiales.

El segundo capítulo del título Segundo dedicado a regular el derecho de petición, contiene un conjunto de normas especiales sobre el derecho de petición de informaciones, la petición de conceptos y el derecho de petición entre autoridades. El tercer capítulo regula el derecho de petición ante particulares consagrado en la Constitución Política.

La regla general en materia de derecho de petición de informaciones se encuentra en primer lugar en el artículo 74 de la Constitución Política que en lo pertinente dice: Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley. Es claro entonces que todos los documentos e informaciones del Estado son públicos y por lo mismo cualquier persona tiene acceso a ellos, y que sólo por excepción de creación legal algunos de pueden ser reservados. Este mandato constitucional ha sido desarrollado en forma especial por el código contencioso administrativo, tanto el derogado como el nuevo, por lo que en ésta último encontramos en el numeral 9° del artículo 3°, ya comentado, el principio de publicidad de todos los actos y documentos públicos. Esta regla está también contenida en el primer inciso del artículo 27 de la ley 594 de 2000 que transcribimos dada su claridad: Todas las personas tienen derecho a consultar los documentos de archivos públicos y a que se les expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o a la ley. Se recuerda también que de conformidad con el artículo 14 del código, la petición de informaciones debe responderse en un plazo de diez días, y si no se contesta opera el silencio administrativo positivo.

El artículo 24 del código, contiene algunos de los casos de excepción a la regla general de publicidad de los actos y documentos públicos, y por lo mismo no pueden ser objeto del dominio público, advirtiendo en el primer inciso que además de estos lo son todas las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, dejando a salvo, por ejemplo los conceptos del Consejo de Estado que están sometidos a reserva, de acuerdo con el parágrafo primero del artículo 112 del código, o las investigaciones disciplinarias de conformidad con la ley 734 de 2002.

La ley 594 de 2000 “Por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones” en el artículo 28 dispone: “La reserva legal sobre cualquier documento cesará a los treinta años de su expedición. Cumplidos éstos, el documento por este solo hecho no adquiere el carácter histórico y podrá ser consultado por cualquier ciudadano, y la autoridad que esté en su posesión adquiere la obligación de expedir a quien lo demande copias o fotocopias del mismo.” De este artículo se desprenden dos consecuencias para el tema que se trata, a saber: que la regla general sobre la reserva de los documentos es de treinta años, salvo norma en contrario, y que cumplido éste plazo serán del dominio público y por tanto todas las personas tienen acceso a ellos.



En relación con el análisis de los casos consagrados en el artículo 24 del código, los numerales 1º, 2º y 3º contienen reglas que venían desde antes y sus enunciados son suficientemente conocidos. El numeral 4º consagra la reserva de la información derivada de la historia laboral de cada persona, bajo el entendido de que es parte del derecho fundamental a la intimidad y la privacidad, los cuales, por principio, solamente interesan a quienes son dueños de la información. Sin embargo, hay que tener en cuenta que mucha de la información de las hojas de vida, historia laboral o expedientes de pensiones proviene de documentos públicos, como por ejemplo actos administrativos de nombramiento o de aceptación de renuncia, o sentencias judiciales como la que impone una sanción accesoria de inhabilidad para ejercer cargos públicos y muchos etcéteras, de manera que la información en ellos contenida no está sometida a reserva. En cada caso concreto el funcionario a cuyo cargo estén los archivos de los cuales se pidan copia deberá analizar concretamente la naturaleza de la información que se solicita para entregarla o no. Es posible, como lo ordena el último inciso del artículo siguiente, que en un expediente o archivo haya información reservada al lado de otra que no lo está, por lo que se debe entregar copia de la que es pública y omitir la que no lo es.

El último numeral tiene como finalidad evitar que el conocimiento de una posible decisión económica del Estado, como lo son la valoración de los activos o las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería puedan dar lugar a cambios en los correspondientes mercados que afecten las operaciones financieras proyectadas por el gobierno. Hay que recordar también que esta información tiene una especial protección en el código penal, pues el tráfico o aprovechamiento de la misma puede constituirse en un delito.

Otro tema que da lugar a especial en materia del derecho de petición consiste en el derecho de formular consultas para obtener conceptos de las autoridades. Las peticiones pueden ser escritas, verbales o mediante los medios electrónicos, y en interés general o particular. El artículo 14 en el numeral 2º fija un término máximo de treinta días para resolver las consultas que se le formulen, con la posibilidad para la administración de prorrogar el término cuando de manera excepcional no fuere posible cumplirlo. En este mismo numeral el código exige que el objeto de las consultas sea el de las materias a cargo del consultado, esto es, dentro de la órbita de las competencias asignadas por la ley y los reglamentos.

El artículo 28 regula los efectos jurídicos de los conceptos que emita la entidad como respuesta a las consultas que le formulen los particulares, ordenando que no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución. De éste mandato surgen estas consideraciones:

- la primera, que un concepto no es un acto administrativo de contenido particular pues en sí mismo no contiene una manifestación de voluntad de la administración que tenga la virtualidad de producir efectos jurídicos vinculantes, en relación con el peticionario, con la autoridad que conceptúa y aún frente a terceros que pudieren estar interesados en la respuesta;



- la segunda, que la forma como la administración actúa de manera vinculante para sí misma y la generalidad de las personas es el reglamento, no sólo a través de la potestad reglamentaria propia del Presidente de la República, sino a través de los demás reglamentos de la administración en el preciso marco de las competencias de cada organismo o entidad, por tanto los conceptos emitidos no pueden suplir ni menos aún competir con los reglamentos, y
- la tercera, que los conceptos no pueden interpretar la ley en el sentido de darle un alcance o preferir un sentido frente a otro posible, se limitan simplemente a explicar las competencias a cargo de la entidad y la forma de ejercerlas, con el fin de orientar a los particulares en el cumplimiento de sus deberes o el ejercicio de sus derechos.

En relación con éstos límites, es interesante hacer notar cómo el derogado código contencioso administrativo englobaba dentro del derecho de formulación de consultas dos artículos, el 25 dedicado expresamente al tema que analizamos ahora y el 26 a la atención al público, la cual era parte del derecho a consultar. Si bien esta organización temática no se conserva en el nuevo código, considero que al mantenerse la regla según la cual los conceptos no son de obligatorio cumplimiento, son válidas las precisiones hechas que en buena parte vienen de los comentaristas de las normas derogadas.

Para concluir estas notas sobre el derecho de petición es necesario referirse al artículo 30 del código que regula el derecho de petición entre autoridades, regulación que podría ser vista como una curiosidad desde el punto de vista teórico del derecho de petición, pues desde su nacimiento ha sido un derecho fundamentalmente político, entendido en su doble modalidad de garantía constitucional para reclamar los derechos ante las autoridades y de participación política en cuanto se ejerce en interés general. El moderno derecho constitucional lo define como un derecho fundamental, con sus dos funciones, la de ser instrumento para solicitar otros derechos ante las autoridades y la de ser vehículo de la participación ciudadana cuando se utilice con fines de interés general. Tanto el anterior código contencioso administrativo como el nuevo, centran en este derecho fundamental la relación jurídica entre las autoridades y los particulares, en la cual la administración posee una situación de preponderancia o supremacía, derivada del ejercicio mismo del poder político y de ser la guardiana del interés general.

Ahora bien, las autoridades se relacionan entre sí a partir del principio de coordinación, de rango constitucional, según el cual todas deben actuar al unísono para la realización de los fines del Estado, en especial prestar los servicios a su cargo y reconocer los derechos de las personas. Entonces, la cuestión es si los organismos y entidades pueden relacionarse entre sí en ejercicio del derecho de petición, o si por el contrario al ser todos ellos autoridades deben hacerlo exclusivamente bajo el principio de cooperación. Para dilucidar la cuestión es necesario comenzar por distinguir dos situaciones,



- La primera, que múltiples entidades públicas prestan servicios públicos o realizan actividades industriales o comerciales en condiciones de igualdad y en competencia con los particulares, y también es frecuente que los organismos y entidades que no desarrollen este tipo de actividades, pero algunos de sus actos están sometidos a los mismos requisitos de los particulares, de manera que en tanto desarrollen estas actividades, estarán sometidas bien a la inspección, control y vigilancia propia del negocio que desarrollan, como por ejemplo, las empresas de servicios públicos domiciliarios oficiales frente a la Superintendencia del ramo; o bien a cumplir los requisitos propios del acto de que se trate, como en los casos de registro de la propiedad inmueble. Estas son unas claras relaciones de derecho administrativo en la que una autoridad actúa en ejercicio de ese poder público que le es propio y por lo mismo genera una relación de subordinación, y la otra como un particular adquiriendo la posición jurídica de un administrado. Es claro que dentro de ésta relación jurídica existe la posibilidad de ejercer el derecho de petición como instrumento para solicitar autorizaciones, interponer recursos, etc.
- La segunda, que salvo las situaciones anteriormente descritas, por regla general entre autoridades no existen relaciones jurídicas de subordinación, de manera que todas las relaciones se calificarán como interadministrativas y están regidas por el principio de coordinación, y es en estos casos en los que se pregunta si cabe o no el ejercicio del derecho de petición entre ellas.

Sobre el particular hubo dos posiciones teóricas en la Comisión de Reforma, la primera que sostenía que dado el origen histórico del derecho de petición, y que las autoridades actúan en un plano de igualdad entre ellas, no era posible que pudieran presentarse entre sí derechos de petición, pues no existen relaciones jurídicas de subordinación, salvo que actúe como un particular; y la segunda posición, que sostenía que los derechos fundamentales se han otorgado para todas las personas, que las entidades públicas al tener personalidad jurídica eran personas y por lo mismo son titulares de estos derechos, que además ante la creación de tantas y tan variadas personas públicas, es muy frecuente que entre ellas existan obligaciones con contenido patrimonial en las que puede haber perjuicios en caso de incumplimiento, de suerte que la realidad impone permitir que se apliquen las garantías propias del derecho de petición a estas relaciones jurídicas, sin que ello implique transformar la manera como se relacionan las autoridades que es en un plano de igualdad. Estos últimos razonamientos primaron y dieron lugar a la redacción del artículo 30 que se comenta.

Del título de la norma se desprende que el código acepta que pueda haber derecho de petición entre organismos y entidades públicas mas allá de los casos en que actúe como un particular. Al efecto sólo regula el derecho de petición de informaciones entre entidades, el cual tendrá un plazo máximo y único de respuesta de diez días, remitiendo el trámite de las demás solicitudes a las normas generales ya estudiadas.



El proceso administrativo general y el procedimiento administrativo sancionatorio

Por: Pablo Felipe Robledo Del Castillo
Viceministro de Justicia y del Derecho

I. Introducción

Sin duda alguna, las experiencias y vivencias alrededor de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo serán inolvidables para quienes tuvimos la oportunidad de contribuir a la concepción y consolidación del proyecto legislativo que terminó con la grata expedición de la Ley 1437 de 2011, sancionada en formal acto por el señor Presidente de la República, doctor Juan Manuel Santos Calderón, el pasado 18 de enero de 2011.

El trabajo serio, juicioso y decantado del H. Consejo de Estado y del Gobierno Nacional dió origen a una iniciativa legislativa importante, que se enriqueció de manera realmente significativa durante el curso del Proyecto de Ley en el Senado de la República y la Cámara de Representantes. Los tres poderes públicos jalonando y enriqueciendo el Proyecto muestran que, frente a propósitos comunes, cada uno tiene la posibilidad de contribuir, con sus oportunos y buenos oficios, a un extraordinario resultado, que en este caso, es el nuevo Estatuto administrativo y de lo contencioso administrativo.

Claro está, debe entenderse, que como toda obra humana no es perfecta y que en muchos temas, se adoptaron posiciones jurídicas, ideológicas o filosóficas no compartibles por todos, pero sí por muchos. Vendrán tiempos importantes de estudio, de análisis y de desarrollos doctrinales y jurisprudenciales que serán realmente determinantes para la mejor y más adecuada aplicación práctica del nuevo Estatuto procesal administrativo, para su vida cotidiana.

Muchas cosas seguramente cambiarán en Colombia con la expedición y puesta en marcha de este nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. No se trató de superficiales reformas, mucho fondo y considerables innovaciones sobresalen en este nuevo texto legal. Su objetivo principal es cambiar de manera fundamental las relaciones de la Administración Pública con los asociados, privilegiar la buena fe, el principio de legalidad, el derecho a la igualdad, el trato digno,



la contradicción, la debida representación, el derecho de defensa, el debido proceso, la imparcialidad, la moralidad administrativa, la publicidad, la responsabilidad, la celeridad, la economía procesal y la coordinación, entre otros grandes principios rectores de interpretación y aplicación de las disposiciones de este Estatuto.

En cumplimiento de ese objetivo principal se modificaron y organizaron las normas relativas al procedimiento administrativo general y aquellas referentes al procedimiento administrativo sancionatorio, en aras de flexibilizar, dinamizar y dotar de mayor seguridad jurídica las actuaciones administrativas, en ambos escenarios.

Antes de entrar a referirnos de manera concreta al procedimiento administrativo general, es necesario hacer breve mención de lo previsto en el artículo 3 del nuevo Estatuto, en relación con los principios que todas las autoridades deberán tener en cuenta al momento de interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos, ello es, su aplicación e interpretación a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera del nuevo Código y en las leyes especiales.

En este sentido, el inciso 2º del referido artículo 3 indica que *“Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.”*, con lo cual se envía un mensaje claro y contundente a la Administración Pública sobre la forma en que le resulta lícito actuar y por ende, lo que le estaría prohibido. Estas disposiciones resultan concordantes con lo previsto en el artículo 29 de la Carta Política en concordancia también con el artículo 209 superior.

De la misma manera, el numeral 1 del artículo 3 ya mencionado, en su inciso 1º hace referencia al estricto cumplimiento del debido proceso y consecuentemente a que las actuaciones administrativas se deben adelantar de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y en la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción, es decir, que en todo procedimiento administrativo el administrado tendrá derecho a acudir directamente o a hacerse representar, además de ejercer plenamente la defensa de sus intereses y a controvertir los hechos, imputaciones que se le endilguen, discutir los elementos probatorios y a pedir o aportar los que considere apropiados, así como interponer los medios de impugnación que resulten procedentes contra las decisiones de la Administración.

Y, concretamente para el procedimiento administrativo sancionatorio, el inciso 2º del numeral 1º del artículo 3º del Estatuto dispone que *“... se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem”*, lo cual se traduce en que, además de lo ya indicado (debido proceso), tratándose de procedimientos administrativos sancionatorios, sólo puede sancionarse por un hecho tipificado previamente como falta (Principio de legali-



dad de las faltas), sólo puede imponerse la sanción prevista previamente en el ordenamiento (Principio de legalidad de las sanciones), no puede agravarse la sanción impuesta al apelante único (*no reformatio in pejus*) y nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho en una misma modalidad de derecho sancionatorio (*non bis in idem*).

Como se puede observar en la codificación, el procedimiento administrativo se encuentra regulado en un conjunto de disposiciones incluidas en su Primera Parte, denominada “*Procedimiento Administrativo*”. Específicamente, la regulación está plasmada en los artículos 34 a 45 (reglas generales), 46 (mecanismos de consulta previa), 47 a 52 (procedimiento administrativo sancionatorio), 53 a 64 (utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo), 65 a 73 (publicaciones, citaciones, comunicaciones y notificaciones), 74 a 82 (recursos), 83 a 86 (silencio administrativo), 87 a 92 (conclusión del procedimiento administrativo), 93 a 97 (revocación directa de los actos administrativos), 98 a 101 (procedimiento administrativo de cobro coactivo) y 102 (extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado).

No obstante lo anterior, este escrito, tratará únicamente sobre las disposiciones previstas en los artículos 34 a 45 (reglas generales) y 47 a 52 (procedimiento administrativo sancionatorio), teniendo en cuenta que en esta publicación los otros temas serán abordados por otros comentaristas.

II. El procedimiento administrativo general

El nuevo Estatuto pretende regular, en los artículos 34 a 45, las denominadas reglas generales del procedimiento administrativo general, las cuales se analizarán en este acápite.

La Ley 1437 de 2011 establece, en términos generales, una regulación de tipo procesal sencilla, práctica, sin mayores formalismos y con etapas definidas, lo que traduce necesariamente, reglas más claras para quienes acuden ante la Administración Pública. A diferencia del Código Contencioso Administrativo anterior (Decreto 1 de 1984), que de forma deshilvanada y dispersa reglamentaba la materia, la nueva normatividad al regular sistemáticamente las etapas del proceso administrativo, ordena metódicamente el procedimiento y genera mayores y más comprensibles garantías procesales.

Varias son las características del procedimiento administrativo general que se advierten de la lectura de los artículos ya referidos. Veamos:

1. El procedimiento administrativo es general.

El artículo 34 del nuevo Código indica que el procedimiento administrativo que allí se regula es “común”. Con la mención de que es “común” se pretende desarrollar



el enunciado del Título III, que indica que es general. En otras palabras, utiliza como sinónimos estas dos expresiones.

Así las cosas, ante la inexistencia de procedimientos especiales los asuntos administrativos deben tramitarse bajo el procedimiento “general” o “común” que se regla en el nuevo Estatuto de procedimiento administrativo.

2. El procedimiento administrativo es residual.

Al indicar el artículo 34 del nuevo Código, que el procedimiento es común y principal *“sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales”*, se deduce claramente que, ese procedimiento administrativo general es residual o subsidiario, ello es, solo se aplica cuando no existe procedimiento administrativo especial que resultase aplicable. Como es apenas obvio, cuando existan procedimientos administrativos especiales, éstos –los especiales- deben primar sobre el procedimiento general, común o principal regulado en el nuevo Estatuto administrativo.

3. El procedimiento administrativo es complementario.

En este orden de ideas, al indicarse en el referido artículo 34 que *“En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código.”*, es evidente que el procedimiento administrativo general (no aplicable en caso de existir procedimientos administrativos especiales), sí tiene aplicabilidad cuando en dichos procedimientos especiales hay vacíos y por ello puede afirmarse su carácter complementario. En otras palabras, las reglas del procedimiento administrativo general o común están también destinadas a suplir los vacíos de los procedimientos administrativos previstos en leyes especiales.

4. El procedimiento administrativo especial debe estar previsto en leyes especiales.

Este es uno de los interrogantes más importantes que surge del artículo 34 en comentario. En efecto, el nuevo Estatuto reconoce el carácter residual de su procedimiento general o común, siempre y cuando, el procedimiento especial que vaya a ser utilizado y que desplaza al general, se encuentre previsto en leyes especiales, como ya se indicó.

Pero, ¿qué debe entenderse por “leyes especiales”? Nosotros creemos que, por “leyes especiales” no puede entenderse nada distinto que una norma jurídica de la misma entidad jurídica que el Código de Procedimiento Administrativo. Así las cosas, los procedimientos administrativos especiales deben estar regulados en leyes expedidas por el Congreso, decretos con fuerza de ley o similares, o en normas expedidas con



base en facultades dadas por este tipo de disposiciones. En caso contrario y por mandato expreso del artículo 34, deberá aplicarse el procedimiento administrativo general o común, lo cual contribuye a la eliminación de la proliferación de miles de procedimientos administrativos previstos en un sinnúmero de disposiciones o actos administrativos de menor rango.

5. El procedimiento administrativo se adelanta por escrito, verbalmente o por medios electrónicos.

De conformidad con lo establecido en el artículo 35 del nuevo Código, el procedimiento administrativo general se puede adelantar por escrito, verbalmente o por medios electrónicos.

En desarrollo de la norma anterior y en concordancia con la política de la reducción de trámites en la Administración Pública, los artículos 53 a 64 del nuevo Código, reglamentan los procedimientos y trámites administrativos a través de medios electrónicos y obligan a las autoridades competentes para que adopten todos los mecanismos necesarios para garantizar el acceso a la Administración y al uso de las nuevas tecnologías.

Así mismo, se permite que las autoridades administrativas profieran y notifiquen sus actos a través de medios electrónicos, siempre y cuando el administrado haya aceptado este medio de notificación y se asegure la autoría, integridad y conservación de dicho documento.

Finalmente, se regula el expediente electrónico y se le define como el conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo, cualquiera que sea el tipo de información que contengan y se establece la sede o dirección electrónica para garantizar y facilitar el acceso de la información a todos los ciudadanos en todas las regiones del País.

Gracias a las normas precedentemente citadas, en el futuro será plenamente válido el diligenciamiento de todo tipo de actuaciones en forma digital.

6. El procedimiento administrativo se inicia de oficio o a petición de parte.

El artículo 35 del nuevo Código establece que el procedimiento administrativo general se puede iniciar de oficio o a petición de parte. Ahora bien, cuando se inicia de oficio, la Administración solo puede hacerlo por escrito o excepcionalmente, mediante medios electrónicos cuando lo autoriza la ley o el propio Código.



Adicionalmente y para proteger los principios de publicidad y contradicción, el inciso 2º del artículo 35 indica que, en los procedimientos iniciados de oficio se debe “*informar de la iniciación de la actuación al interesado para el ejercicio del derecho de defensa*”. Obviamente, en los procedimientos iniciados a petición de parte no es necesario informar al interesado, pues fue él quién precisamente dio inicio a la actuación administrativa y desde ese momento sobre él pesa la carga de vigilancia. Si bien es cierto el artículo 35 en comento, no indica expresamente que los procedimientos se inician también a petición de interesado, ello se deduce del inciso 2º, pues allí se deja entrever que además de los procedimientos iniciados de oficio, hay otros.

7. El procedimiento administrativo puede darse por audiencias.

El inciso 3º del artículo 35 introduce visos de oralidad o procedimiento por audiencias de tipo optativo o facultativo. Allí se indica que, las autoridades en el curso de los procedimientos administrativos pueden decretar la celebración de audiencias para cualquiera de los siguientes fines: (i) promover la participación ciudadana; (ii) asegurar el derecho de contradicción; o, (iii) contribuir a la pronta adopción de decisiones.

En otras palabras, la celebración de audiencias en el procedimiento administrativo, habida cuenta de la amplitud de los objetivos descritos en la norma, puede convertirse, si la Administración así lo quiere, en la regla general de la actuación, lo cual a nuestro juicio es sano y contribuye a la celeridad del procedimiento. Sin embargo, parece razonable que sea facultativo de la autoridad, pues ello requiere de una especial infraestructura, tecnología y funcionarios, lo cual todas las entidades públicas están en capacidad de ofrecer.

8. El procedimiento administrativo permite la acumulación de actuaciones administrativas.

El inciso 1º del artículo 36 del nuevo Código, al referirse a la formación de los expedientes, indica que “*Los documentos y diligencias relacionados con una misma actuación se organizarán en un solo expediente ...*”, pero adicionalmente prevé que a ese expediente, de oficio o a petición de interesado, se pueden acumular otros expedientes que se tramiten ante la misma autoridad, con el importantísimo fin de “*evitar decisiones contradictorias*”, lo cual contribuye a garantizar el derecho de igualdad, pero también a homogenizar la propia doctrina administrativa.

Ahora bien, en el inciso 2º del mismo artículo 36, se prevé una situación que no es fácil comprender. Nos referimos a que “*Si las actuaciones se tramitaren ante distintas autoridades, la acumulación se hará en la entidad u organismo donde se realizó la primera*



actuación. Si alguna de ellas se opone a la acumulación, podrá acudir, sin más trámite, al mecanismo de definición de competencias administrativas.”, pues el evento de esa acumulación, sólo podría darse en casos en que varias autoridades fuesen competentes para adelantar el mismo procedimiento administrativo y unos expedientes estén en una de esas entidades y otros en la otra entidad. En caso contrario, se produciría no la acumulación, sino el conflicto de competencias administrativas. En otras palabras, aunque consideramos de inusual ocurrencia el evento, lo cierto es que el nuevo Código permite la acumulación de actuaciones administrativas, incluso entre distintas autoridades.

En términos procesales, el criterio para determinar tanto la competencia en la acumulación dentro de la misma entidad como entre diferentes entidades, es la prevención, es decir, donde se inició la primera actuación administrativa.

9. El procedimiento administrativo permite el acceso o examen del expediente a cualquier persona.

El inciso 4º del artículo 36 indica con meridiana claridad que *“Cualquier persona tendrá derecho a examinar los expedientes en el estado en que se encuentren ...”*, lo cual reproduce la norma que indica que todos los documentos que reposan en las entidades públicas son de libre acceso, al igual que a obtener copias y certificaciones sobre los mismos.

El examen de los expedientes y el derecho a obtener copias o certificaciones, no puede entenderse en perjuicio de la reserva legal o constitucional, razón por la cual los incisos 3º y 4º del mismo artículo 36, excluyen a los mismos de la posibilidad de examen (se ordena hacer cuaderno separado) y de expedición de copias.

10. En el procedimiento administrativo existe el deber de comunicar la actuación administrativa a terceros y se regula su intervención.

El artículo 37 del nuevo Estatuto contiene la obligación de comunicar las actuaciones administrativas de contenido particular y concreto a los terceros que puedan resultar directamente afectados por la decisión que se pudiese llegar a adoptar, todo con el fin de que se constituyan en parte y hagan valer sus derechos. La disposición puede generar confusión, porque al mismo tiempo que se refiere a terceros (terceras personas) hace alusión a parte (constituirse como parte), lo cual es un contrasentido absoluto. Técnicamente, es imposible comunicar algo a un tercero para que se constituya en parte, pues se es parte o se es tercero, nunca se es tercero parte.



Ahora bien, ¿la norma esta refiriéndose a terceros o a partes? No nos cabe la menor duda que se está refiriendo a terceros, pues la alusión “*puedan constituirse como parte y hacer valer sus derechos*”, debe entenderse como que “concurran como terceros con los mismos derecho de una parte”, lo cual es diametralmente distinto. En otras palabras y para poner un ejemplo, una cosa es ser invitado a un club y otra cosa es ser miembro del club, y otra cosa es que el invitado se convierta en socio y otra es que el invitado pueda ejercer los mismos derechos de socio.

Así las cosas, lo previsto en el artículo 37 no se aplica para quien pretenda concurrir al proceso como parte, sino, a terceros.

El inciso 2º del artículo 37, regula la forma de comunicar a esos terceros, determinados o indeterminados, la existencia del trámite administrativo.

En el artículo 38, se regula lo relativo a la intervención de los terceros, reiterando lo previsto en el artículo anterior, en el sentido de indicar que los derechos que pueden ejercer los terceros son los mismos que los de una parte, lo cual confirma nuestra anterior interpretación. Más claridad y precisión es imposible predicar de una frase que indique “*Los terceros podrán intervenir en las actuaciones administrativas con los mismos derechos, deberes y responsabilidades de quienes son parte interesada*”, que no es otra cosa que indicar que, los invitados pueden ejercer los mismos derechos de los socios, lo que no los convierte en socios.

Este artículo tiene la innegable virtud de solucionar, de una vez por todas, cuáles son los derechos de esos terceros y en qué eventos pueden intervenir. Hoy en día, la costumbre es que las autoridades administrativas no permiten la intervención de terceros o cuando lo hacen, indican que no pueden ejercer algunos actos, tales como, participar en la práctica de pruebas, solicitar pruebas o interponer recursos.

Este artículo indica con claridad que los terceros podrán intervenir en las actuaciones administrativas en los siguientes casos:

1. Cuando hayan promovido la actuación administrativa sancionatoria en calidad de denunciantes, resulten afectados con la conducta por la cual se adelanta la investigación, o estén en capacidad de aportar pruebas que contribuyan a dilucidar los hechos materia de la misma.

Esta disposición aunque pertenece al procedimiento administrativo sancionatorio y por ende debería estar ubicado en el Capítulo III, indica que, el tercero denunciante debe ser admitido dentro del trámite administrativo con los mismos derechos de la parte, como también los terceros, que sin ser denunciantes puedan contribuir probatoriamente a esclarecer los hechos a que se contrae la actuación o quienes puedan verse afectados con la conducta por la cual se adelanta la investigación. Sin lugar a dudas, mucho contribuirá esta disposición a la efectividad del derecho sancionatorio administrativo.



En los trámites administrativos que actualmente se adelantan, las entidades son muy esquivas frente a los derechos procesales de los denunciantes, de las víctimas o de los que colaboran con el aporte de elementos probatorios relevantes, pues no les permiten, por regla general, participar en las diligencias de práctica de pruebas, pedir su práctica y mucho menos interponer recursos contra el acto administrativo que le pone fin a la actuación sancionatoria.

2. Cuando sus derechos o su situación jurídica puedan resultar afectados con la actuación administrativa adelantada en interés particular, o cuando la decisión que sobre ella recaiga pueda ocasionarles perjuicios.

Esta hipótesis, es la misma a que se refiere el artículo 37 anterior.

3. Cuando la actuación haya sido iniciada en interés general.

Esta hipótesis, resulta claramente procedente, pues al iniciarse la actuación en interés general, cualquier persona puede participar en el procedimiento administrativo, dado el carácter eminentemente público del procedimiento.

Finalmente, el párrafo del artículo 38, indica que la petición del tercero que pretende intervenir con los mismos derechos de parte, debe presentar una petición con el lleno de los requisitos establecidos en el artículo 16, ello es, con los requisitos del derecho de petición, indicando el interés de participar en la actuación y allegando o solicitando las pruebas que pretenda hacer valer.

La autoridad que la tramita la resolverá de plano y contra esta decisión no procederá recurso alguno.

11. Los conflictos de competencia administrativa se resuelven por la jurisdicción administrativa.

Los conflictos de competencia se pueden presentar porque dos entidades se declaren incompetentes (conflicto negativo) o porque dos entidades se declaran competentes para conocer de un asunto (conflicto positivo). Los conflictos se pueden promover de oficio o a petición de parte.

Los conflictos de competencia positivos o negativos pueden promoverse de oficio o a petición del interesado.

El artículo 39 del nuevo Estatuto prevé quién debe resolver el conflicto de competencias. Analizadas las disposiciones se advierte que, por regla general, será la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, y en otras ocasiones el respectivo Tribunal Contencioso Administrativo. En razón de su condición de Tribunal Supremo de



lo contencioso administrativo resulta lógico que la Ley le asigne a dicha Corporación las funciones encaminadas a resolver los conflictos que lleguen a presentarse dentro de la ámbito de su competencia.

Autoridades en Conflicto	Autoridad Judicial
Dos autoridades del orden nacional.	Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.
Una autoridad del orden nacional y una autoridad del orden territorial (departamental, municipal o distrital).	Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.
Dos autoridades del orden territorial (departamental, municipal o distrital) pertenecientes a distintos departamentos.	Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.
Dos autoridades del orden territorial (departamental, municipal o distrital) pertenecientes al mismo departamento.	Tribunal Administrativo.

La anterior norma parte de la base de que en todos los departamentos del país habrá un Tribunal Administrativo, pero no prevé expresamente que pasa si, por ejemplo, como hoy ocurre, hay tribunales para dos o más departamentos, como tampoco previó, qué pasa si hay varios tribunales contenciosos en el mismo departamento, como podría ocurrir en el futuro lejano.

Pues bien, en estricto sentido, la expresión “distintos departamentos” o el “mismo departamento”, debe entenderse aplicado a si el tribunal administrativo tiene competencia territorial o no tiene competencia territorial en los lugares pertenecientes a las autoridades en conflicto. Ponemos el siguiente ejemplo: Si hay un conflicto de competencia entre una autoridad del municipio de Pereira (Risaralda) y otra autoridad del Municipio de La Virginia (Risaralda), el conflicto lo debe desatar el Tribunal Administrativo de Risaralda, por cuanto su mal denominada jurisdicción territorial abarca ambos municipios. Ahora bien, si hay un conflicto de competencia entre una autoridad del municipio de Villavicencio (Meta) y otra autoridad del Municipio de San José del Guaviare (Guaviare), el conflicto lo debe desatar el Tribunal Administrativo del Meta y no la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por cuanto, actualmente, el Meta y el Guaviare pertenecen al mismo Tribunal Administrativo del Meta. Obsérvese pues, que no se trata de si pertenecen al mismo departamento o no, sino a la misma jurisdicción territorial o no del Tribunal.



Recibida la actuación en Secretaría se comunicará por el medio más eficaz a las autoridades involucradas y a los particulares interesados y se fijará un edicto por el término de cinco (5) días, plazo en el que éstas podrán presentar alegatos o consideraciones. Vencido el anterior término, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado o el tribunal, según el caso, decidirá dentro de los veinte (20) días siguientes. Contra esta decisión no procederá recurso alguno.

Mientras se resuelve el conflicto, los términos señalados en el artículo 14 se suspenderán.

12. En el procedimiento administrativo hay gran libertad probatoria.

El artículo 40 que regula el tema de pruebas en el procedimiento administrativo establece gran libertad probatoria al prever no sólo *“que son admisibles todos los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil”* sino también al consagrar que *“Durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera la decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales.”*, pues como tal, no existe una etapa probatoria propiamente dicha.

En relación con los costos que origine la práctica de pruebas, se establece el criterio universal de que el que pide la prueba la sufraga y si son varios los interesados, el de comunidad de gastos e igualdad (gastos se distribuirán en cuotas iguales).

Adicionalmente y para imprimirle celeridad a las actuaciones administrativas se indica que contra el auto que decide la petición de pruebas no procede ningún recurso, lo cual es consecuente con lo previsto en el artículo 43 sobre autos preparatorios y definitivos.

13. El procedimiento administrativo tiene medidas de saneamiento.

En el artículo 41 y bajo el título *“Corrección de irregularidades en la actuación administrativa”*, se prevé que, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, la autoridad debe corregir las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptar las medidas necesarias para concluir la actuación, lo que obviamente nos lleva a la esfera de las nulidades y la corrección en aquellos casos en donde no se hace necesario decretar la nulidad.



14. La decisión que se adopte en el procedimiento administrativo debe cumplir ciertos requisitos.

La decisión administrativa sólo puede adoptarse una vez se haya dado oportunidad a los interesados de intervenir (“expresar sus opiniones”). Adicionalmente, el mismo artículo 42 obliga al análisis de las pruebas e informes disponibles.

De otra parte, el inciso 2º del referido artículo 42, nos indica que la decisión debe resolver todas las cuestiones o peticiones que hayan sido planteadas dentro de la actuación administrativa.

15. El procedimiento administrativo define qué actos administrativos son definitivos.

El artículo 42 indica que los actos administrativos definitivos se expiden en alguna de las siguientes hipótesis:

- a) Los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto.
- b) Los que hagan imposible continuar la actuación.

En este orden de ideas, los actos definitivos son aquellos que ponen fin a la actuación. Ahora bien, esta disposición debe concordarse con los artículos 74 y 75 del Estatuto en comento, por cuanto allí se indica que los actos definitivos son susceptibles de recursos, mientras que los demás (actos de carácter general, trámite, preparatorios o de ejecución) no tiene medios de impugnación.

16. El procedimiento administrativo regula los actos discrecionales.

El artículo 43 indica que las decisiones de carácter general o particular discrecionales, deben siempre consultar los fines de la norma que autoriza adoptar la decisión, además de ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.

17. En el procedimiento administrativo se permite la corrección de errores formales.

Prevé el artículo 45 del nuevo Estatuto, que los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcrip-



ción o de omisión de palabras, pueden ser corregidos en cualquier momento, de oficio o a petición de parte.

Debe observarse, que se trata de corregir errores y este mecanismo, nunca puede servir de fundamento para modificar materialmente la decisión, ni para revivir términos de caducidad para demandar, ni nada que se le asemeje.

Una vez se haya efectuado la corrección, deberá informarse a todos los interesados, según corresponda.

III. El procedimiento administrativo sancionatorio.

Lo primero que habría que advertir es que, además de lo expresado en líneas precedentes de frente al procedimiento administrativo general, el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo regula en los artículos 47 a 52 un procedimiento administrativo sancionatorio como mecanismo para materializar este poder.

Las características más relevantes del procedimiento administrativo sancionatorio son las siguientes:

1. El procedimiento administrativo sancionatorio es general, residual y complementario.

Al igual que el procedimiento administrativo general, el procedimiento administrativo sancionatorio es residual y complementario, habida cuenta de que el artículo 47 del nuevo Estatuto indica que, *“Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.”*

2. El procedimiento administrativo sancionatorio se inicia de oficio o a petición de cualquier persona.

El inciso 2º del artículo 47 del nuevo Estatuto indica que los procesos administrativos sancionatorios podrán ser iniciados de oficio por las autoridades o a solicitud de cualquier persona. Debe advertirse algo que, aunque parezca obvio, cualquier persona es cualquier persona, ello es, no requiere acreditarse ningún interés particular para actuar. En ese sentido, la acción sancionatoria es una típica acción pública.



Ahora bien, en consonancia con lo establecido en el artículo 35 del nuevo Código es del caso anotar que cuando los procesos administrativos sancionatorios se inician de oficio, la Administración sólo puede hacerlo por escrito o excepcionalmente, mediante medios electrónicos cuando lo autoriza la ley o el propio Código, debiendo informar de la iniciación de la actuación al interesado con el fin de garantizar el correspondiente derecho de defensa.

3. En el procedimiento administrativo sancionatorio concluidas las averiguaciones preliminares y de existir lugar a ello, se debe formular pliego de cargos.

El procedimiento administrativo sancionatorio tiene prevista, de manera facultativa, una etapa de averiguaciones preliminares. Concluida esta etapa preliminar u obviándose la misma, debe la Administración proferir el acto administrativo de formulación de cargos, salvo que proceda al archivo de las diligencias.

Es importante anotar que el acto administrativo mediante el cual se formulan cargos, debe señalar “con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes”, así como las pruebas que se hayan practicado o se pretenden practicar, esto último que sin mencionarlo expresamente el inciso 2º del artículo 47, debe entenderse como obvio.

Lo anterior en virtud de los principios de legalidad, publicidad y contradicción, que deben revestir todas las actuaciones administrativas sancionatorias dentro del marco del debido proceso en un Estado Social de Derecho.

El acto administrativo de formulación de cargos debe ser notificado personalmente al investigado y contra dicha formulación no procede recursos alguno, por expreso mandato legal.

4. En el procedimiento administrativo sancionatorio se prevé la protección del derecho de defensa con una oportunidad para descargos.

Dentro de los quince (15) días siguientes contados a partir del día siguiente al de la notificación personal del acto administrativo de formulación de cargos, el investigado podrá presentar sus descargos, aportar pruebas o pedir las que pretenda hacer valer, tal y como lo dispone el inciso 3º del artículo 47.

Como en todo proceso, las pruebas inconducentes, impertinentes, superfluas y practicadas ilegalmente, pueden y deben ser rechazadas de plano, a través de acto motivado.



De conformidad con lo previsto en el artículo 48 del nuevo Código, podrá o no haber período probatorio. En caso de que deban practicarse pruebas, se señalará un término de treinta (30) días, salvo que se trate de un asunto en donde existan tres (3) o más investigados o deban practicarse pruebas en el exterior, eventos éstos en los que el período probatoria podrá hasta doblarse, ello es, podrá extenderse hasta sesenta (60) días.

No habiendo período probatorio o vencido el mismo, la Administración correrá traslado al investigado para alegar de conclusión, por el término de diez (10) días.

5. La decisión con que termina el proceso administrativo sancionatorio tiene ciertos requisitos.

Indica el artículo 49 del nuevo Estatuto que la decisión debe adoptarse mediante acto administrativo definitivo proferido dentro de los treinta (30) días siguientes al vencimiento del término de alegatos. Aunque no es necesario advertirlo, si resulta conveniente resaltar, que el término aquí previsto para fallar es perentorio pero no preclusivo, ello es, que la Administración no pierde la facultad de decidir por el hecho de que se venza el término.

El acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio deberá contener:

1. La individualización de la persona natural o jurídica a sancionar.
2. El análisis de hechos y pruebas con base en los cuales se impone la sanción.
3. Las normas infringidas con los hechos probados.
4. La decisión final de archivo o sanción y la correspondiente fundamentación.

6. En el procedimiento administrativo sancionatorio se contempla una gradualidad de las sanciones.

Con el fin de garantizar la moralidad administrativa y asegurar la validez y efectividad de las normas que rigen la Administración Pública, el legislador otorgó la facultad a la Administración de graduar la gravedad de las faltas y el rigor de las sanciones dentro de los parámetros establecidos en el artículo 50 de nuevo Código, atendiendo los siguientes criterios:

1. Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados.
2. Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero.



3. Reincidencia en la comisión de la infracción.
4. Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión.
5. Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos.
6. Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes.
7. Renuencia o desacato en el cumplimiento de las órdenes impartidas por la autoridad competente
8. Reconocimiento o aceptación expresa de la infracción antes del decreto de pruebas.

7. En el nuevo procedimiento administrativo sancionatorio se modificó la caducidad de la facultad sancionatoria.

Es de anotar, que anterior a la expedición del nuevo Código, existía una serie de interpretaciones sobre la caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración.

Una primera postura consideraba que con la sola expedición del acto administrativo sancionatorio dentro de los tres (3) años posteriores a la ocurrencia del hecho, la conducta u omisión, era suficiente para entender que se había surtido oportunamente la actuación.

Una segunda posición, sostenía que para que la actuación se considerara oportuna no bastaba con la expedición y notificación del acto administrativo, sino que se debían resolver los recursos interpuestos para agotar la vía gubernativa.

Y una tercera interpretación estimaba que la notificación del acto sancionatorio era lo que permitía establecer si se obró oportunamente o no por parte de la Administración.

Así las cosas, el nuevo Código en el artículo 52 supera la anterior discusión estableciendo que, salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Ahora bien, lo que definitivamente permite finiquitar cualquier discusión es que, el legislador se ocupó, con muy bien criterio, de independizar la situación anteriormente descrita y la derivada de los recursos de la otrora denominada “vía gubernativa”. Es decir, estableció un término independiente y autónomo de un (1) año contado a partir de la interposición del o de los recursos, para resolverlos, so pena de pérdida de competencia.



Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver. Esto constituye en sí mismo una garantía procesal para los administrados y una obligación perentoria para el funcionario competente de resolver dentro del término señalado, garantizando para la Administración el cumplimiento del principio de eficacia en el numeral 11 del artículo del nuevo Estatuto.

En otras palabras, ante la existencia de sendos términos para resolver (3 años para la sanción y 1 año para los recursos), la situación ha cambiado radicalmente en relación con la actual normatividad, pues esos términos no pueden ni sumarse ni compensarse. Por ejemplo, si se falla en el término de cinco (5) meses, la Administración tendría un (1) año para resolver los recursos so pena de pérdida de competencia e imposibilidad de sancionar, y no podrá alegarse que no han transcurrido en total tres (3) años, pues se reitera el término para resolver los recursos es de un (1) año, independientemente de que cuanto se haya demorado la Administración para imponer la sanción.

Es de anotar, que cuando se trate de un hecho o conducta continuada, el término de caducidad se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

Por último establece, que la sanción decretada por el acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.

8. Los derechos de los terceros para actuar en el proceso administrativo sancionatorio.

En este tema, bien vale la pena mencionar lo ya referido en cuanto a los derechos procesales que pueden ejercer en el procedimiento administrativo sancionatorio algunos terceros (el denunciante, quien aporta de pruebas o el afectado con los hechos objeto de investigación), al tenor de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 38, el cual se explicó en las normas del procedimiento administrativo general.

En conclusión es necesario señalar, que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo acertó en ocuparse de regular estos procedimientos generales, pues le prestarán mucha utilidad a la sociedad en la medida en que existan unas reglas generales, fácilmente entendibles.



Recursos, silencio administrativo y revocatoria directa.

Enrique Gil Botero

Ex Presidente del Consejo de Estado
Miembro de la Comisión de Reforma

Abordaré tres temas: el silencio administrativo, los recursos y la revocatoria directa como formas de control de la actividad de la administración pública.

1. El acto administrativo como principal instrumento del actuar de la administración.

Las instituciones del silencio administrativo, los recursos y la revocatoria directa no pueden entenderse en su justa dimensión por fuera de la teoría general de las decisiones de la Administración.

El acto administrativo continua siendo en la actualidad el principal instrumento en manos de la Administración para la realización de las funciones que le son encomendadas; por esta razón, puede afirmarse que a través de él se materializa el interés general y sobre todo se hace frente a necesidades sociales cambiantes que requieren soluciones inmediatas.

El concepto de acto administrativo aparece ligado indiscutiblemente al modelo de Estado de Derecho producto de las revoluciones liberales, esta afirmación tiene su sustento en dos argumentos: por un lado, el actuar administrativo se encuentra sometido al ordenamiento jurídico y por ende cuando asume decisiones no realiza una labor de creación sino de mera ejecución de la Ley.

Se puede seguir afirmando que los actos administrativos obedecen a la necesidad de ejecución de disposiciones de carácter legislativo, empero tal aseveración debe ser matizada por los cambios históricos que la institución ha presentado.

Las sociedades se han vuelto más complejas.

Adicionalmente, el aumento de la potestad reglamentaria ha ido despojando a los parlamentos de la exclusividad en la expedición de normas generales, impersonales y



abstractas, así como también se ha desmitificado que los actos administrativos sólo se profieren en un procedimiento en el que la administración decide y es parte al mismo tiempo; el aumento, por ejemplo, de la regulación de diferentes actividades de servicio público que otorgan a la autoridad administrativa competencias en las que decide conflictos entre particulares, funciones arbitrales que desde un criterio material podrían clasificarse como judiciales¹. Es este el escenario en el que debe replantearse la noción del acto administrativo y que hizo necesaria la reforma legislativa para adaptar las normas procedimentales a los cambios que arroja el dinamismo de la sociedad.

2 El acto ficto o presunto como respuesta del ordenamiento jurídico a la inactividad de la administración.

En este contexto de acto administrativo y de formas de control de la administración pública es donde debemos enmarcar y desarrollar los 3 temas propuestos.

La voluntad administrativa no siempre es expresa, en algunas oportunidades, el legislador debe sustituir el pronunciamiento de la autoridad fijando mediante norma el contenido de la decisión, bien sea este positivo o negativo al interés perseguido por el ciudadano cuando inicia un procedimiento administrativo². A esta técnica tanto la doctrina como la legislación la han denominado silencio administrativo, para explicar la sanción que el ordenamiento jurídico impone a la administración en mora de ofrecer una respuesta a una solicitud que le ha sido formulada. La institución que se estudia tiene entonces un escenario concreto en el que se desarrolla: las actuaciones administrativas que se inician en virtud del ejercicio del derecho de petición en interés particular, por lo que es fácil deducir que los efectos del pronunciamiento que presume la ley son igualmente de alcance individual y subjetivo³.

Cuando la ley otorga a la inactividad de la administración un valor desestimatorio de los intereses del administrado, nos encontramos ante el denominado silencio administrativo negativo. La razón de ser de la existencia de esta figura es de carácter práctico: evitar que la no respuesta de la autoridad genere indefensión del administrado, de tal forma que se habilita la impugnación del acto administrativo.

• **1** GIL BOTERO, Enrique. “Regulación: ¿Hacia una Nueva Función Administrativa? Ponencia XII Congreso Nacional y III Internacional de Servicios Públicos Domiciliarios, celebrado en Cartagena en el año 2010.

2 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. Curso de Derecho... Ob. Cit.

3 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de... Ob. Cit. Pág. 252.



La regulación del silencio administrativo negativo se halla en el artículo 83 de la nueva codificación, el cual dispone que transcurridos tres meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado la decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa. La disposición no se diferencia de lo prescrito en el Código Contencioso Administrativo vigente, ya que se instaure la presunción de decisión negativa como regla general; el término para que ésta se produzca no se cambió y se supedita a la no notificación del acto administrativo y no a la inexistencia de pronunciamiento por parte de la Administración. De hecho, aún es válida la crítica doctrinal⁴ que señala que esta redacción de la norma adolece de técnica jurídica, como quiera que confunden dos momentos perfectamente diferenciables: *la existencia del acto administrativo y el momento de su publicitación como requisito de eficacia*.

Así mismo, el silencio administrativo se produce, si luego de haber interpuesto los recursos transcurren dos meses sin que haya notificación alguna de la respuesta por parte de la autoridad. La ley señala que este plazo puede verse interrumpido en aquellos eventos en los que sea necesaria la práctica de pruebas, término que no puede ser superior a 30 días hábiles. También se subraya que la falta de pronunciamiento oportuno constituye falta disciplinaria gravísima.

De igual forma, aún se sostiene la regla según la cual la ocurrencia del silencio administrativo negativo no exime de responsabilidad a las autoridades, de hecho estas no pierden competencia para decidir, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto presunto, o que habiendo acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo se haya notificado el acto admisorio de la demanda. La disposición del tercer inciso del artículo 83 otorga una facultad al administrado, la posibilidad de escoger entre tres alternativas: esperar el pronunciamiento, interponer los recursos administrativos o acudir directamente al mecanismo jurisdiccional⁵. De hecho, la jurisprudencia ha señalado que aún cuando el silencio administrativo opere por ministerio de la ley, su configuración no es automática, ya que se encuentra supeditada a la voluntad del peticionario dependiendo de la comportamiento que adopte⁶.

Por otra parte, no cualquier petición puede configurar el silencio administrativo, como quiera que es indispensable que ésta “...cumpla con las cargas de claridad, precisión y concreción respecto del objeto mismo de aquello que se solicita, de tal manera que lo que se pida admita, sin mayores dificultades de interpretación, una respuesta asertiva: positiva o negativa”⁷.

• 4 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de... Ob. Cit.

5 El artículo 161. 2 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Preceptúa: “Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios. El silencio negativo en relación con la primera petición permitirá demandar directamente el acto presunto”.

6 Consejo de Estado. Sentencia de marzo 8 de 2007... Ob. Cit.

7 Ibídem.



En lo que se refiere a la carga de la prueba de la decisión ficta, la demanda debe ir acompañada de la prueba de la iniciación de la actuación administrativa o de que los recursos administrativos fueron interpuestos, porque sólo así es posible calcular si el tiempo que exige la ley para que se configure el acto presunto (negativo) se cumplió⁸.

En cuanto a la oportunidad de acceder a la jurisdicción para cuestionar la legalidad de un acto producto del silencio administrativo, el Nuevo Código en el artículo 164, numeral 1, literal d preceptúa que puede hacerse en cualquier tiempo, de este modo no se cambia la regla que se halla vigente en la actualidad, según la cual el control judicial de un acto ficto no está sometido a término de caducidad alguno.

En la nueva regulación, sólo un aspecto fue objeto de cambio en la codificación, llenándose un vacío existente, se fijó el término para que se produzca el silencio administrativo negativo en aquellos procedimientos administrativos especiales en los que la ley señala un plazo superior a tres meses para resolver las peticiones, eventos en los cuales el acto ficto se producirá al cabo de un mes contado a partir de la fecha en que debió tomarse la decisión⁹.

De otro lado, *el silencio administrativo positivo* continua constituyendo en el ordenamiento jurídico la excepción, al necesitar estar previsto de forma expresa en la ley para poder configurarse; el término para que se entienda producida la decisión comienza a contarse a partir del momento en el que el peticionario elevó su solicitud¹⁰. En este caso, la presunción del legislador es precisamente la de otorgarle a la inactividad de la administración el carácter de respuesta favorable a los intereses del peticionario. Se trata de una sanción mucho más grave porque puede afirmarse no sólo la existencia de un verdadero acto ficto o presunto, como quiera que el objeto de la norma no es de un alcance simplemente procesal sino el de suplir la autorización o reconocer el derecho que se ha instado¹¹.

El principal problema que sigue planteando la institución es el de la posibilidad de su revocatoria directa, como quiera que se está ante *actos administrativos favorables*, o lo que es igual, frente a derechos que han ingresado en el patrimonio del particular. Esta

• **8** Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 15 de mayo de 1989. Exp. 3753.

9 Inciso segundo del artículo 83 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

10 Artículo 84 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Tomás – Ramón. Curso de Derecho... Ob. Cit.



peculiaridad, pone de presente la necesidad que tiene el ordenamiento de garantizar el principio de seguridad jurídica y a su vez no permitir la existencia de decisiones contrarias a la legalidad. La nueva regulación abre la posibilidad para que la autoridad administrativa retire del ordenamiento jurídico el acto ficto siempre y cuando reúna las exigencias que el mismo código exige.

Al igual que ocurre con norma consagrada en el artículo 73 del actual Código, se podrían admitir tres posibles interpretaciones: 1. Es factible retirar sin el consentimiento del interesado los actos derivados del silencio administrativo positivo; 2. Es posible retirar el acto producto de silencio administrativo positivo, sin consentimiento del interesado, únicamente cuando se constate que es contrario a la Constitución política o a la ley, y; 3. Sólo es posible retirar el acto administrativo configurado a partir del silencio administrativo por cualquiera de las causales consagradas en el artículo 93 si se obtiene el consentimiento expreso y escrito del particular.

En aquellos eventos en los que la autoridad administrativa quiera retirar del ordenamiento jurídico un acto ficto o presunto favorable deberá asegurarse que se den dos requisitos: 1. Que la decisión adolezca de algún vicio de legalidad, que no sea conforme con el interés público o social o que cause un agravio injustificado a una persona, y; 2. Que se obtenga el consentimiento expreso y escrito del particular. En otras palabras, el retiro de los actos derivados del silencio administrativo positivo deben seguir las mismas reglas del retiro de los actos expresos de la autoridad administrativa.

La anterior afirmación encuentra su sustento en lo dispuesto por el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, en el cual la exigencia de obtener el consentimiento expreso y escrito del particular se extiende de forma explícita a los actos *fictos o presuntos*, no pudiendo revocarlo la autoridad ante la negativa del interesado, la cual deberá acudir necesariamente a la vía jurisdiccional, en aquellos casos en que considere que la decisión es contraria a las normas legales que le sirven de fundamento¹².

Un aspecto final, tratado en el Código nuevo es el referente al procedimiento exigido para poder invocar el silencio administrativo positivo. Al igual que ocurre con la regulación actual, se exige la protocolización de la constancia o copia de la petición realizada, junto con una declaración jurada de que no ha sido notificada decisión alguna dentro del término previsto por la norma. La escritura, así como sus copias auténticas, producen los mismos efectos legales de la decisión favorable y es una obligación

- **12** El artículo 97 del nuevo Código preceptúa: “Revocación de los actos de carácter particular y concreto. Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”



de las autoridades reconocerla; basta recordar que su cuestionamiento prácticamente se difiere a la instancia judicial a través de la denominada acción de lesividad¹³.

3. Los recursos como forma de autocontrol de la actividad administrativa.

El procedimiento administrativo como cauce para obtener un pronunciamiento definitivo de la administración sobre un asunto determinado, se encuentra dividido en nuestra legislación (en ello no existe diferencia con la nueva codificación) en dos momentos perfectamente separables: 1. la etapa de formación del acto administrativo que se inicia con un derecho de petición, de oficio o en cumplimiento de un deber legal y finaliza con la decisión administrativa, y; 2. la etapa de impugnación de lo decidido, que comienza con la utilización de los mecanismos de control o recursos y termina con la respuesta de la autoridad.

Los recursos entonces, responden a una preocupación de los ordenamientos jurídicos modernos: la consagración de mecanismos en sede administrativa que permitan revocar por motivos determinados los actos administrativos proferidos.

Así, los recursos administrativos constituyen: por un lado, una posibilidad para los sujetos pasivos del acto administrativo de ejercer su derecho de contradicción cuestionando ante la administración el contenido de su decisión, con el objetivo de que ésta sea revocada, modificada o aclarada¹⁴, y; de otro lado, posibilitar un espacio a la autoridad para que revise sus propias actuaciones, de tal manera que se impida un control judicial posterior¹⁵. En este caso, la revisión de la que hablamos surge siempre por iniciativa de aquellos que fueron afectados con la decisión administrativa. Adicionalmente, el debate en sede administrativa constituye un requisito de procedibilidad para acudir al control judicial, de ahí que, el artículo 161. 2 de la nueva codificación disponga: *“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo particular deberán haberse ejercido y decidido los recursos que de acuerdo con la ley fueren obligatorios.”*

En cuanto a la procedencia de los recursos, el nuevo código señala que éstos pueden interponerse contra los actos definitivos, excluyendo así, la posibilidad de impugna-

• **13** Artículo 85 del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

14 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de... Ob. Cit. Pág. 283.

15 PARADA, Ramón. Derecho Administrativo I. Parte General. Barcelona, Marcial Pons. 2002.



ción contra los actos de trámite, preparatorios o de ejecución¹⁶. Así mismo, tampoco es posible la impugnación de actos administrativos generales, lo cual reduce el campo de acción a los actos administrativos particulares, es decir a aquellas decisiones que afectan situaciones jurídicas concretas.

El primer mecanismo de impugnación consagrado en la ley es el denominado **recurso de reposición**, el que se interpone ante la autoridad que tomó la decisión, quien a su vez tendrá la competencia para resolverlo¹⁷. Tiene la característica de ser facultativo, por lo que su formulación no constituye un requisito de procedibilidad para la formulación de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho¹⁸.

Por su parte, **el recurso de apelación**, es aquel que se interpone ante la autoridad que tomó la decisión, pero cuya resolución corresponde al superior jerárquico o funcional. A diferencia de lo que ocurre con la reposición, su interposición es obligatoria, de tal forma que si se omite el acto administrativo no puede ser objeto de control judicial. Esto se deduce de los artículos 76 y 161 de la nueva codificación; la primera disposición excluye la apelación de los llamados recursos facultativos, la segunda determina que para poder habilitar la vía jurisdiccional no puede omitirse la formulación de aquellos recursos que son obligatorios.

La apelación, es entonces, un recurso que es manifestación directa del principio de *jerarquía administrativa*, por medio del cual se persigue que sea un funcionario distinto de aquél que profirió el acto administrativo quien se encargue de su revisión.

El rechazo del denominado recurso de alzada abre la vía para la interposición del **recurso de queja**, el cual es facultativo y se interpone directamente ante el superior jerárquico de quien negó el medio de impugnación, es decir, del mismo funcionario que profirió el acto administrativo. La ley exige que se realice mediante escrito acompañado de copia de la providencia que inadmitió la apelación.

Las reglas comunes a todos los recursos son las siguientes:

1. Deben ser presentados por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez días siguientes a la misma, a la notificación por aviso o al término de la publicación. Tratándose del fenómeno del silencio administrativo negativo, el acto ficto puede ser impugnado en cualquier tiempo¹⁹. De igual modo, pueden utilizarse los medios electrónicos.

• **16** Artículos 74 y 75 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

17 Artículo 74.1 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

18 Inciso final del Artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

19 Artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



2. Los recursos deben interponerse ante el funcionario que profirió el acto administrativo quien no podrá negarse a recibirlos. En caso de negativa puede acudirse ante el procurador regional o ante el personero municipal, para que éste ordene su recepción y trámite. El recurso de apelación puede interponerse directamente, o como subsidiario del de reposición²⁰.

3. Los recursos deben interponerse dentro del plazo legal directamente o mediante apoderado. Si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación no podrá exigirse presentación personal²¹.

4. El escrito que contenga los recursos deberá indicar el nombre y dirección del recurrente, así como su dirección electrónica si desea ser notificado por ese medio. Debe, igualmente, expresar de forma concreta las razones de su inconformidad y solicitar y aportar las pruebas que pretenda hacer valer²².

5. Se admite para la interposición del recurso la agencia oficiosa. En este caso, el recurrente deberá acreditar la calidad de abogado en ejercicio y prestar caución que garantice que, la persona por quien obra, ratificará la actuación dentro de los dos meses siguientes²³.

6. Los recursos se otorgan en el efecto suspensivo y se resuelven de plano, salvo en aquellos eventos en los que se haya solicitado la práctica de pruebas o que el funcionario que haya de tomar la decisión considere necesario decretarlas de oficio. Si con el recurso se presentan pruebas y en el trámite interviene más de una parte, la ley dispone que debe darse un traslado de cinco días²⁴. Esta disposición resulta del todo pertinente al amoldarse perfectamente a aquellos procedimientos administrativos a través de los cuales se cumple una función arbitral, de forma tal que al existir una controversia entre dos sujetos la autoridad debe garantizar en todo momento el derecho de contradicción. El término para la práctica de las pruebas no podrá ser superior a 30 días, siendo admisibles todos los medios probatorios señalados en el Código de Procedimiento Civil²⁵.

• **20** *Ibídem*.

21 Artículo 77 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

22 *Ibídem*.

23 *ibídem*.

24 Artículo 79 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

25 Artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



7. Al tratarse de un debate en torno de una situación jurídica particular y concreta, la ley admite el desistimiento en cualquier tiempo como una forma de finalización del procedimiento de impugnación²⁶.

8. La notificación, comunicación o publicación de la decisión sobre los recursos interpuestos le otorgan la cualidad de firmeza a los actos administrativos.

4. La revocatoria directa: entre la seguridad jurídica y la necesidad de adaptación del obrar administrativo.

Las dos posturas parten de extremos que parecen irreconciliables y de un evidente desconocimiento de la realidad administrativa. Partir de la revocabilidad de los actos administrativos, es prescindir de una necesidad de estabilidad en los ordenamientos jurídicos de aquellas decisiones favorables. Cuando se reconoce un derecho o se faculta su ejercicio, se otorga una posición activa al ciudadano que debe gozar de alguna protección. De igual modo, si se asumiera que todas las decisiones de la administración son irrevocables tendría también una consecuencia nefasta, la imposibilidad de retirar del ordenamiento jurídico aquellas disposiciones administrativas que imponen una sanción o un gravamen²⁷.

Vistas así las cosas, se desprenden varias conclusiones: Los actos administrativos de gravamen o desfavorables son revocables por la autoridad administrativa al no alterarse con esta medida ningún derecho subjetivo, en cambio, los actos administrativos favorables al incorporar situaciones de ventaja se impregnan de las características de estabilidad y, aun cuando admiten su retiro del ordenamiento jurídico en sede administrativa, éste se somete a un procedimiento específico que supedita la voluntad de la administración al consentimiento del administrado. Sin embargo, debo hacer una salvedad, esta regla de la estabilidad no se predica de aquellos actos administrativos que se denominan precarios, es decir de situaciones supeditadas al querer de la administración, como es el caso de algunas concesiones sobre bienes de uso público.

Aclarado lo anterior, se puede afirmar que en la nueva codificación aún se mantiene la naturaleza dualística de la revocatoria directa. El artículo 93 señala que esta medida puede realizarse de oficio o a solicitud de parte, de allí que no tengamos que cambiar la postura que de tiempo atrás ha defendido la doctrina nacional: se trata de un recurso de carácter extraordinario y al mismo tiempo del ejercicio de una prerrogativa de la administración pública²⁸.

• **26** Artículo 81 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

27 *Ibidem*. Pág. 88.

28 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de... Ob. Cit. Pág. 300.



De igual manera, puede sostenerse que se trata de un instrumento otorgado a la administración, para que ésta de manera unilateral revise sus decisiones. Es en toda regla el reconocimiento de una prerrogativa, como quiera que se está ante una facultad extraña en las relaciones jurídicas entabladas entre particulares y, cuya regulación se debe buscar en normas de derecho público. De este modo, se trata de un poder de imposición sobre los particulares que no requiere la anuencia de estos, sin que esto signifique arbitrariedad o ausencia de control judicial²⁹.

La revocatoria directa puede asumirse por la autoridad en cualquier momento, sin importar si se ha acudido a la jurisdicción contencioso administrativa, pues la autoridad sólo pierde competencia para pronunciarse cuando se haya notificado el acto admisorio de la demanda³⁰.

En cuanto a la revocatoria producto de la actividad oficiosa de la administración se pueden establecer las siguientes reglas: 1. Procede en todo momento, por cualquiera de las causales previstas en el artículo 93; 2. Procede contra aquellos actos administrativos respecto de los cuales se ha interpuesto los recursos, como quiera que la limitación sólo opera frente al supuesto en el que el procedimiento del retiro de la decisión administrativa se haya iniciado por solicitud de parte y que la causal aducida sea la referente a la vulneración de la legalidad, y; 3. En la mayoría de los supuestos procederán los recursos si se tiene en cuenta que con la medida asumida se están aduciendo hechos o circunstancias nuevas³¹.

A diferencia de los recursos, los motivos por los cuales se puede retirar una decisión administrativa están fijados de forma taxativa en el artículo 93 del nuevo código.

Entre las causales de revocación de los actos administrativos se encuentran: 1. La manifiesta oposición de la decisión a la Constitución Política y a la Ley; 2. La inconformidad de la decisión con el interés público o social o cuando ésta atente contra él, y; 3. La generación de un agravio injustificado a una persona. Como puede observarse, el primer evento hace referencia a un control de legalidad, razón por la cual es posible afirmar que se pueden aducir cada uno de los vicios de validez que puedan llegar a afectar a un acto administrativo.

El artículo 97 de la nueva codificación señala: *“Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de la conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional.”*

• **29** SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique. Construcción Doctrinaria... Ob. Cit.

30 Inciso primero del artículo 95 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

31 SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de ... Ob Cit Pág 300.



Se ha dicho que, la disposición referida cambia sustancialmente las reglas de juego; si la Administración detecta que una de sus decisiones se ha obtenido por medios ilegales o fraudulentos ya no podrá retirarla del ordenamiento jurídico sin el consentimiento del particular, de forma tal que sólo le queda un camino: demandar su propio acto y pedir la suspensión provisional del mismo. La norma adicionalmente, exime de la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad de la acción.

Se ha considerado, con ánimo crítico y constructivo que, la norma comentada no constituye un avance sino un verdadero retroceso. Es cierto que dentro de un Estado Social de Derecho deben protegerse los derechos adquiridos, de ahí que el ordenamiento jurídico propenda por dar la característica de estabilidad a aquellos actos administrativos que los reconocen, sin embargo, esta regla no es absoluta y debe admitir excepciones cuando las ventajas conseguidas se derivan del desconocimiento de la Constitución y la Ley.

En ese orden de ideas, el legislador debió conservar la regla prevista en el artículo 73 del Código Actual, por una razón de simple lógica jurídica: *la decisión obtenida por medios ilegales o fraudulentos no puede tornarse inmutable y debe al contrario ser invalidada sin necesidad de la anuencia de aquel que ha cometido la irregularidad; esta clase de comportamientos, generan una nulidad en el acto proferido y los derechos que surjan no pueden ser protegidos, al ser claramente un producto de la mala fe. También puede afirmarse que la característica de estabilidad de los derechos se encuentra principalmente en los principios de buena fe y confianza legítima, si estos dos presupuestos no se hallan presentes, el pronunciamiento de la autoridad adquiere vocación de revocabilidad.*

5. A modo de Conclusión

Debo finalizar esta conferencia remitiéndome al inicio de misma: la teoría del acto administrativo es una construcción propia del derecho público que surgió de la necesidad de reconocer que la Administración en su actuar se relacionaba mediante el uso constante de prerrogativas de poder, sin embargo, la evolución del Estado y sobre todo el que los derechos fundamentales constituyan en el presente su razón de ser, ha ocasionado que los viejos instrumentos del obrar administrativo sean revisados.

La eficacia en la consecución de finalidades de interés general sigue siendo una premisa fundamental; no obstante, la relación entre ciudadano y poder público se debe cimentar bajo unos parámetros en los cuales se asegure su participación en la toma de decisiones y el respeto por la garantía constitucional del debido proceso. Las actuaciones administrativas no pueden ser arbitrarias por ello se exige de ellas transparencia, publicidad y mecanismos procesales que permitan el cuestionamiento de sus decisiones o que den una respuesta adecuada al silencio o a la tardanza en los pronun-



ciamientos. En este contexto surge la reforma del código contencioso administrativo, que reitera lo ya sostenido durante toda esta intervención: el silencio administrativo, los recursos y la revocatoria directa son instrumentos encaminados a permitir un autocontrol de la legalidad del obrar administrativo por medio de un diálogo constante con la autoridad que profiere una decisión.

Elementos transversales





La jurisprudencia en el Nuevo Código

Por: Augusto Hernández Becerra

Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil
del Consejo de Estado
Miembro de la Comisión de Reforma

Un ilustre magistrado declaró hace algún tiempo que el siglo XXI sería el siglo de los jueces. Algunos podrían no compartir esta polémica idea. Sin embargo, habría que concederle toda la razón si su frase se entiende en el sentido de que este será el siglo de la jurisprudencia.

Buena parte del antiguo Código Contencioso Administrativo (CCA, decreto 01 de 1984) es reconocible en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), por la permanencia en este de conceptos e instituciones originarios de aquel. El título del nuevo código revela su estructura dual, que proviene del decreto 01 de 1984. No sin razón se ha cuestionado que un mismo código se ocupe de dos materias aparentemente disímiles: las reglas de procedimiento propias de la administración pública, y las reglas procesales que se aplican en la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Las primeras están dirigidas no a los jueces sino a las autoridades de la administración y, en especial, a la ciudadanía. Las segundas conciernen a los jueces, puesto que regulan la manera como deben adelantar su trabajo, y a los abogados litigantes. De ahí el lenguaje llano, desprovisto de tecnicismos, que distingue a la Parte Primera, y el lenguaje técnico jurídico propio de la Segunda.

En desarrollo de las deliberaciones que se realizaron para llegar al nuevo texto se discutió este punto, dado que en el fondo se trata de dos códigos, que por consiguiente deberían ser objeto de dos leyes distintas. Sin embargo, en tributo a lo que es ya una tradición, y en atención a que no obstante ser distintas las regulaciones existe entre ellas una estrecha conexidad, que en el nuevo código se evidencia por medio de una importante red de vasos comunicantes, se decidió conservar para nosotros familiar estructura dual. Uno de los temas transversales en el nuevo código, puesto que conecta su Parte Primera con la Segunda, es, precisamente, el relativo a la jurisprudencia.



1. Hacia una revalorización de la jurisprudencia

Los términos en que se redactó el artículo 1° del código, denominado “Finalidad de la Parte Primera”, dan buena idea sobre el temperamento del nuevo estatuto, al declarar que sus normas tienen como objetivo “proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares¹. Puesto que las reglas de la Parte Primera se aplican a todos los organismos y entidades del Estado, “en sus distintos órdenes, sectores y niveles”, y a los particulares cuando cumplan funciones administrativas, se hacen por ello responsables, en cuanto operadores jurídicos de dichas reglas, de velar por el cumplimiento de su finalidad. De esta manera el código entra de lleno en el espíritu de la Constitución de 1991 y evidencia, así, la “constitucionalización” del derecho administrativo.

Por supuesto, las autoridades administrativas no están llamadas a decidir arbitrariamente sino conforme a derecho, esto es, según los dictados de la ley y de acuerdo con los criterios que sobre el recto entendimiento de la ley proporcionan las sentencias judiciales. Que el Estado actúe según las orientaciones de la jurisprudencia es, pues, no solo regla de justicia, sino también máxima de racionalidad, puesto que los desvíos de la administración, tarde o temprano, serán corregidos por el juez.

Cabe sin embargo preguntar: ¿Cuáles son las sentencias que han de entenderse como “jurisprudencia” y que deberían ser el norte de la actividad administrativa? ¿Se aplican a las autoridades administrativas las mismas reglas que, sobre el sistema de fuentes, prescribe la Constitución para los jueces?

Diversas soluciones se han ensayado en nuestra tradición judicial, en particular las del artículo 4° de la ley 153 de 1887² y del artículo 10 de la ley 153 de

- **1** “Artículo 1°. Colombia es un Estado social de derecho...”
“Artículo 2°. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución... Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades...”
“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...”
“Artículo 188. El Presidente de la República simboliza la unidad nacional y al jurar el cumplimiento de la Constitución y de las leyes, se obliga a garantizar los derechos y libertades de todos los colombianos.”

- 2** “Los principios de derecho natural y las reglas de jurisprudencia servirán para ilustrar la Constitución en casos dudosos. La doctrina constitucional es, a su vez, norma para interpretar las leyes”



1887³ (subrogado por el artículo 4° de la ley 169 de 1896)⁴, con el propósito de conferir a la jurisprudencia fuerza vinculante bajo determinadas condiciones, sin mayor fortuna. En efecto, a la regla de “tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho”, con frecuencia fue posible aducir igual número de sentencias en sentido contrario, con lo cual la fórmula resultó ineficaz.

Recientemente, para determinados casos que deban ser resueltos por autoridades administrativas de cualquier orden, el artículo 114 de la ley 1395 de 2010 (“Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial”) estableció la regla de cinco sentencias en los siguientes términos:

Artículo 114. Las entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren proferido en cinco o más casos análogos.

En esta ley el deber de tener en cuenta, para decidir, los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa se hubieren proferido en cinco o más casos análogos, por los mismos hechos y pretensiones, no alcanza a superar el inconveniente de las leyes 153 de 1887 y 169 de 1896 arriba expuesto.

La ley 1437 de 2011 propone, en cinco artículos (10, 102, 269, 270 y 271), un práctico sistema de reglas que convierte a la jurisprudencia en guía segura para que el Estado dé a los ciudadanos un trato más igualitario y justo. Dicho sistema tiene como eje una especial categoría de sentencia, la Sentencia de Unificación Jurisprudencial definida en el artículo 270 del nuevo código y que, bajo determinadas condiciones y según procedimientos especiales, competirá expedir al Consejo de Estado, en su condición de “tribunal supremo de lo contencioso administrativo”, según las voces del artículo 237 numeral 1 de la Constitución.

A partir de esta noción central, las Sentencias de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado, la ley 1437 de 2011 construye una visión innovadora de la jurisprudencia como fuente de Derecho, dirigida a orientar tanto la actividad de las

• 3 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001

4 Ver el análisis de Diego Eduardo López Medina sobre el establecimiento progresivo de una doctrina de precedentes en Colombia, en *El Derecho de los jueces*, Ediciones Uniandes – Editorial Legis, Bogotá, 2002, p. 21 y ss.



autoridades administrativas como la de los propios jueces de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Es así como el artículo 10 del código impone a las autoridades administrativas el deber de “tener en cuenta” las Sentencias de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado en sus decisiones, y el artículo 102 confiere a las personas el derecho de pedir a la administración que extienda a su caso particular los efectos de dichas sentencias, siempre y cuando acrediten encontrarse dentro de “los mismos supuestos fácticos y jurídicos”, con la alternativa de poder acudir ante el Consejo de Estado para que estudie y decida su caso si la administración negare la petición, conforme a las reglas del artículo 269.

2. Sentencias de Unificación Jurisprudencial del Consejo de Estado

El estudio del papel de la jurisprudencia en el nuevo código ha de abordarse a partir del concepto de sentencia de unificación jurisprudencial, de la cual el artículo 270 formula la siguiente definición:

ARTÍCULO 270. Sentencias de unificación jurisprudencial. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Su expedición corresponde, de manera exclusiva, al Consejo de Estado. La ley 1437 de 2011 desarrolla las facultades del Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo al determinar, en el artículo 270, que tendrán el carácter de sentencias de unificación jurisprudencial las que expida:

- Por importancia jurídica
- Por trascendencia económica o social
- Por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia
- Al decidir los recursos extraordinarios (de revisión, art. 248, y de unificación jurisprudencial, art. 256)
- Las relativas al mecanismo eventual de revisión



Mediante las sentencias de unificación jurisprudencial el Consejo de Estado asumirá una importante y nueva función, la de identificar las decisiones de la jurisdicción que constituyan jurisprudencia establecida, reiterada, comúnmente aceptada por los jueces y por tanto permanente en determinados puntos de derecho, y fijarlas con toda formalidad en estas sentencias especiales que se convertirán, hacia el futuro, en guía segura, conocida y previsible de las autoridades administrativas y de los jueces en su función ejecutora de la ley.

El sistema jurídico de derecho codificado, que es el nuestro y deriva de la tradición europea continental, viene registrando una evolución que le aproxima, en algunos de sus aspectos característicos, al sistema del *common law*, de origen anglosajón. Es el caso, por ejemplo, del fortalecimiento de la unificación de la jurisprudencia, como técnica para construir precedentes judiciales con fuerza vinculante para las autoridades. En Colombia la tendencia es claramente discernible a partir de la Constitución de 1991, merced al especial impulso de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y al amplio laboratorio de experimentación judicial que ha proporcionado la acción tutela, junto con la práctica de las sentencias de unificación que en esta materia ha desarrollado la Corte.

Esta particular manifestación del neoconstitucionalismo ha suscitado el debate que era de esperar a partir de una concepción muy tradicional del sistema de fuentes, que la Corte Constitucional ha denominado decimonónica, consistente en considerar que la sentencia solo tiene fuerza vinculante para las partes, que el juez es un mero ejecutor de la ley y que frente a esta la jurisprudencia apenas tiene para el juez una función indicativa o ilustrativa, razón por la cual este conserva entera libertad para apartarse de los fallos anteriores, sean estos propios o de sus superiores jerárquicos⁵.

Otro punto de controversia surge de la lectura literal y rígida del artículo 230 de la Constitución, en el cual se postula que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley, en tanto que las demás fuentes formales de derecho, incluida la jurisprudencia, “son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Los intérpretes exgéticos de la norma estiman, por esta razón, que cualquier grado de sujeción de los jueces a precedentes judiciales colocaría la jurisprudencia al mismo nivel de la ley contrariando, por tanto, el artículo 230 de la Constitución.

Esta percepción minimalista de la jurisprudencia en nuestro sistema de fuentes ha sido morigerada progresivamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional a partir especialmente de las sentencias C-083 de 1995 y T-123 del mismo año. En esta última se emite ya una instrucción clara de sujeción al precedente, dirigida no solo a los jueces sino también a las autoridades administrativas.⁶ Luego de superar algunas

• 5 Corte Constitucional, sentencia C-836 de 2001

6 Ver el análisis de Diego Eduardo López Medina sobre el establecimiento progresivo de una doctrina de precedentes en Colombia, en *El Derecho de los jueces*, Ediciones Uniandes – Editorial Legis, Bogotá, 2002, p. 21 y ss.



dubitaciones, la Corte fue consolidando, no sin resistencia de la cultura jurídica nacional, una doctrina decidida sobre precedentes a partir de una importante sucesión de fallos, entre los cuales se destacan las sentencias C-037 de 1996, T-175 de 1997, T-321 de 1998, T-566 de 1998 y SU-047 de 1999.

Posteriormente, dirigiéndose a los jueces, la Corte sostuvo:

“Frente a los precedentes derivados de las sentencias de sus superiores jerárquicos y, en particular, de las corporaciones que están en el vértice de la estructura judicial colombiana, el juez está en la obligación de acatarlas, es decir, se aplica el principio *stare decisis*. En estos eventos, la autonomía judicial se restringe al máximo, de suerte que únicamente podrá apartarse del precedente fijado por tales autoridades judiciales si se verifica que existen hechos en el proceso que hacen inaplicable el precedente al caso concreto. Ahora bien, este sometimiento a las decisiones de los altos tribunales, salvo en materia constitucional cuya doctrina es obligatoria, no puede entenderse de manera absoluta, pues con ello se anularía por completo el principio de autonomía judicial y, además, la jurisprudencia se tornaría inflexible frente a los cambios sociales.”⁷

Años más tarde nos encontramos no solo con una entera formulación teórica sobre el especial valor jurídico del precedente jurisprudencial, sino con un expreso reconocimiento de la función de unificación jurisprudencial a las altas cortes, “dentro de cada una de sus jurisdicciones”, de cuyo ejercicio deriva el que sus precedentes adquieran fuerza vinculante para los jueces. En tal sentido manifestó la Corte:

“En principio, como lo ha sostenido esta Corporación, la interpretación del artículo 230 de la Carta Política, en cuanto consagra el principio de la autonomía judicial, hace inferir que la fuente primaria para la decisión judicial está conformada por las normas que integran bloque de constitucionalidad y las previsiones del derecho ordinario, por lo que la jurisprudencia y la doctrina toman la forma de fuentes auxiliares de la interpretación de tales textos. No obstante, el contenido y alcance del principio mencionado debe comprenderse en armonía con **las previsiones contenidas en la misma Carta Política, que adscriben a las altas cortes la función de unificación jurisprudencial dentro de cada una de sus jurisdicciones. Por esta razón, sus precedentes adquieren fuerza vinculante.** Además, como ya se indicó, el seguimiento de dichas reglas jurisprudenciales adquiere especial relevancia al momento de definir la coherencia interna del sistema de justicia, la defensa de la seguridad jurídica y la protección del derecho a la igualdad de quienes concurren a la jurisdicción con la legítima convicción que se conservará la ratio juris utilizada reiteradamente para la solución de problemas jurídicos anteriores y análogos a los que se presentan nuevamente ante el conocimiento de los jueces”⁸

• 7 Sentencia T-1625 de 2000

8 Corte Constitucional, auto 208 de 2006, 1 de Agosto de 2006, Ponente: Jaime Córdoba Triviño



La Corte Constitucional, no contenta con clarificar mediante su doctrina la idea de una jurisprudencia que traza senderos vinculantes para jueces y funcionarios en general en sus decisiones, ha sugerido en diversas oportunidades que se legisle para dar desarrollo a mecanismos procesales de unificación de la jurisprudencia, argumentando que por este medio se contribuye a la seguridad jurídica y se garantiza trato igual a las personas:

“9. La unificación de la jurisprudencia por parte de los altos tribunales tiene un papel muy importante en la interpretación y la aplicación de las disposiciones jurídicas por parte de los jueces, en cuanto garantiza los principios de seguridad jurídica y de igualdad de las personas.

Con el fin de lograr tales objetivos, en ejercicio de la mencionada libertad de configuración normativa, el legislador puede establecer mecanismos procesales de unificación de la jurisprudencia mediante recursos o trámites especiales ante las altas corporaciones judiciales y, así mismo, puede modificar o suprimir los existentes, con los límites superiores indicados”⁹.

Para la Corte Constitucional es manifiesto que unificar la jurisprudencia de la jurisdicción es una función propia de las Altas Cortes como órganos de cierre que son de la respectiva jurisdicción:

“Cabe recordar que la función unificadora de la jurisprudencia no está reservada en exclusiva a las cortes de casación, sino que por su naturaleza es inherente a los tribunales supremos y en general a los jueces que tienen asignada una función de órgano de cierre para poner fin a las controversias en su respectiva jurisdicción...”¹⁰

En fin, la ley 1437 de 2011, al introducir procedimientos especiales conducentes a la expedición de sentencias de unificación jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, refleja con toda fidelidad la doctrina que sobre la función unificadora de la jurisprudencia expresó la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Esto significa que, en principio, es al Legislador a quien corresponde definir la manera concreta como el Consejo de Estado funge de Tribunal Supremo en la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual se traduce en la intervención como órgano de última instancia que pone fin a las controversias propias de esa jurisdicción”.¹¹

La ley 1437 de 2011 siembra, por consiguiente, en un terreno laboriosamente abonado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y en un clima intelectual que le

• **9** Corte Constitucional, sentencia C-180 de 2006

10 Corte Constitucional, sentencia C-713 de 2008

11 Ibid.



es favorable gracias a la evolución que en la cultura jurídica nacional ha propiciado no solo la orientación principialista sino la teleológica del ordenamiento constitucional que nos rige hace ya veinte años.

3. Las autoridades deben tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial. Derecho de igualdad ante la ley

A partir de la institución de las sentencias de unificación jurisprudencial (artículos 270 y 271) nos devolvemos en nuestra lectura del código a la parte Primera, y encontramos que a partir de aquella noción se vuelve operativo el artículo 10 del código, que dice:

ARTÍCULO 10. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las **sentencias de unificación jurisprudencial** del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

De esta norma emerge un deber nuevo para la administración. En efecto, las autoridades quedan obligadas a aplicar las normas jurídicas de manera uniforme en todas las decisiones donde se presenten los mismos supuestos de hecho y de derecho. Para reforzar este mandato de aplicación uniforme de la ley, y con el objeto de servir a esta regla de legalidad sin discriminación ni preferencias, la norma impone a las autoridades el deber de “tener en cuenta” las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

Coetáneamente el artículo 10 confiere un derecho nuevo a los ciudadanos frente a la administración, consistente en su expectativa legítima de que la autoridad le de trato igual al que benefició a otros, mediante la aplicación de precedentes judiciales que hubieren resuelto casos similares al suyo.

El artículo 10 es una aplicación directa del principio de igualdad descrito en el numeral 2 del artículo 3° del código, conforme al cual las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento, y es por consiguiente una concreción procesal del derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución.

La Corte Constitucional ha sido persistente en entender que la aplicación del precedente es un medio eficaz para garantizar el derecho constitucional fundamental a la



igualdad, y de ahí que haya sostenido que “...la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y en la aplicación de la ley.”¹²

Es precisamente por el servicio que la jurisprudencia consolidada presta al correcto entendimiento de la ley, que la Corte no observa que la jurisprudencia, elevada a la condición de precedente con fuerza vinculante, implique conflicto con la Constitución y, por el contrario percibe un refuerzo a la primacía de la ley:

“...es importante considerar que a través de la jurisprudencia – criterio auxiliar de los altos órganos jurisdiccionales, por la vía de la unificación doctrinal, se realiza el principio de igualdad. Luego, sin perjuicio de que esta jurisprudencia conserve su atributo de criterio auxiliar, es razonable exigir, en aras del principio de igualdad en la aplicación de la ley, que los jueces y funcionarios que consideren autónomamente que deben apartarse de la línea jurisprudencial trazada por las altas cortes, que lo hagan, pero siempre que justifiquen de manera suficiente y adecuada su decisión, pues, de lo contrario, estarían infringiendo el principio de igualdad.”¹³

Más adelante agrega en la misma providencia la Corte Constitucional:

“De allí que reconocerle fuerza vinculante a la jurisprudencia sentada por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, redunde en una mayor coherencia del sistema jurídico colombiano, lo cual no se contradice con imperativos de adaptación a los cambios sociales y económicos. De igual manera, la vinculatoriedad de los precedentes garantiza de mejor manera la vigencia del derecho a la igualdad ante la ley de los ciudadanos, por cuanto casos semejantes son fallados de igual manera. Así mismo, la sumisión de los jueces ordinarios a los precedentes sentados por las Altas Cortes asegura una mayor seguridad jurídica para el tráfico jurídico entre los particulares.”¹⁴

Ahora bien, la regla de sujeción al precedente es más fuerte para las autoridades administrativas que para los jueces. En efecto, si nos ubicamos en el escenario de la actividad administrativa, desaparecen los presupuestos del artículo 230 dado que, en tratándose de procedimientos administrativos, los operadores del derecho no son los jueces, ni está de por medio la actividad judicial, ni se trata de la expedición de providencias judiciales.

Por estas razones la Corte Constitucional ha observado que las autoridades administrativas no cuentan con la autonomía funcional de los jueces, consagrada en el

• **12** Corte Constitucional, sentencia C-386 de 2001

13 Corte Constitucional, sentencia T-123 de 1995, reiterada en sentencia C-335 de 2008

14 Ibid.



artículo 228 de la Constitución, y por tanto “ellas están obligadas a aplicar el derecho vigente (y las reglas judiciales lo son)... De ahí que su sometimiento a las líneas doctrinales de la Corte Constitucional sea estricto.”¹⁵ En otra oportunidad señaló:

“Conforme a las reglas que regulan el manejo del precedente judicial, el juez puede, bajo determinadas circunstancias, apartarse de la decisión de la Corte. No así la administración, que se encuentra sujeta a los parámetros definidos por la Corte Constitucional en esta materia y los jueces ordinarios en sus respectivos ámbitos de competencia. Sólo así se asegura que la administración esté sujeta al derecho.”¹⁶

En otras palabras, las autoridades administrativas no están en las circunstancias constitucionales del juez para suponer que, gozando de una relativa independencia frente a la jurisprudencia, tienen la facultad de decidir cerrando los ojos ante la evidencia de los fallos reiterados de la justicia sobre un mismo punto de Derecho. En esta pretendida libertad de la autoridad administrativa para decidir en contra de la jurisprudencia o ignorándola se originan incontables injusticias y arbitrariedades.

La administración está llamada a decidir, oficiosamente, de conformidad con las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, esta es su obligación, que deberá cumplir sin necesidad de que el interesado esté obligado a realizar trámites especiales. Con todo, la omisión de este deber por parte de las autoridades, además de dar lugar a las responsabilidades consiguientes, confiere a los ciudadanos derecho de pedir, primero ante la propia administración y eventualmente ante el Consejo de Estado, que su asunto se decida de acuerdo con una sentencia de unificación jurisprudencial. Se trata, en el primer caso, de un derecho de petición que tiene régimen y procedimiento especial en el artículo 102 del código. En el segundo caso, de una pretensión especial de carácter judicial que podrá elevar ante el Consejo de Estado mediante el mecanismo de “extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado” consagrado en el artículo 269 del código.

4. Procedimiento de extensión de la jurisprudencia a terceras personas Artículos 102 y 269

El artículo 102 de la ley 1437 de 2011 introduce un mecanismo que debe ser aplicado en sede administrativa, de “extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado”, a petición de terceros. Consiste esta nueva figura en que los efectos de la jurisprudencia contenida en una sentencia de unificación dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido una situación jurídica, puedan ser extendidos por la autoridad ad-

• 15 Sentencia T-569 de 2001

16 Corte Constitucional, Sentencia T-116/04. Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynnett



ministrativa a otras personas, siempre que en lo pretendido exista similitud de objeto y causa con lo ya fallado.

Para tal efecto, el interesado elevará solicitud razonada a la administración, adjuntando copia de la sentencia de unificación jurisprudencial que contenga el criterio a ser aplicado. Para que esta petición sea procedente es indispensable que la correspondiente pretensión judicial no haya caducado. En todo caso, la solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

La petición, además de cumplir las reglas generales de toda petición (Título II del código), deberá exponer una justificación razonada, adjuntar las pruebas que tenga en su poder y aducir la sentencia de unificación que invoca a su favor. La administración deberá decidir en el término de treinta días contados desde la recepción de la petición, y podrá negarla únicamente en los tres eventos que prevé el artículo 102, a saber: que sea necesario practicar pruebas, para lo cual adelantará el respectivo trámite; que las razones argüidas por el peticionario sean diferentes a los supuestos de la sentencia invocada; que las normas aplicables al caso deban ser interpretadas de una manera diferente a la expuesta en la sentencia invocada.

Si transcurren treinta días hábiles sin que se hubiere notificado resolución alguna o la administración deniega la solicitud, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado para pedir que este, si lo hallare procedente, ordene la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Para este efecto dispone el artículo 269 que el interesado presente escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente. Vencido el término de treinta días de traslado de la petición a la administración, el Consejo de Estado convocará a una audiencia que tendrá lugar dentro de los quince días siguientes a la notificación de las partes, en la cual se escuchará a las partes y se adoptará la decisión a que haya lugar.

Conclusiones

El desarrollo de la doctrina del precedente jurisprudencial que se propone en la ley 1437 de 2011 contribuirá a garantizar de mejor manera el derecho colectivo a la seguridad jurídica, la certidumbre en el derecho de cada quien y la predecibilidad de los fallos judiciales. Su aplicación en sede administrativa redundará, por tanto, en mejor servicio, en eficaz garantía de los derechos de todas las personas, en disminución de la litigiosidad originada en actos ilegales y, por tanto, en menor congestión de la justicia.

La buena administración debe, en cierta forma, anticipar y prevenir la demanda de justicia contra sus errores, especialmente en el ámbito de la jurisdicción de tutela, y



es de esperar, por tanto, que uno de los impactos del nuevo código en el mediano plazo sea una sensible disminución en el volumen de los juicios de tutela, que con el tiempo deberían convertirse en algo excepcional. El que hoy los procesos de tutela tengan inundada la jurisdicción es claro indicador de la mala calidad de la función administrativa.

De otra parte, el nuevo código impone a los jueces un deber de mayor conciencia y compromiso respecto de los frutos de su labor, esto es, de la jurisprudencia, entendida esta no como acumulación inorgánica de fallos individuales y aislados, sino como obra colectiva que se decanta histórica y culturalmente, y que expresa la visión sistemática e integral que del Derecho han construido los jueces a lo largo de los años.

Los mecanismos de procedimiento administrativo y judicial que en el nuevo código revalorizan el rol de la jurisprudencia plantean importantes desafíos de cambio y adaptación a la Universidad, a la administración pública, a la rama judicial, a la ciudadanía. Implica reformas de consideración en la formación de los abogados, en la capacitación de los jueces, en la cultura administrativa, en la manera como el juez percibe y valora su labor y la de sus colegas. La ley 1437 de 2011 enaltece, por este concepto, el oficio del juez y capitaliza sus reflexiones y construcciones doctrinarias en beneficio de la justicia y del progreso del Derecho.



Los medios electrónicos en la Ley 1437 de 2011

Por: Cristina Pardo Schlesinger

Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

1. Antecedentes.

Como bien se hizo explícito desde la exposición de motivos con la que en su momento fue presentado el proyecto de Código Contencioso Administrativo ante el Congreso de la República, aunque el uso de medios tecnológicos ya se había introducido y hecho general en ciertos ámbitos de la Administración Pública, la intención legislativa al expedir el nuevo Código fue la de permitir hacia el futuro explotar adecuadamente los avances tecnológicos y las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Lo anterior con el objetivo de modernizar y racionalizar tanto el funcionamiento interno de la administración pública y sus relaciones con los administrados, como el procedimiento judicial contencioso administrativo, y encontrar mecanismos de acercamiento entre los ciudadanos y las autoridades, que respondan al criterio expansivo del principio de participación democrática.

Ahora bien, las normas del nuevo CPACA, si bien parten del anterior propósito de constituir una oportunidad de modernización y eficiencia, también toman en consideración que su utilización puede prestarse para actividades fraudulentas, por lo que introducen exigencias legales necesarias para que las actuaciones que se adelanten a través de estos medios se encuentren revestidas, cuando ello se amereite, de las garantías de seguridad sobre la autoría de los documentos electrónicos, su integridad y su conservación, para lo cual se remite a las normas que de modo general regulan la materia, contenidas hoy en día en la Ley 527 de 1999, sobre comercio electrónico.

De otro lado, el uso de medios tecnológicos en el Nuevo Código se enmarca dentro de una serie de principios constitucionales y legales, asó como de antecedentes legislativos y de prácticas ya adoptadas dentro de las entidades administrativas, relativos al de uso de los mismos.

Ciertamente, algunas de esas prácticas ya están en uso, como por ejemplo la relativa a las páginas web de todas las entidades, y a los sistemas de comunicación de información en ellas recogidos hoy en día.



Dentro de tales antecedentes legislativos, deben mencionarse los siguientes:

La ley 270 de 1996, estatutaria de administración judicial, que estableció por vez primera en la legislación colombiana la validez y eficacia del documento electrónico, cuando en su artículo 95 indicó lo siguiente:

ARTÍCULO 95. TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.

Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley.

La anterior disposición fue declarada exequible en forma condicionada, mediante la sentencia C-037 de 1996, con fundamento en las siguientes consideraciones:

*“esta disposición busca que la administración de justicia cuente con la infraestructura técnica y la logística informática necesaria para el recto cumplimiento de las atribuciones y responsabilidades que la Constitución le asigna. Naturalmente, el uso de los medios que se encuentran a disposición de juzgados, tribunales y corporaciones judiciales exige una utilización adecuada tanto de parte del funcionario como de los particulares que los requieran. Para ello, **será indispensable entonces que el reglamento interno de cada corporación o el que expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para los demás casos, regule el acceso y uso de los medios en mención y garantice, como lo impone la norma que se revisa, el ejercicio del derecho a la intimidad y a la reserva de los datos personales y confidenciales que por una u otra razón pudiesen ser de conocimiento público (Art. 15 C.P.). Adicionalmente conviene advertir que el valor probatorio de los documentos a que se refiere la norma bajo examen, deberá ser determinado por cada código de procedimiento, es decir, por las respectivas disposiciones de carácter ordinario que expida el legislador”.***



- Por su parte, la Ley 223 de 1995, reglamentada mediante el decreto 1094 de 1996, ya se había referido antes a la factura electrónica, elevándola a la categoría de factura de venta.
- Así mismo la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, mediante circular de 14 de mayo de 1997, determinó que el derecho de petición de los ciudadanos podía ejercerse mediante el uso de las modernas herramientas tecnológicas, entre ellas internet.
- La Ley 527 de 1999, a la cual remite el Nuevo CPACA para efectos de asegurar las condiciones de autenticidad, integridad y conservación de los documentos electrónicos.

Esta ley resulta aplicable a todo tipo de información en forma de mensaje de datos, entendiéndose por tal concepto la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos, Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

La misma ley define algunos conceptos que son importantes a la hora de entender la regulación legal de los medios electrónicos en el Nuevo CPACA, entre ellos los siguientes:

Firma digital. Se entenderá como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizando un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje permite determinar que este valor se ha obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado después de efectuada la transformación.

Atributos jurídicos de una firma digital. Cuando una firma digital haya sido fijada en un mensaje de datos se presume que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditar ese mensaje de datos y de ser vinculado con el contenido del mismo. El uso de una firma digital tendrá la misma fuerza y efectos que el uso de una firma manuscrita, si aquella incorpora los siguientes atributos:

1. Es única a la persona que la usa.
2. Es susceptible de ser verificada.
3. Está bajo el control exclusivo de la persona que la usa.
4. Está ligada a la información o mensaje, de tal manera que si éstos son cambiados, la firma digital es invalidada.
5. Está conforme a las reglamentaciones adoptadas por el Gobierno Nacional.



Entidad de Certificación. Es aquella persona que, autorizada conforme a la presente ley, está facultada para emitir certificados en relación con las firmas digitales de las personas, ofrecer o facilitar los servicios de registro y estampado cronológico de la transmisión y recepción de mensajes de datos, así como cumplir otras funciones relativas a las comunicaciones basadas en las firmas digitales.

Integridad de un mensaje de datos. Se considerará que la información consignada en un mensaje de datos es íntegra, si ésta ha permanecido completa e inalterada.

Además, son asuntos regulados en esta ley, entre otros, (i) la admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos, (ii) la conservación de los mensajes de datos y documentos, (iii) la Comunicación de los mensajes de datos, (iv) las obligaciones de los suscriptores de firmas digitales, etc.

2. Principios constitucionales y legales que enmarcan el uso de medios tecnológicos en el Nuevo CPACA:

Estos principios están señalados en el mismo Código, y entre ellos cabe mencionar los siguientes, que están estrechamente ligados al uso de los medios tecnológicos y las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones:

- **El artículo 1°** de la Parte Primera, relativa al procedimiento administrativo, señala que la actuación administrativa busca, entre otros fines, *“el funcionamiento eficiente y democrático de la administración”*.
- Por su parte el **artículo 3°** expresamente se refiere a los siguientes principios, que deben presidir la interpretación y la aplicación de las normas del Código, y que tienen directa relación con el uso e implementación de las tecnologías de la información y de las comunicaciones:
- El principio de **transparencia**, en virtud de cual la actividad administrativa es del dominio público, y por consiguiente toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.
- El principio de **publicidad**, conforme al cual las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, *incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información* de conformidad con lo dispuesto en el Código.



- El principio de **economía**, que impone a las autoridades proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.
- El virtud del principio de **celeridad**, que señala que las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

3. Disposiciones que desarrollan de manera concreta el uso de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones:

3.1 En la Parte de Procedimiento Administrativo:

Esta parte del Código, aplicable a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del Poder Público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas, se encuentran las siguientes disposiciones relativas de manera concreta al uso de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones:

Artículo 5°

Esta disposición permite a los administrados presentar peticiones y obtener información por cualquier medio tecnológico disponible en la entidad, aun por fuera del horario de atención al público.

Artículo 7.

Esta disposición, relativa a los deberes de las autoridades en la atención al público, prescribe que ellas deberán, entre otras obligaciones,

- Establecer un sistema de turnos acorde con las necesidades del servicio y las nuevas tecnologías, para la ordenada atención de peticiones, quejas, denuncias o reclamos
- Tramitar las peticiones que lleguen vía fax o por medios electrónicos
- Adoptar medios tecnológicos para el trámite y resolución de peticiones, y permitir el uso de medios alternativos para quienes no dispongan de aquellos.



Artículo 8°

Relativo al **deber de información al público**, señala que las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos:

1. Las normas básicas que determinan su **competencia**.
2. Las **funciones de sus distintas dependencias y los servicios** que prestan.
3. **Las regulaciones, procedimientos, trámites y términos a que están sujetas las I actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad.**
4. **Los actos administrativos de carácter general que expidan y los documentos de interés público relativos a cada uno de ellos.**
5. **Los documentos que deben ser suministrados por las personas según la actuación de que se trate.**
6. **Las dependencias responsables según la actuación, su localización, horarios de trabajo y demás indicaciones** que sean necesarias para que toda persona pueda cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos.
7. **La dependencia, y el cargo o nombre del servidor a quien debe dirigirse en caso de una queja o reclamo.**
8. **Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamentan, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas.** Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general.

3.1.1. Normas sobre derecho de petición:

Artículo 15.

Conforme a esta disposición, las peticiones podrán presentarse verbalmente o por escrito, y a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos.

Artículo 16.

Concerniente al contenido de las peticiones. Indica que toda petición deberá contener, por lo menos



1. La designación de la autoridad a la que se dirige.
2. Los nombres y apellidos completos del solicitante y de su representante y o apoderado, si es el caso, con indicación de su documento de identidad y de la dirección donde recibirá correspondencia. **El petionario podrá agregar el número de fax o la dirección electrónica. Si el petionario es una persona privada que deba estar inscrita en el registro mercantil, estará obligada a indicar su dirección electrónica.**

Artículo 22.

Esta disposición permite que cuando más de 10 ciudadanos formulen peticiones de información análogas, la administración dé una única respuesta que publicará en un diario de amplia circulación, en su página web, y además dará copias a quien lo solicite.

3.1.2. Normas sobre Procedimiento Administrativo General

Artículo 35.

Los procedimientos administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente, **o por medios electrónicos.**

Si las autoridades actúan de oficio, la actuación por medios electrónicos sólo procederá cuando la ley expresamente lo autorice.

Artículo 37.

Sobre el deber de comunicar a terceros interesados la actuaciones administrativas, señala que la comunicación se podrá enviar a la dirección o correo electrónico conocido del interesado.

3.1.3. Normas específicas sobre utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo: (Capítulo Cuarto)

Artículo 53

Permite que los **procedimientos y trámites administrativos se adelanten a través de medios electrónicos**, para lo cual la administración deberá asegurar mecanismos adecuados, como también permitir el uso alternativo de otros procedimientos.

Para los anteriores efectos, **el artículo 53 remite, en lo que resulte aplicable, a las disposiciones de la Ley 527 de 1999 y las normas que la sustituyan o modifiquen.**



Artículo 54

Se refiere al **registro para el uso de medios electrónicos**. Señala que toda persona tiene un derecho a actuar en forma electrónica, para lo cual deberá registrar su dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin.

No obstante lo anterior, la norma aclara que las simple peticiones o consultas no exigirán tal registro.

Las actuaciones por medios electrónicos se entenderán hechas en término, siempre que hubiesen sido registradas hasta antes de las 12 de la noche.

Artículo 55.

Sobre **documentos públicos en medio electrónico**. Dispone que los documentos públicos autorizados o suscritos por medio electrónico tendrán la misma validez que a este tipo de documentos, en caso ordinario, les confiere el CPC.

Las copias de los mismos, hechas a partir de los archivos electrónicos, tendrán igual validez.

Artículo 56.

Sobre **notificación electrónica**, permite a las autoridades notificar a través de este medio, si el administrado lo ha aceptado. En este caso, la notificación se surte a partir de la fecha y hora en que el administrado accede al acto administrativo, según certificación de la administración.

Artículo 57.

Permite a las autoridades emitir **actos administrativos en forma electrónica**, siempre que se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley.

Artículo 57.

Permite el **archivo electrónico de documentos**, cuando las actuaciones administrativas se surtan de este mismo modo. En los demás casos, también podrán archivarse de este mismo modo. Si se trata de actos de contenido individual, se debe asegurar su autenticidad e integridad y la manera de reproducirlos, y registrar la fecha de expedición, notificación y archivo.

Artículo 59.

Regula la figura del **expediente electrónico**, como *"conjunto de documentos electrónicos correspondientes a un procedimiento administrativo"*.



Su foliado se logra a través de un índice electrónico, firmado digitalmente. De esta manera se asegura la integridad del expediente, y su recuperación cuando se requiera, para lo cual se ordena mantener copias de seguridad periódicas.

Artículo 60.

Relativo a la **Sede electrónica**, indica que toda autoridad administrativa deberá tener una sede electrónica, con condiciones de calidad, disponibilidad, accesibilidad, interoperabilidad, etc., según la reglamentación del Gobierno Nacional. Esta sede podrá ser compartida con otras autoridades.

Artículo 61.

Relativo a la **manera de recibir documentos electrónicos** por parte de las autoridades, dispone que para esos propósitos (i) se deberá llevar un registro y control, (ii) se deberá disponerse una casilla de correo electrónico y (iii) se establecerá un sistema de acuse de recibo.

Artículo 62

Sobre **prueba de recepción y envío de mensajes de datos por la autoridad**. Contiene las reglas relativas al envío y recepción de datos, señalando que el acuse de recibo por la autoridad será prueba tanto del envío por el particular como de la recepción por la entidad.

Agrega que **cuando los sistemas de comunicación fallen**, el remitente tendrá la oportunidad de insistir en el envío dentro de los tres días siguientes, o hacerlo llegar por otro medio en el mismo término.

Artículo 63.

Sobre **sesiones virtuales**, autoriza a los comités, consejos, juntas y demás organismos colegiados de la organización interna de las autoridades administrativas, deliberara, votar y decidir en conferencia virtual, utilizando medios electrónicos idóneos y dejando constancia por este mismo medio.

Artículo 64.

Sobre reglamentación de **estándares y protocolos** que deberán cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos, deja este asunto a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional.



3.1.4. Normas sobre publicaciones, citaciones, comunicaciones y notificaciones.

Artículo 65.

Se refiere a **deber de publicar los actos administrativos de carácter general** e indica, que las entidades administrativas que no cuentan con órganos oficiales de publicidad, podrán divulgar los actos generales, entre otras formas, mediante la publicación de los mismos en su página electrónica.

Artículo 67. Señala que la **notificación personal** de las decisiones que ponen fin a la actuación administrativa se surtirá personalmente. Agrega que tal notificación **podrá llevarse a cabo de manera electrónica, si el interesado acepta ser notificado de esa manera.**

La norma agrega que la administración podrá imponer esta forma de notificación personal, para actos administrativos de carácter masivo que tengan origen en convocatorias públicas, dejando a salvo modos alternativos para quienes no tengan acceso al medio electrónico.

Artículo 68.

Citaciones para notificación personal. La disposición permite la citación para notificación dirigida al correo electrónico que figure en el expediente, o publicada en la página electrónica de la entidad.

Artículo 69.

Autoriza la notificación por aviso enviado al número de fax o al correo electrónico que figure en el expediente, o mediante publicación del aviso en la página electrónica de la entidad.

Artículo 73.

Publicidad y notificación a posibles terceros interesados. La disposición permite citar a terceros desconocidos que podrían verse afectados con la actuación, mediante publicación de la parte resolutive del respectivo acto administrativo, en la página electrónica de la entidad.

Artículo 77.

Sobre interposición de recursos contra los actos administrativos, permite tal interposición por medios electrónicos.



3.2. Normas de la Parte Segunda sobre organización y funcionamiento de Jurisdicción contencioso administrativa.

Dentro de este tipo de disposiciones se destacan las siguientes, relacionadas con la implementación de tecnologías de la información y las comunicaciones:

Artículo 121:

Sobre el **Órgano de divulgación oficial del Consejo de Estado**. Esta norma prescribe que el Consejo de Estado tendrá los medios de divulgación necesarios para realizar la publicidad de sus actuaciones, para lo cual en cada vigencia fiscal se deberá incluir en el presupuesto de gastos de la administración una apropiación con ese fin.

Normas procesales:

Artículo 162:

Sobre contenido de la demanda, señala que la misma podrá indicar la dirección electrónica de las partes y apoderados, a fin de que allí se surtan las notificaciones.

Artículo 166.

Sobre anexos de la demanda. Permite indicar que el acto demandado se encuentra disponible en el sitio web de la respectiva entidad.

Artículo 167.

Permite, tratándose de normas de carácter no nacional, omitir acompañar el texto de la norma acusada, si la misma está en la página web de la entidad respectiva.

Artículo 171.

Sobre admisión de la demanda:

Indica que (i) si la demanda interesa a la comunidad, se informe a esta sobre la existencia del proceso, a través del sitio web de la Jurisdicción contencioso Administrativa, o de otros medios de comunicación; (ii) o a través de la página web del Consejo de Estado.

Artículo 175.

Sobre contestación de la demanda. La norma indica que cuando la entidad pública sea parte demandada, deberá incluir en la contestación su dirección electrónica, y que los particulares la incluirán, si la tienen.



Artículo 184.

Sobre proceso especial de nulidad por inconstitucionalidad. Señala que en el auto admisorio de la demanda, el magistrado ponente ordenará avisar al sobre la existencia del proceso para la intervención ciudadana, y ordenará la publicación de este aviso en la página web de la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

Artículo 185.

Trámite de control inmediato de legalidad de actos. Al igual que en el caso anterior, el aviso a la ciudadanía y el término de intervención ciudadana será avisado en la página web de la Jurisdicción de lo contencioso Administrativo.

Artículo 186.

Sobre actuaciones a través de medios electrónicos. Indica que todas las actuaciones judiciales susceptibles de surtirse por escrito podrán realizarse por medios electrónicos, siempre y cuando en su envío y recepción se asegure su autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta.

Para los anteriores efectos, se otorga un plazo de 5 años a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, a fin de que implemente las condiciones técnicas necesarias para el funcionamiento del expediente judicial electrónico.

Normas sobre notificaciones:

Artículo 197:

Esta disposición ordena que las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplan funciones públicas, y el ministerio público que actúe ante la jurisdicción, tengan un **buzón de correo electrónico** para notificaciones judiciales, a través de la cuales serán notificadas en forma personal.

Artículo 199.

Las notificaciones del auto admisorio de la demanda y del mandamiento de pago a las entidades públicas de todos los niveles, a las privadas que cumplan funciones públicas y al ministerio público se surtirán mediante mensaje enviado a su buzón electrónico.

De la misma manera se notificará a los particulares inscritos en el registro mercantil.

La notificación deberá anexar copia de la providencia a notificar.



Se presumirá que el destinatario ha recibido la notificación cuando el iniciador de recepciones acuse recibo o se pueda constatar por otro medio el acceso del destinatario al mensaje.

La demanda y sus anexos quedarán en la Secretaría a disposición del notificado. El traslado comenzará a correr tres días después de la notificación.

Artículo 201: Notificación por estado:

Los actos no sujetos a notificación personal, se notificarán por anotación en el estado electrónico.

Artículo 203.

Notificación de sentencias. La notificación de la sentencia a las entidades obligadas a tener buzón electrónico, se hará en dicho buzón.

Artículo 205.

La notificación electrónica a las demás personas podrá hacerse a su buzón electrónico, si han aceptado este modo de notificación.

Pruebas:

Artículo 216.

Sobre utilización de medios electrónicos para efectos probatorios, esta disposición establece que será admisible la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios.

Plan Especial de Descongestión, Régimen de Transición:

Artículo 305:

Esta norma indica que para la **implementación del nuevo sistema procesal**, el Consejo Superior de la Judicatura, con la participación del Consejo de Estado, deberá:

- Definir la dotación y la infraestructura requerida
- Diseñar y poner en operación los sistemas de información



La intervención del Ministerio Público en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Por: Alejandro Ordóñez Maldonado
Procurador General de la Nación

Como Procurador General de la Nación celebro la promulgación de la Ley 1437 del pasado 18 de enero, por medio de la cual se expidió el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Muchas horas de esfuerzo y dedicación precedieron a la elaboración de este texto jurídico que refleja lo que se ha denominado el “Repensar la Jurisdicción Contenciosa Administrativa”.

El nuevo cuerpo normativo es producto del trabajo de más de tres años de Consejeros de Estado, de ex Consejeros de Estado, de Altos funcionarios del Gobierno Nacional y demás miembros de la Comisión Redactora de la Reforma, quienes con sus conocimientos, experiencia y formación, concibieron una obra de tanta calidad e importancia como la que se nos presenta y que demarcará las relaciones entre la administración pública y los administrados, en el nuevo contexto constitucional y con la premisa fundamental de garantizar los derechos y libertades de los administrados, en desarrollo de los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

El nuevo Código recoge experiencias propias y algunas extraídas del derecho comparado, especialmente de las legislaciones francesa, alemana, española y costarricense, que sin duda lo ubicarán como uno de los más modernos y desarrollados estatutos procedimentales y procesales del continente, mucho más si se tiene en cuenta la adecuación que sus disposiciones tienen con los avances que la Carta Fundamental de 1991 contiene en materia de reconocimiento de derechos y de garantías administrativas y judiciales.

El Decreto 01 de 1984 fue expedido hace más de cinco (5) lustros, al amparo de la Constitución Política de 1886, es decir en otro contexto y en otro momento de la historia nacional. El Código de lo Contencioso Administrativo que regirá hasta el 1º de julio de 2012, contiene una buena regulación, pero era necesaria una reforma de sus disposiciones para adaptarlas al nuevo Estado de Derecho que surge desde la



nueva Carta Política, así como acoger la jurisprudencia del Consejo de Estado en temas sensibles que permitieran una mayor claridad y seguridad jurídica a situaciones controversiales.

No puede dejar de destacarse la importancia que este nuevo Código le asignó a la jurisprudencia como fuente del derecho, resaltando la fuerza vinculante del precedente y reconociendo la función unificadora que tiene a su cargo el Honorable Consejo de Estado, como órgano de cierre de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativa.

Sin lugar a dudas, el país requería de instrumentos jurídicos que acercaran más a la administración con el administrado, así como una jurisdicción contencioso administrativa más garantista y con mejores herramientas para la pronta administración de justicia. Respecto de lo primero se resalta la conveniencia de fortalecer la instancia administrativa como sede ideal para la resolución de las controversias, la búsqueda de la eficacia de los recursos que se presentan ante la misma administración y la ampliación de las oportunidades para interponerlos y para resolverlos; así como la precisa regulación del derecho de petición como derecho fundamental que resulta oponible tanto ante las entidades públicas como ante organizaciones privadas que cumplan funciones administrativas y ante personas naturales en casos de indefensión o subordinación, como acertadamente lo regula el nuevo Código.

En lo concerniente al nuevo proceso contencioso administrativo, se evidencia la conveniencia en la adopción del esquema procesal mixto, que combina elementos de los sistemas escritos y orales y que implementa un novedoso procedimiento con un número máximo de tres audiencias, la inicial, la de pruebas y la de alegaciones y juzgamiento; lo que sin lugar a dudas modernizará y agilizará el trámite procesal en beneficio de la ciudadanía y de los usuarios del servicio público de administración de justicia.

En buena hora se concibe la figura de la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado para la toma de decisiones en sede administrativa; lo mismo debe decirse del instrumento denominado oferta de revocatoria de que trata el artículo 95 de la nueva Ley. Tales instituciones evitarán en un número significativo de eventos, que se ponga en movimiento el aparato jurisdiccional.

También resulta positiva la consagración del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia y la posibilidad de que el Consejo de Estado asuma la competencia respecto de procesos de importancia jurídica o de trascendencia económica o social, que ameriten una sentencia de unificación jurisprudencial que brinde seguridad jurídica a la colectividad. Igualmente, el Código consagra una serie de disposiciones que están a tono con los avances tecnológicos, concibiendo esta herramienta como un medio expedito de intercambio de información cuyos beneficios pueden ser disfrutados por los particulares y por las autoridades administrativas y judiciales en el cumplimiento de sus funciones.



Las novedades reseñadas, así como otras que aparecen en los 309 artículos del nuevo Código, responden a la necesidad sentida de modernizar los procedimientos administrativos y la jurisdicción contencioso administrativa, poniendo de relieve que a esta última no sólo le corresponde efectuar el control de legalidad de las decisiones administrativas sino que su más caro propósito es el de lograr la protección efectiva de los derechos de los administrados.

Con la anterior introducción procedo a abordar el tema de mi intervención, relacionado con la forma en que fue regulada la intervención del Ministerio Público en la nueva codificación.

Empiezo por señalar que una de las grandes reformas de la Constitución Política que actualmente nos rige, consistió en conferir una nueva naturaleza jurídica, en los aspectos orgánico, material y funcional tanto al Ministerio Público como de la Procuraduría General de la Nación.

La Constitución Política de 1991, además de crear la institución de la Defensoría del Pueblo y hacerla parte integrante del Ministerio Público, resaltó que este conjunto de órganos tienen a su cargo la defensa de los intereses de la sociedad, para lo cual podrán desplegar actuaciones preventivas, disciplinarias y de intervención ante autoridades judiciales y administrativas. En lo que a esta última competencia se refiere, la presencia de la Procuraduría ante las autoridades judiciales y administrativas se realiza a través de la figura de los agentes especiales y ordinarios del Ministerio Público, quienes, según el postulado constitucional, actúan en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales.

Si bien nos encontramos en presencia de tres conceptos jurídicos indeterminados, conviene precisar su alcance, para efectos de tener una mejor comprensión de esta área misional.

Por orden jurídico, según lo señaló la Corte Constitucional en sentencia **C-479 de 1995**, “[...] se entiende el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, es decir, la armonía social que se logra mediante la observancia de las normas jurídicas tanto en el campo del derecho público como del derecho privado”. El **orden jurídico** es, entonces, la armonía social que se logra mediante la observancia de las normas jurídicas.

El **patrimonio público**, como derecho colectivo, “no sólo está integrado por los bienes, derechos e intereses del Estado, sino también por sus obligaciones, lo cual incluye sus responsabilidades y deberes”¹. De allí que nuestras intervenciones no son a favor del ente público o del particular accionante, sino que nuestra presencia procesal o en la actuación administrativa, está encaminada a representar las intereses de la colectividad.

• 1 Ver Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia AP-300 del 31 de mayo de 2002.



De manera armónica con lo anteriormente expuesto, el **procedimiento administrativo** regulado en el capítulo primero del Código, y específicamente los artículos 23, 74 y 93, hacen explícita referencia a la intervención administrativa del Ministerio Público, con miras a lograr el respeto del derecho fundamental de petición, en el trámite de los recursos en sede administrativa y en el decurso de la revocatoria directa. Pero resulta evidente que nuestra intervención se llevará a cabo en todas las fases del procedimiento administrativo, **cada vez que se considere necesario** y en aras de garantizar los principios de la función administrativa.

En lo que guarda relación propiamente con las disposiciones que regulan la **intervención del Ministerio Público en el proceso contencioso administrativo** empiezo por señalar que, acogiendo las sugerencias que en su oportunidad le hizo la Procuraduría a la Comisión Redactora del nuevo Código, la intervención del Ministerio Público en los distintos procesos judiciales se mantiene con los mismos postulados del Decreto 01 de 1984, en el sentido de garantizar la presencia del representante de la sociedad en todos los expedientes, actuaciones e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Se resalta, sin embargo, la precisión respecto de las formas de intervención y frente a la naturaleza jurídica de nuestra condición procesal. El nuevo precepto contenido en el artículo 303 señala que el Ministerio Público podrá actuar en el proceso como **demandante o como sujeto procesal especial**.

La modificación que consagra dicha norma refiere que en los casos en que no obremos como demandantes, actuaremos dentro del proceso ya no como “parte” sino como sujeto procesal especial. El texto aprobado es el siguiente:

*“Artículo 303. Atribuciones del Ministerio Público. El Ministerio Público está facultado para actuar como demandante **o como sujeto procesal especial** y podrá intervenir en todos los procesos e incidentes que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en defensa del orden jurídico, del patrimonio público y de los derechos y garantías fundamentales. [...]” (Negrilla fuera de texto)*

En el primer evento, nuestra actuación se traducirá en la interposición de acciones encaminadas a la defensa y protección de los intereses colectivos.

Al respecto, una de las siete reglas² que he señalado como pautas de acción del Ministerio Público ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo refiere que el agente: *“debe ser un **gestor de protección de derechos y garantías y un funcionario***

- **2** Ver discurso del Procurador General de la Nación del 7 de febrero de 2010, “HACIA UN NUEVO ROL DE LOS AGENTES DEL MINISTERIO PÚBLICO QUE ACTÚAN ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA. EL PAPEL DEL PROCURADOR JUDICIAL ANTE LA ACTIVIDAD CONCILIATORIA EXTRAJUDICIAL”.



que, directamente y sin necesidad de esperar el accionar de terceros, promueva demandas encaminadas a combatir la corrupción administrativa. La Constitución Política de 1991 consagró múltiples acciones encaminadas a la protección de los derechos colectivos, cuyo ejercicio ha producido enormes beneficios en la efectiva defensa de los intereses colectivos. Sin embargo, es escasa la gestión de los procuradores judiciales como accionantes directos en demandas de acción popular, en acciones de tutela, en acciones de cumplimiento, en acciones de nulidad y en las mismas acciones de pérdida de investidura. Mucho ganaría la sociedad si quien impetra la demanda de protección de sus derechos, es un funcionario de alto perfil, conocedor de la legislación, experto en el manejo de la prueba, amplio dominador del derecho administrativo y garante de garantías”.

Acogiendo esta directriz los Procuradores Judiciales para Asuntos Administrativos -en el año 2010- incrementaron su participación como demandantes directos en las llamadas acciones constitucionales en un ciento cincuenta por ciento (150%), bajo el entendido de que con estos instrumentos se protegen, de manera efectiva, los derechos humanos y combaten el flagelo de la corrupción administrativa.

La innovación que trae el nuevo precepto respecto de nuestra naturaleza jurídica procesal, resulta de especial interés en tanto que la connotación de **“parte”** que el actual Código nos confiere, no corresponde exactamente al rol de la intervención del Ministerio Público en el proceso.

Nuestro obrar procesal, cuando no actuamos como demandantes directos de asuntos que interesan a la colectividad, no se asimila a la condición de actor o de demandado; tampoco somos terceros interesados, ni intervinientes principales o litisconsorciales, toda vez que, en estos eventos, no formulamos una pretensión propia dentro del proceso, ni defendemos un particular interés, ya que nuestra presencia obedece única y exclusivamente a la defensa y protección de los intereses colectivos.

Cabe resaltar cómo quedaron consagradas las atribuciones del Ministerio Público en el citado artículo **303**, así:

“[...] Además tendrá las siguientes atribuciones especiales:

- 1. Solicitar la vinculación al proceso de los servidores o ex servidores públicos, que con su conducta dolosa o gravemente culposa, hayan dado lugar a la presentación de demandas que pretendan la reparación patrimonial a cargo de cualquier entidad pública.*
- 2. Solicitar que se declare la nulidad de actos administrativos.*
- 3. Pedir que se declare la nulidad absoluta de los contratos estatales.*
- 4. Interponer los recursos contra los autos que aprueben o imprueben acuerdos logrados en conciliación judicial.*



5. Interponer los recursos extraordinarios de que trata este Código.
6. Solicitar la aplicación de la figura de la extensión de la jurisprudencia, y la aplicación del mecanismo de revisión eventual de providencias de que trata este Código.
7. Adelantar las conciliaciones prejudiciales o extrajudiciales.

Parágrafo. Presentada la solicitud de la conciliación, el agente del Ministerio Público, de oficio o por solicitud de la parte convocante, verificará la existencia de jurisprudencia unificada que resulte aplicable al caso, de acuerdo con lo regulado en el presente Código sobre la materia. De confirmarlo, si la autoridad demandada expresa su negativa a conciliar, suspenderá la audiencia para que el respectivo comité de conciliación reconsidere su posición y si es del caso, proponga una fórmula de arreglo para la reanudación de la audiencia o manifieste las razones por las cuales considera que no es aplicable la jurisprudencia unificada”.

Con esta claridad, resaltamos que nuestro propósito institucional es que la presencia del agente del Ministerio Público ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sea cada vez más eficaz y de mayor impacto. Esta jurisdicción, al ser la encargada de juzgar los actos y hechos de la administración y por tener la competencia para resolver las acciones populares y las demás acciones constitucionales en que se encuentre vinculada una entidad u organismo de derecho público, es aquella encargada de conocer los grandes **casos de corrupción** que hoy se presentan en nuestro país.

En acatamiento de esta línea institucional importa resaltar que los ciento ochenta (180) Procuradores Judiciales I y II para Asuntos Administrativos de todo el país, durante el año 2010, emitieron dieciséis mil ciento cuarenta y seis (16.146) conceptos de fondo, es decir, seis mil setecientos ochenta y un (6.781) conceptos más que durante el año 2009, lo que equivale a un incremento del 72% en esta área de la intervención. De igual forma, los siete (7) Procuradores Delegados ante el Consejo de Estado, durante el año 2010, emitieron 1470 concepto de fondo en procesos ordinarios, especiales y en acciones constitucionales de especial importancia jurídica o trascendencia económica y social.

Es claro que los agentes del Ministerio Público no pueden guardar silencio en procesos de tal connotación. Tampoco puede pasar inadvertida su presencia en las actuaciones que demanden la protección de los derechos colectivos a la moralidad administrativa o al patrimonio público. También se reclama una rigurosa intervención en los casos que se adelanten por violaciones a los derechos humanos o infracciones al derecho internacional humanitario, o en aquéllos en que esté en riesgo el patrimonio público por la cuantía de las pretensiones.

He sido preciso en indicar que las actuaciones de los agentes del Ministerio Público deben estar inspiradas, entre otros, por los principios de **eficacia y necesidad de la intervención**. Cuando aludo a la **eficacia** de la intervención, me refiero a que dicha



labor misional debe cumplirse a través de actuaciones con las que se busque producir un efecto concreto o se consiga realizar un aporte efectivo al administrador de justicia. La eficacia también se traduce en la transversalidad de la presencia procesal del funcionario, lo que significa que el procurador judicial debe acompañar el desarrollo probatorio del juicio y velar porque en todo el decurso de la actuación se respeten las garantías y derechos de los sujetos procesales.

Nuestro referente en esta materia lo es el sistema francés, en el que la labor del Comisario de Gobierno, la cual se asimila a la del Procurador Delegado o Judicial, se caracteriza por el concepto de eficacia de la intervención. Así lo precisa el Consejero de Estado francés Marcel Pochard³, quien señala: *“En el derecho francés, hay gran autoridad en las conclusiones del comisario de gobierno, que logra asentamiento de doctrina y participación importante en la creación del precedente judicial, así como en los cambios que afectan la evolución jurisprudencial”*.

Así las cosas, la intervención que cumple el Ministerio Público en los procesos y ante las autoridades judiciales debe generar un valor agregado para el encargado de administrar justicia. Tal como lo señalé en la Circular 10 de 25 de febrero de 2009⁴, los conceptos que se rindan deberán identificar los problemas de orden jurídico que, en cada caso concreto, se someten a decisión de la respectiva autoridad judicial, e indicar al respectivo operador judicial, cuál debería ser el sentido de la decisión que deba adoptarse, con indicación clara y completa de las razones de orden jurídico, probatorio, doctrinal y jurisprudencial, que sirven de apoyo a ese pronunciamiento.

Todas estas atribuciones y competencias podrán ser ejercidas de mejor manera con la legitimación que el nuevo Código le confiere a los agentes del Ministerio Público para solicitar la aplicación de la figura de la extensión de la jurisprudencia, contemplada en el numeral 6 de artículo 303, y para la aplicación del mecanismo de revisión eventual de providencias consagrado en el nuevo Código en el artículo 273. Todo ello sin perjuicio de la atribución que se nos confiere en el numeral 5 del artículo 303, para interponer la amplia gama de recursos extraordinarios consagrados en la Ley 1437 de 2011.

Las herramientas jurídicas que se vienen analizando cobrarán mayor relieve cuando se implemente la oralidad en el proceso contencioso administrativo en los términos señalados en el nuevo Código, en la medida en que en desarrollo de la audiencia pública, el papel del agente del Ministerio Público permitirá una mayor dialéctica y contra-argumentación de sus posiciones.

• **3** Ver conferencia: “RETOS Y FUTURO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS FRENTE AL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO, CON ÉNFASIS EN EL PAPEL DEL COMISARIO DE GOBIERNO FRANCÉS”, dictada en la ciudad de Bogotá, D.C. el 27 de julio de 2007.

4 Ver Circular No. 10 del 25 de febrero de 2009, expedida por el despacho del Procurador General de la Nación cuyo asunto es: “ESTRUCTURA DE LOS CONCEPTOS RENDIDOS ANTE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”.



Dentro del papel protagónico que se le confiere al Ministerio Público en el Código, se destaca la ratificación que hace el numeral 1° artículo 161 respecto de la conciliación como requisito de procedibilidad, exigible respecto de toda acción en que se formulen pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y controversias contractuales.

Dicho requisito, consagrado en el artículo 13 de la reforma de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, le ha permitido a la Procuraduría General de la Nación, por medio de sus agentes, desplegar acciones encaminadas a consolidar una **cultura de la conciliación en Colombia**, a través de la cual se logrará, en el futuro próximo, el uso masivo del referido mecanismo alternativo de solución de conflictos, bajo la premisa consistente en que con su materialización se **reducirá la conflictividad**, se **colaborará en la descongestión de los despachos judiciales**, se **protegerán los derechos humanos de las personas afectadas por los daños antijurídicos** y se **obtendrán ahorros en las erogaciones patrimoniales** que deba hacer el Estado con ocasión de sus acciones u omisiones antijurídicas.

Pero para que dicho objetivo se logre somos conscientes de la necesidad de que el agente del Ministerio Público sea un mejor conciliador. Para ello, el procurador delegado o judicial no sólo deberá conocer la legislación y la jurisprudencia aplicable a la controversia que se pretende conciliar, sino que debe ejercer un rol proactivo en la audiencia, que le garantice a los usuarios que, tanto la diligencia como la posibilidad de avenimiento, están orientadas por un servidor público que conoce el expediente y que propende por la construcción de un acuerdo soportado probatoriamente, respetuoso del ordenamiento jurídico y que no resulte lesivo del patrimonio público.

Como lo he expuesto en otros escenarios, la probidad, eficacia y dedicación del agente del Ministerio Público en el adelantamiento del trámite conciliatorio extrajudicial es, hoy en día, su principal obligación y la tarea más importante que tiene como representante de la sociedad.

Buena parte del éxito de la función conciliatoria dependerá del ejercicio razonable y sustentado del mecanismo de la reconsideración, consagrado expresamente en el artículo 161 del nuevo Código, con el cual se busca que aquellas decisiones nacidas en comités de conciliación que no han acatado el precedente jurisprudencial, sean objeto de nuevo estudio con miras a consolidar acuerdos conciliatorios cada vez que se presente el supuesto de “alta probabilidad de condena en contra del ente estatal”. Tal mecanismo se articulará con la denominada oferta de revocación de actos administrativos de que trata el artículo 95 del nuevo Código, figura que debe ser reconocida como una herramienta de gran utilidad para la consolidación de la conciliación en nuestro país.



Otra de las innovaciones de la Ley 1437 está referida a la consagración de la competencia expresa del Consejo de Estado⁵, en única instancia, respecto del control de legalidad de los actos disciplinarios expedidos por el Procurador General de la Nación, así como frente a las demás decisiones que profiera el Director del Ministerio Público. La norma es del siguiente tenor:

“Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia.

El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

“[...] 1.

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controvertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional.

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. [...]”.

En este mismo sentido, importa destacar que de conformidad con el numeral 3º del artículo 152 del nuevo Código, el control de legalidad respecto de las decisiones disciplinarias que se profieran por los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, distintos al Procurador General de la Nación, ya no será del resorte de los jueces administrativos del Circuito, sino que su juzgamiento, entra a ser del conocimiento, en primera instancia, de los Tribunales Administrativos de Departamento, y ello genera el beneficio consistente en que tal importantes pronunciamientos serán analizados, en todos los casos, por jueces colegiados.

Concluyendo mi intervención, debo indicar que no puede pasar inadvertida la alusión a las disposiciones finales del Código en virtud de las cuales se crea como medida especial un **Plan Especial de Descongestión de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo**. Que positivo es que se adopten políticas de descongestión que permitan un desarrollo integral del postulado constitucional de la pronta y cumplida administración de justicia. En dicho escenario consideramos que la Procuraduría General de la Nación puede cumplir un papel fundamental, a través del impulso de mecanismos alternativos de solución de conflictos tales como la conciliación o la

- **5** En relación con la competencia del Consejo de Estado para conocer en única instancia de controversias por sanciones disciplinarias de retiro del servicio en acción de nulidad y restablecimiento sin cuantía bajo la normatividad vigente ver sentencia CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION SEGUNDA, del 4 de agosto de 2010, C.P. GERARDO ARENAS MONSALVE, Rad. No: 11001-03-25-000-2010-00163-00 (1203-10).



transacción, promoviendo el ejercicio de una buena gerencia jurídica pública, y con el acompañamiento judicial de todas aquellas controversias que entren a ser objeto de resolución en este contexto.

Considero que la Ley 1347 representa un trascendental avance legislativo en la regulación de las relaciones entre la administración y los administrados y que su ejecución marcará el desenvolvimiento de los procesos administrativos y de los procesos contencioso administrativos con una hoja de ruta más clara, más eficiente y más garantista de los derechos humanos, y garantizo que el Ministerio Público en desarrollo de sus atribuciones consagradas a nivel constitucional y en los preceptos del nuevo Código, desplegará todas las acciones que estén a su alcance, con miras a lograr el cumplimiento de las disposiciones del nuevo estatuto y el acatamiento de los principios filosófico-jurídicos que inspiran esta nueva normatividad.

El Procedimiento Contencioso





El objeto de la jurisdicción contencioso administrativa

Por: Juan Pablo Cárdenas Mejía
Asesor de la Comisión de Reforma

El Título Primero de la Segunda Parte del nuevo Código se refiere a los “Principios y Objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

Dentro de este título se alude al objeto de dos formas: como propósito de los procesos que se adelanten ante la jurisdicción contencioso administrativa y como contenido de dicha jurisdicción. Estas dos ideas corresponden a dos acepciones de la palabra objeto de acuerdo con el Diccionario de la Lengua, pues el mismo puede significar: “4. m. Fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación” y “5. m. Materia o asunto de que se ocupa una ciencia o estudio”.

El objeto como propósito de la jurisdicción contencioso administrativa

En cuanto se refiere al objeto como propósito, el artículo 103 del nuevo Código, que tiene como título “Objeto y principios”, dispone que los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política y la ley y la preservación del orden jurídico.

De este modo, el legislador señala que el objetivo que persigue la jurisdicción, a tono con el régimen constitucional, es asegurar la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución Política y la preservación del orden jurídico. El juez contencioso no es sólo un garante de la legalidad si no también un garante de los derechos de los administrados. Esta orientación no es totalmente novedosa, pues ella aparecía ya en la doctrina que analizaba la ley 130 de 1913, es decir nuestro primer Código Contencioso Administrativo¹.

- ¹ En tal sentido Alcibíades Argüello y Luis Buenahora en su obra Derecho administrativo colombiano. (Bogotá. Talleres de Ediciones Colombia. 1927. pág. 37, citada por Miguel Malagón Pinzon y Julio Gaitan Bohorques. Colonialismo Cultural Francés y la Creación del Consejo de Estado en el Derecho Administrativo Colombiano. Universitas. No 115, enero junio 2008) señalaban que el Consejo de Estado se “funda en la imprescindible necesidad de establecer medios y sanciones que



Por otra parte dicho artículo también dispone que en la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

En concreto el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se refiere al principio de igualdad y a tal efecto señala que “todo cambio de la jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga”. En este contexto el Código recoge los principios que ha sentado la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Ahora bien, cuáles son las consecuencias prácticas de la violación de esta regla?. Lo primero que conviene recordar es que el Código consagra mecanismos para asegurar la unificación de jurisprudencia, los que permiten asegurar un control en la aplicación uniforme de la ley y por ello la preservación del principio de igualdad. Sin embargo, el artículo que se examina establece una regla adicional. Desde esta perspectiva cabe preguntarse si la falta de motivación del cambio de jurisprudencia determina la existencia de un vicio de validez de la sentencia que podría ser invocado en los casos en los que no pueda interponerse el recurso de unificación de jurisprudencia.

Agrega el Código Contencioso Administrativo que quien acude ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código. Esta regla fue incluida en la ponencia para segundo debate en la H. Cámara de Representantes.

En este punto hay una imprecisión en la norma porque ella impone la obligación de cumplir cargas, cuando técnicamente los conceptos de carga y obligación son jurídicamente distintos. La obligación por su naturaleza establece un vínculo jurídico entre un acreedor y un deudor, por virtud del cual el acreedor puede exigir el cumplimiento de una prestación. En tanto que la carga es una conducta prevista por el ordenamiento

- hagan efectivas las garantías sociales consagradas en la Constitución. Si se dan reglas y se organizan poderes encargados de proteger y amparar el patrimonio material de los ciudadanos, cabe también pedir otras reglas y organizar otros poderes que vigilen y hagan respetar las garantías que cada hombre adquiere por el hecho de formar parte de una sociedad, los intereses colectivos, y en fin, medios que aseguren la inviolabilidad del patrimonio moral de la ciudadanía. Para resolver las controversias surgidas por oposición entre las intereses privados existe el Poder Judicial; era indispensable crear una jurisdicción encargada de decidir las muy frecuentes entre la administración, es decir, las autoridades, y los individuos, porque los actos de esa administración pueden lesionar los intereses individuales o el mismo interés colectivo. La jurisdicción de lo contencioso-administrativo se ejerce de esta suerte, por entidades que son el amparo de las garantías sociales consignadas en la Carta Fundamental, y que están investidas de la facultad de anular los actos públicos que sean violatorios de ella, llámense leyes, decretos, ordenanzas o acuerdos. Pudiera decirse que es una institución de defensa social. Como salvaguardia de la justicia y del derecho, es una jurisdicción distinta de la jurisdicción civil, especialista, con autoridades inferiores y superiores, independiente, y capaz de dictar disposiciones definitivas de obediencia obligatoria”.



para una persona, cuya inobservancia tiene consecuencias desfavorables para ella, sin que por otro lado otra persona pueda exigir el cumplimiento de una prestación. En realidad en estos casos no se puede considerar que exista una obligación, sino una carga.

El objeto como materia de la jurisdicción contencioso administrativa

El artículo 104 determina propiamente el objeto de la jurisdicción contenciosa entendiendo por ello la materia de la que conoce dicha jurisdicción.

Antecedentes

Como es conocido en el mundo existen dos grandes categorías de sistemas para el control de la actividad de la administración: los monistas en los cuales dicho control corresponde fundamentalmente a la jurisdicción ordinaria, y los dualistas, en los cuales el control se ejerce por una jurisdicción especializada².

El derecho colombiano siguiendo el modelo francés se orienta por un sistema dualista, en el cual además de la jurisdicción ordinaria existe una jurisdicción contencioso administrativa de la misma jerarquía que aquella.

Históricamente la jurisdicción contencioso administrativa se justifica por la separación de poderes y por la necesidad de un juez que posea conocimientos especiales.

En efecto, como es bien conocido la jurisdicción contenciosa inicialmente surgió en Francia por razón de la prohibición impuesta por la revolución a las autoridades judiciales para intervenir en la actividad de las autoridades administrativas, lo que se consideraba una consecuencia del principio de separación de poderes. Sin embargo, la realidad demostró la necesidad de un control sobre la actividad administrativa para asegurar que ella se ajustara a la legalidad. Dicho control fue ejercido inicialmente por la propia administración, y posteriormente a través de órganos especializados, lo que corresponde a los esquemas de justicia retenida y de justicia delegada.

Ahora bien, el criterio para determinar el objeto de la justicia administrativa ha variado en el tiempo. En el siglo XIX para determinar la competencia de la jurisdicción se distinguió entre actos de poder y actos de gestión. A partir de 1873, después

• **2** Sobre una exposición completa de los dos sistemas: Libardo Rodríguez. La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado en Colombia. Ponencia presentada en el II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo en Monterrey (México) 2005.



de fallo Blanco, se adopta en Francia como criterio para determinar la competencia de la justicia administrativa todo lo que concierne a la organización y al funcionamiento del servicio público, noción que evolucionó de forma que no es pertinente analizar en esta presentación. Después aparece que el criterio del servicio público es muy amplio y empieza a aplicarse la distinción gestión pública y privada, para darle a la jurisdicción ordinaria lo que es de derecho privado.

Si se revisan los diversos criterios propuestos, se aprecia que todos ellos se basan en que el actuar del Estado que debe ser objeto de control por la jurisdicción contenciosa se sujeta a principios y reglas particulares. De este modo conceptualmente la jurisdicción contencioso administrativa existe por razón de la necesidad de aplicar un régimen jurídico que tiene características particulares.

En Colombia el artículo 236 de la actual Constitución Política establece el Consejo de Estado pero no define la jurisdicción contencioso administrativa, pues se limita a disponer, como ha tradicionalmente ocurrido en nuestras constituciones, que al Consejo le corresponde desempeñar las funciones de tribunal supremo de lo contencioso administrativo, conforme a las reglas que señale ley, y a otorgarle algunas funciones particulares. En todo caso ha de destacarse que desde el punto de vista constitucional corresponde a la jurisdicción el control de los actos administrativos, pues el artículo 238 de la Carta atribuye a la jurisdicción de lo contencioso administrativo la suspensión de los efectos de los actos administrativos.

Lo anterior implica que corresponde al legislador determinar el objeto de la jurisdicción teniendo en cuenta que constitucionalmente su objeto comprende necesariamente los actos administrativos.

Desde esta perspectiva es pertinente recordar que en derecho colombiano la jurisdicción contencioso administrativa tiene raíces muy antiguas. En efecto, la Constitución Política de 1886 contemplaba la existencia del Consejo de Estado y la posibilidad de que el mismo tuviera funciones jurisdiccionales si se creaba la jurisdicción contenciosa³. Si bien dicha jurisdicción no se creó durante el siglo XIX al Consejo de Estado se le otorgaron algunas funciones decisorias⁴. Así mismo la ley 27 de 1904 le otorgó al Consejo de Estado competencia para controlar la validez de de las ordenanzas departamentales acusadas por falta de competencia de las asambleas departamentales, o por ser violatorias de la Constitución o las leyes. Posteriormente el Consejo de Estado

• **3** El artículo 141 de la Constitución de 1886 contemplaba que correspondía al Consejo de Estado “decidir sin ulterior recurso las cuestiones contencioso administrativas, si la ley estableciere esta jurisdicción”.

4 La ley 163 de 1896 otorgó al Consejo de Estado una función de decidir el recurso de alzada o la consulta de las decisiones de una comisión encargada de reconocer los créditos del tesoro nacional originados en suministros, empréstitos y expropiaciones durante la guerra de 1895



fue suprimido por el acto reformativo No 10 de 1905⁵. Posteriormente el Acto Legislativo No. 3 de 31 de octubre de 1910 previó la creación de la jurisdicción contencioso administrativa⁶. En desarrollo de lo anterior, la ley 130 de 1913 creó la jurisdicción contencioso administrativa⁷ y dispuso que se ejercería por el Tribunal Supremo y los Tribunales Seccionales. En 1914 a través de un Acto Reformatorio de la Carta de 1886 se recreó constitucionalmente el Consejo de Estado y se le otorgó la función de ser Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo.

Si se examinan los antecedentes históricos se aprecia que la creación de la jurisdicción contencioso administrativa en Colombia parte de la afirmación de que ella constituye un elemento fundamental para la separación de poderes, siguiendo la tradición francesa. Así lo señalaron los ponentes de la ley 130 de 1913, esto es, de nuestro primer código contencioso administrativo.

Por otra parte igualmente se dejó claro que la jurisdicción contenciosa conceptualmente se explicaba por la necesidad de conocimientos especializados. Así lo destacó la comisión de abogados auxiliares que propuso la ley 130 de 1913, quienes hicieron referencia a un documento de 1849 sobre el consejo de estado francés en el que se destacaba la diferencia entre la jurisdicción civil, la cual tenía que decidir conflictos entre dos personas privadas, y la jurisdicción contenciosa que debía decidir sobre los actos de la administración y las relaciones de ésta con los administrados teniendo en cuenta reglas particulares. El juez civil, se decía en dicho documento, puede incurrir en dos extremos o ser muy benévolo o en extremo riguroso, porque el juez civil no tiene porque ser sensible a la razón última que inspira la actuación administrativa y su régimen.

Bajo esta perspectiva la justicia contenciosa administrativa supone la existencia de un régimen especial. Dicho régimen especial presenta diferencias frente al régimen privado que se justifican por el interés general que la administración persigue y que le

- **5** Dicho Acto dispuso: “Suprímese el Consejo de Estado. La ley determinará los empleados que deban cumplir los deberes o funciones señalados a esta Corporación”

6 El artículo 42 dispone “La ley establecerá y organizará la jurisdicción contencioso administrativa”

7 Dispuso la ley “La jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente Ley.” Al Tribunal Supremo se le atribuyó la función de conocer “De los recursos contencioso administrativos contra las resoluciones de los Ministerios, que pongan fin a una actuación administrativa, con excepción de los que se originen en contratos celebrados en nombre del Estado, pues las acciones contra estas últimas providencias sólo pueden ejercitarse ante la justicia ordinaria.” Así mismo a los Tribunales Seccionales se le atribuyó la competencia para conocer “De los recursos contencioso administrativos contra las resoluciones de los empleados departamentales o municipales, o de una Intendencia o Comisaría, que pongan fin a una actuación administrativa, con Excepción de los que se originan en contratos celebrados en nombre de una entidad política distinta del Estado, pues las acciones contra providencias de aquella clase sólo pueden ejercitarse ante la justicia ordinaria.”



impone una determinada forma de actuar. De esta manera el régimen de derecho administrativo puede significar ampliar o restringir las facultades de la administración, en relación con lo que puede hacer el particular⁸.

Lo anterior lleva a concluir que en principio la jurisdicción de lo contencioso administrativo debería definirse en torno a un criterio material.

La tendencia en nuestros Códigos ha sido definir la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa con criterios materiales. Así ocurre en los diferentes Códigos Contencioso Administrativos⁹. No sobra recordar que inicialmente el objeto de la jurisdicción no incluía las controversias contractuales ni la responsabilidad del Estado. Posteriormente se le otorgan competencias a la jurisdicción contenciosa para conocer de conflictos contractuales, cuando dichos contratos están sujetos a reglas particulares (contratos administrativos o con cláusula de caducidad).

Sin embargo, es importante señalar que en dichos Códigos se adoptaron diversos criterios para determinar en concreto la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Lo anterior porque en la realidad es difícil aplicar un único criterio. A este respecto, en el derecho francés el maestro Jean Rivero señalaba que no había un único criterio para delimitar la competencia entre el juez administrativo y el juez común.¹⁰

Desde este punto de vista el Código Contencioso Administrativo de 1984 adoptó el criterio material, pero igualmente acudió a diversos conceptos para definir la competencia. En tal sentido la Sala de Consulta del Consejo de Estado expresó¹¹:

• **8** En este sentido RIVERO, Jean “Existe-t-il un critere du droit administratif?” en *Revue de Droit public et de la science politique*. Num 2 avril-juin 1953. Publicado y traducido en: “PAGINAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO” Jean Rivero, Libro Homenaje. U. del Rosario- Ed. Temis. Bogotá 2002. Citado por el Consejo de Estado en Concepto del 19 de junio de 2008. Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00094-00(1865); 11001-03-06-000-2008-00020-00(1887)

9 Así la ley 130 de 1913 estableció “La jurisdicción contencioso administrativa tiene por objeto la revisión de los actos de las corporaciones o empleados administrativos en el ejercicio de sus funciones, o con pretexto de ejercerlas, a petición del Ministerio Público, de los ciudadanos en general, o de las personas que se crean vulneradas en sus derechos, en los casos y dentro de los límites señalados en la presente Ley.”

Por su parte la ley 167 de 1941 “sobre organización de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”, que constituye nuestro segundo Código Contencioso Administrativo estableció las funciones jurisdiccionales del Consejo de Estado y entre ellas señaló que le correspondía conocer “De los recursos contenciosos administrativos contra los decretos, resoluciones y otros actos del Gobierno, de los ministros o de cualquiera autoridad, funcionario o persona administrativa del orden nacional, que pongan fin a una actuación administrativa y que no estén expresamente atribuidos a una jurisdicción distinta”.

10 Op. Cit. Pág 39

11 Concepto del 19 de junio de 2008. Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00094-00(1865); 11001-03-06-000-2008-00020-00(1887)



“A manera de conclusión de este acápite, puede decirse que el Código Contencioso Administrativo, al definir el objeto de la jurisdicción contenciosa administrativa en el artículo 82, utilizó un criterio material basado en la naturaleza administrativa de la actividad que se controla; pero que al tipificar las acciones (pretensiones) a través de las cuales es posible acceder a esta justicia, utilizó las instituciones de acto administrativo y de contrato administrativo (hoy contrato estatal) para configurar las acciones de nulidad, de restablecimiento del derecho y la contractual, para definir la competencia de la jurisdicción cuando aquéllos sean ilegales o produzcan un daño. Por corresponder a instituciones suficientemente delineadas, y en las que se debate en buena medida la legalidad de tales actos jurídicos, el criterio material o de la actividad no es el determinante de la posibilidad de acceso a la jurisdicción, sino el de la existencia de tales actos. En relación con la acción de reparación directa, si bien inicialmente se estructuró bajo la idea de la responsabilidad por el “*hecho administrativo*” la jurisprudencia se construyó sobre la del derecho a la reparación del daño causado por la actividad del Estado. No existió, pues, en el Código Contencioso Administrativo, un criterio único para la delimitación de las jurisdicciones administrativa y ordinaria”.

Ahora bien, los criterios adoptados en el Código Contencioso Administrativo fueron objeto de críticas por las dificultades que se enfrentaban en la práctica y que conducían a que en no pocas ocasiones el administrado se enfrentara a una incertidumbre acerca del juez competente lo que comprometía su derecho de acceso a la justicia. Es por ello que la ley 1107 modificó el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa para definirlo desde un punto de vista orgánico¹².

Sin embargo, el esfuerzo simplificador de la ley 1107 no estuvo exento de dificultades. Así, por ejemplo, se continuó discutiendo la competencia de la jurisdicción en relación con los contratos de las empresas de servicios públicos, en razón de lo dispuesto por el parágrafo del artículo 2º que estableció que “sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001”¹³. Igualmente se presentaron controversias sobre la posibilidad

- **12** Sobre el alcance de la ley en materia contractual ver las siguientes providencias de la Sección tercera: sentencias del 7 de junio de 2007 (expediente 32896), 3 de diciembre de 2007 (expediente 24710) y 7 de marzo de 2008 (expediente 15883), así como autos del 18 de julio de 2007 (expediente 29745) y 7 de febrero de 2008 (expediente 30903)

13 Ver por ejemplo la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de abril de 2009 (Ref.: Exp. No. 11001-31-03-007-2001-00902-01) en la que se destaca que el parágrafo del artículo 2º de la Ley 1107 de 2006, que estableció que, “sin perjuicio de lo previsto en el presente artículo, *se mantiene la vigencia en materia de competencia, de las Leyes 142 de 1994, 689 de 2001 y 712 de 2001*”. Esto es las normas sobre los contratos de las empresas de servicios públicos. Adicionalmente, la Sala de Consulta precisó que la norma no se aplicaba a entidades financieras: ver Concepto del 19 de junio de 2008. Radicación número: 11001-03-06-000-2007-00094-00(1865); 11001-03-06-000-2008-00020-00(1887)



de que la jurisdicción se pronunciara sobre la imposición de servidumbres¹⁴. A todo lo anterior se agrega que desde un punto de vista conceptual lo que justifica la existencia de una jurisdicción especializada es la aplicación de un régimen especial.

Durante la elaboración del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se discutió cuál debía ser el criterio aplicable. En este sentido en el seminario celebrado por el Consejo de Estado en el municipio de Paipa los días 12, 13 y 14 de febrero de 2008 se señaló¹⁵:

“Se recomienda a la Comisión redactora definir primero el objeto del Código Contencioso Administrativo, precisando a quién se aplica y sobre qué clase de normas, y luego el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa.

“Debe reivindicarse el criterio material para las sedes administrativa y judicial, en lugar del criterio orgánico establecido por la Ley 1107 de 2006 para la sede judicial, el cual le ha quitado la especialidad a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, e incluirse en el código los organismos que tienen régimen constitucional especial, como el Banco de la República, entre otros.

“ ...

“En la plenaria se controversió la tesis de retomar el criterio material, pero hubo consenso en reafirmar la especialidad de la Jurisdicción y una tendencia mayoritaria hacia la adopción de un criterio material, distinto del de la función administrativa, en el marco de las siguientes recomendaciones para la Comisión Redactora de la Reforma del Código:

“Recomendaciones:

“● Dentro de una tendencia mayoritaria hacia la adopción del criterio material, la Comisión debe conciliar ese criterio con el orgánico en la determinación del objeto de la jurisdicción, procurando no plantear criterios absolutos, y teniendo en cuenta las consecuencias de tipo político en la adopción de dichos criterios y establecer las fronteras constitucionales de esta jurisdicción.

“● Delimitar en forma precisa los asuntos que no son del objeto de la misma, de modo que las excepciones al control de la Jurisdicción deben ser claras en aras de la tutela jurídica de los administrados, y la regla o criterio que se adopte debe establecerse en función de los derechos de estos (v. gr. la problemática en materia de seguridad social).

● 14 Auto del 8 de febrero de 2008. Expediente 34526

15 Memoria del Seminario



“● Distinguir entre el campo de aplicación de la primera parte del Código, cuyo núcleo esencial es el ejercicio de la función administrativa, y el campo de la Jurisdicción o de la segunda parte del Código, el cual es diferente.

“● Un elemento de análisis es tener en cuenta que es de raigambre constitucional la ecuación “Derecho público = jurisdicción administrativa”, con las excepciones o salvaguardas que se requieran y la consagración de normas expeditas que permitan solucionar los conflictos en caso de ambigüedad. Por ejemplo, se podría establecer que en caso de duda debe primar la jurisdicción administrativa o que, si existen actos administrativos escritos, prime esta jurisdicción. Igualmente se advirtió que el criterio orgánico no se opone a la Constitución Política”.

“...”

“En todo caso, parece ser que el concepto de función administrativa no es suficientemente comprensivo para determinar el objeto de la jurisdicción”.

Este mismo criterio quedó reflejado en la historia del proyecto de ley. Así en la ponencia para primer debate en el Senado se expresó:

“Con el fin de afianzar el criterio de la especialización, el proyecto en el artículo 100 considera que para la definición del objeto de la jurisdicción, es necesario acudir a un criterio material que hace que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conozca de actos, hechos, operaciones y omisiones relacionados con el ejercicio de la función administrativa.

“Sin embargo, la dinámica de las actividades societarias hace que en ocasiones se tenga que acudir al criterio orgánico para que el administrado tenga claridad frente a aquellos temas en donde podrían presentarse controversias sobre la jurisdicción competente, como sucede en casos de responsabilidad extracontractual y contractual, cuyo conocimiento se asigna a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo siempre que una de las partes del litigio sea una entidad pública”.

En forma semejante se pronunciaron la ponencia para segundo debate en el Senado y las ponencias en la Cámara de Representantes.

De esta manera la historia fidedigna del proyecto indica que se quiso adoptar un criterio material para definir el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, sin perjuicio de aplicar un criterio orgánico en los casos que así se considerara pertinente para evitar controversias sobre la competencia, y en particular en materia de responsabilidad contractual y extracontractual.

El criterio general

Desde esta perspectiva es pertinente analizar el contenido del artículo 104 del Código. El primer inciso de dicho artículo dispone:



“ARTÍCULO 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. 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.” (se subraya)

Lo primero que señala el artículo es que la jurisdicción contenciosa conoce no sólo de lo dispuesto por el Código sino también lo que disponga la Constitución Política y la ley. Por otro lado, el artículo hace específica referencia a que la materia propia de lo contencioso es lo sujeto al derecho administrativo.

En cuanto al primer aspecto, la referencia a la Constitución Política es apenas obvia, pues aunque nada se dijera se entendería que el Código no altera las reglas constitucionales que otorgan competencia a la jurisdicción contenciosa administrativa. Es el caso de los procesos de pérdida de investidura a los que alude el artículo 184 de la Constitución Política. Igualmente “las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional” que le atribuye el artículo 237 de la Carta.

Por otra parte, también se deja a salvo lo que dispongan leyes especiales. De este modo, en materia de objeto de la jurisdicción contenciosa no existe una derogación orgánica, pues subsisten las leyes especiales que no sean expresamente derogadas y que hayan otorgado competencia a la jurisdicción contenciosa. Este es el caso de la ley 472 que regula las acciones populares o de grupo y la acción de repetición consagrada en la ley 678. En todo caso en el Código existen algunas reglas sobre esta materia.

Ahora bien, en cuanto al marco general, la jurisdicción conoce de controversias o litigios originados en actos, contratos, hechos omisiones y operaciones sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares que ejerzan función administrativa.

Observé que la norma no hace referencia a actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones sujetos al derecho público, sino al derecho administrativo. Lo anterior con el objeto de excluir lo que constituye propiamente la actividad legislativa y la judicial. En todo caso precisamente por ello el nuevo Código delimitó el ámbito de competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa en materia de responsabilidad del Estado. Adicionalmente, es claro que en la medida en que los órganos judiciales o legislativos expiden actos que no tienen el carácter de actos judiciales o de leyes, sino que están sujetos al derecho administrativo, en tal caso tales actos están sujetos a la competencia de lo contencioso administrativo.

Es pertinente observar que el Código Contencioso Administrativo actual con la redacción de la ley 1107 simplemente señala que el objeto de la jurisdicción es juzgar



la actividad de las entidades públicas incluidas las sociedades de economía mixta, pero no hace referencia a que el litigio tenga que versar sobre derecho administrativo. El nuevo texto parte de la aplicación del derecho administrativo, agregando algunos casos que pueden prestarse a discusión.

Ahora bien, cabe preguntarse: qué es aquello sujeto al derecho administrativo?

En este sentido De Laubadère, Venezia y Gaudemet¹⁶ expresan que el derecho administrativo concebido como un cuerpo de reglas jurídicas puede ser definido en sentido amplio de acuerdo con las personas a las que se aplica o en sentido estricto de acuerdo con su contenido y por un régimen jurídico y contencioso distinto al privado.

Por su parte Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández¹⁷ explica que el derecho administrativo es un “Derecho de naturaleza estatutaria, en cuando se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas sustrayendo a estos sujetos singulares del derecho común”. De esta manera el derecho administrativo se caracteriza por ser un conjunto de reglas que regulan la administración y que son distintas al derecho común.

Desde esta perspectiva debe anotarse que en cualquier aproximación lo que caracteriza el derecho administrativo es que el mismo consagra una serie de principios y reglas a las que se debe sujetar la administración y que son distintas al derecho común. Es pertinente agregar que aún cuando en tales casos el derecho administrativo acude a nociones propias del derecho común (por ejemplo, los conceptos de contrato o de acto jurídico), lo cierto es que lo hace bajo el prisma del derecho administrativo, adaptando dichos conceptos a los principios que deben regir el actuar de la administración.

De esta manera, la competencia de la jurisdicción contenciosa resulta de la aplicación de dicho conjunto de reglas y principios que son diferentes al derecho privado.

Por otra parte, y si se toma en cuenta el propio Código se observa que el artículo 2º del mismo señala que la Parte Primera del Código se aplican a todos los organismos y entidades que conforman las ramas del Poder Público en sus distintos órdenes, sectores y niveles, a los órganos autónomos e independientes del Estado y a los particulares, cuando cumplan funciones administrativas.

De esta manera de acuerdo con este precepto el derecho administrativo se aplica en principio al ejercicio de la función administrativa. Así las cosas, en el Código indirectamente aparece también el concepto de función administrativa, en cuanto que

• **16** *Traité de Droit Administratif*. Tomo I, 9ª ed. Paris 1984, número 6

17 *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I, 6ª ed, Madrid 1993, página 38



ella determina la aplicación del derecho administrativo y por ello la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Como quiera que el objeto de la jurisdicción se refiere a los actos sujetos al derecho administrativo, la actividad de entidades públicas que se desarrolla fundamentalmente bajo reglas de derecho privado no sería parte del objeto de la jurisdicción contencioso administrativo, salvo en los casos en que la ley expresamente lo señale.

Por otra parte, el texto del actual Código establece que la jurisdicción también juzga los litigios originados en la actividad de personas privadas que desempeñen funciones propias del Estado, con lo cual el ámbito de aplicación del Código Contencioso Administrativo vigente en principio es más amplio que el del nuevo estatuto. En efecto, el nuevo Código tiene un alcance más restringido, porque de una parte se señala que la jurisdicción juzga “las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones... en los que estén involucradas ... los particulares cuando ejerzan función administrativa”. Obsérvese que la norma no hace referencia a los particulares que ejerzan funciones estatales, sino que ejerzan función administrativa. De esta manera, mientras en el Código vigente podría discutirse si los conflictos entre quienes administran justicia como árbitros y los destinatarios de sus decisiones, queda dentro de la órbita de la competencia de la jurisdicción contenciosa, en la medida en que ellos desempeñan funciones propias del Estado, en el texto actual es claro, a mi juicio, que no quedan incluidas.

Como ya se señaló, durante la discusión acerca del nuevo Código se consideró que el criterio material no era suficiente, por lo cual el artículo señala una serie de casos en los cuales conoce la jurisdicción contenciosa administrativa, que analizaremos a continuación:

Casos particulares

Procesos de Responsabilidad extracontractual.

Establece el Código que igualmente conocerá la jurisdicción de los procesos relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.

Es importante destacar el alcance de esta regla pues independientemente de si la entidad actúa conforme al derecho privado su responsabilidad es juzgada por la jurisdicción contenciosa. Ello no es extraño porque en el fondo todo el régimen de responsabilidad de las entidades públicas debe inspirarse en el artículo 90 de la Constitución Política.

De conformidad con lo anterior cuando el servicio de salud es prestado por entidades públicas, así sea en materia de seguridad social, la competencia será de la jurisdicción contenciosa y en particular de la sección tercera. De esta manera se resuelve una



controversia que existía, pues la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia había considerado que ella era competente para determinar la responsabilidad en materia de seguridad social en salud.

Por otra parte, vale la pena destacar que el Código igualmente define qué es una entidad pública. En tal sentido señala que por ella se entiende “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%.”

De esta manera queda claro que aquellas entidades sin ánimo de lucro en las que el Estado haya aportado más del cincuenta por ciento de su patrimonio o en aquellas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% se encuentran dentro del ámbito de la competencia de la jurisdicción contenciosa. Lo anterior incluye por consiguiente a las entidades sin ánimo de lucro en las que el Estado haya realizado aportes que constituyan más del cincuenta por ciento de su patrimonio o tenga de otra manera una participación superior al porcentaje mencionado.

En todo caso el nuevo Código estableció una serie de excepciones. A tal efecto dispone el artículo 105 que no le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de “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”. (se subraya)

De esta manera la jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad extracontractual de las entidades públicas financieras, aseguradoras o de valores sujetas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera corresponde a la jurisdicción ordinaria. En este punto caben varias inquietudes. La regla a la que se hace referencia alude a la responsabilidad de las entidades financieras y a los contratos de las mismas, “cuando correspondan al giro ordinario” de los negocios de dichas entidades. Cabe preguntarse si esta condición relativa al giro ordinario se refiere tanto a los contratos como a la responsabilidad extracontractual o sólo a los contratos. En principio debe entenderse que este calificativo se refiere a los contratos y no a la responsabilidad extracontractual, pues no es parte del giro ordinario de una entidad causar daños a terceros.

Procesos contractuales

Establece el nuevo Código que la jurisdicción conoce de los procesos relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado.



De esta manera en este punto se mantiene el criterio orgánico para evitar precisamente lo que había dado lugar a la ley 1107 y que era la falta de claridad acerca de la jurisdicción competente para conocer de los contratos de ciertas entidades. Por lo demás, el nuevo Código no reprodujo la regla contenida en la ley 1107 que había dado lugar a discusiones acerca de cuál era realmente la situación de las empresas de servicios públicos.

A partir del nuevo Código todos los contratos de las entidades públicas, con el alcance ya visto, se sujetan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, así su régimen sea privado.

Igual ocurrirá en aquellos casos en que un particular contrata en ejercicio de funciones propias del Estado. En esta materia es claro que cuando una entidad fiduciaria contrata por cuenta del Estado en desarrollo de un encargo fiduciario o de una fiducia pública, tales contratos quedan sujetos igualmente a la jurisdicción contencioso administrativa. Igual conclusión debe darse incluso cuando existe una fiducia que da lugar a la creación de un patrimonio autónomo. Ello ocurre en aquellos casos en que a la fiducia se le entregan bienes o recursos públicos para el desarrollo de actividades estatales, pues en tal caso al realizar la disposición de dichos bienes la entidad fiduciaria en el fondo cumple funciones estatales.

Por otra parte señala el Código Contencioso Administrativo que forman parte del objeto de la jurisdicción contenciosa, los contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

Esta regla es importante y para determinar su alcance debe tenerse en cuenta que por otra disposición el legislador ya había determinado que todos los contratos de las entidades públicas son parte del objeto de la jurisdicción contencioso administrativa. Por ello la regla que se examina tiene un alcance adicional. Dicha disposición determina que aún cuando se trate de empresas totalmente privadas, o de aquellas en las que la participación del Estado es inferior al 50%, sus contratos serán objeto de la jurisdicción contencioso administrativa en la medida en que en ellos se incluyan o deban incluirse cláusulas exorbitantes.

Es importante señalar que esta regla cubre todos los casos en los que el contrato incluya cláusulas exorbitantes o haya debido incluirlas. En este punto debe recordarse que la ley 142 contempla que las empresas de servicios públicos deben incluir en sus contratos cláusulas exorbitantes, cuando así lo ordene la respectiva Comisión de Regulación, y pueden hacerlo en otros casos, cuando dicho organismo lo autorice.

Respecto de este tipo de contratos la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa es plena y no circunscrita a la cláusula exorbitante o a los actos expedidos en desarrollo de la misma.



En todo caso en materia de cláusulas exorbitantes deberá el juez ser muy cuidadoso en determinar cuándo ellas existen, pues no basta que una cláusula sea desequilibrada para que la misma adquiera tal carácter y se abra paso a la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para que una cláusula sea exorbitante debe corresponder a la tipología de las mismas reconocida por el derecho administrativo en la forma regulada por él. En este punto cabe anotar, por ejemplo, que el derecho privado también conoce la faculta de terminar unilateralmente los contratos por incumplimiento¹⁸, sin que se requiera declaración judicial, e igualmente la facultad de terminar un contrato de obra porque el objeto del contrato ya no le interese a quien ha encargado la obra¹⁹. En estos casos la terminación se hace por un acto jurídico, que no tiene las características ni las prerrogativas de un acto administrativo.

Por otro lado, como ya se vio, el artículo 105 dispone que no le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer de “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”.

Es claro entonces que los conflictos relativos a los contratos de las entidades públicas financieras, aseguradoras o del mercado de valores no entran en la competencia de la jurisdicción contenciosa, siempre que tales contratos correspondan al giro ordinario de las mismas.

Es de destacar que el Código retoma un criterio que había utilizado la ley 80 de 1993, pero que eliminó la ley 1150. El Código adopta dicho criterio, por cuanto es evidente que existe una profunda diferencia entre los contratos que ordinariamente celebran las entidades financieras y aquellos que hacen para atender necesidades excepcionales. En efecto, los contratos que día a día celebran las entidades financieras, aseguradoras o estatales no comportan elementos de derecho público que justifiquen la intervención de la jurisdicción contenciosa. Por el contrario, los contratos que exceden dicho propósito, como es construir la sede de la entidad, adquieren matices distintos, que justifican su control por la jurisdicción contenciosa, particularmente para verificar que en ellos se respeten los principios mínimos según lo establece la ley 1150.

• **18** Por ejemplo artículos 1882, 1888, 1889, 1983, 1884 y 2185 del Código Civil y 973 y 1232 del Código de Comercio. Igualmente prevé esa facultad la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional.

19 Segundo inciso del artículo 2056 del Código Civil.



Para determinar cuáles contratos corresponden al giro ordinario, se puede acudir a los criterios que habían sido fijados en su época bajo la ley 80 de 1993, aun cuando los mismos no constituyan hoy parte del derecho positivo.

Los procesos relativos a la relación legal y reglamentaria y la seguridad social de los mismos.

Establece el artículo 104 que igualmente corresponden al objeto de la jurisdicción contencioso administrativo los procesos 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 esta manera es claro que no están incluidos en la jurisdicción contencioso administrativa los procesos relativos a los trabajadores oficiales que seguirán siendo de conocimiento de la justicia ordinaria. Así además lo dispone expresamente el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ahora bien, para que los conflictos relativos a la seguridad social sean de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, es necesario, de una parte, que sean relativos a un persona vinculada por una relación legal y reglamentaria, y de otra, que el régimen sea administrado por una persona de derecho público.

En la ponencia para primer debate del proyecto de Código en la Cámara se explicó esta regla de la siguiente manera:

“Por regla general los conflictos que surgen entre las entidades públicas y los empleados públicos, los dirige la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, pues la relación legal y reglamentaria es, por excelencia, una expresión de derecho administrativo (es la función pública).

“Cuando la seguridad social de los empleados públicos está administrada por una entidad de derecho público, el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo adquiere mayor relevancia, dado que no sólo se trata de los derechos de un empleado público, sino de la función administrativa que cumple la entidad pública encargada de administrar el sistema. Es, pues, una línea de técnica y coherencia jurídica que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo juzgue las controversias relativas a la seguridad social de los empleados públicos cuando estén afiliados a una entidad pública”.

Esta regla del Código ha generado discusiones en cuanto cambia el criterio que había adoptado el legislador previamente, particularmente a través de la ley 712. A tal efecto se señala que el régimen de seguridad social hoy en día no depende del vínculo del servidor con una entidad pública o privada sino de la elección que él haya hecho bien sea del régimen pensional o de la entidad promotora de salud.



El riesgo práctico que se puede presentar es que el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia acojan criterios dispares.

Los actos políticos o de gobierno

El nuevo Código señala que igualmente conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo de los conflictos que se originen en actos políticos o de gobierno. En este punto se destaca el principio ya señalado por el Código Contencioso Administrativo actual en el sentido que los actos políticos o de gobierno pueden ser objeto de la jurisdicción.

Durante mucho tiempo se discutió si tales actos podían ser materia de la jurisdicción contenciosa. Cuando se expidió el Código Contencioso Administrativo en 1984 el mismo estableció que la jurisdicción sólo podría juzgar los actos políticos o de gobierno por vicios de forma. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 15 de noviembre de 1984 declaró inconstitucional dicha disposición en cuanto considero que el control debía extenderse al fondo. De esta manera en derecho colombiano hay control también de los actos políticos o de gobierno. Se reitera de este modo que ningún acto de la administración, escapan al control judicial.

Los Procesos Ejecutivos

En materia de procesos ejecutivos y la posibilidad de que la jurisdicción conociera de ellos, existió durante la preparación del proyecto una discusión muy intensa. En efecto se discutió si dado el carácter especializado de la jurisdicción contencioso administrativo era necesario que ella conociera de procesos ejecutivos. Sin embargo, al avanzar en las discusiones se impuso la tesis positiva, por cuanto en los procesos ejecutivos por diversas razones terminan discutiéndose aspectos propios del derecho administrativo, razón por la cual es necesario que los mismos sean de conocimiento de la jurisdicción.

En este sentido el Código establece que son parte del objeto de la jurisdicción contenciosa los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por dicha 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 esas entidades.

Sólo se excluyen los ejecutivos relativos a los contratos que celebren las entidades públicas, financieras, aseguradoras o del mercado de valores, pues de acuerdo con el artículo 105 del Código ellos corresponde a la jurisdicción ordinaria.



Los recursos contra laudos arbitrales

Dispone expresamente el artículo 104 que la jurisdicción conocerá 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.

Lamentablemente en el Código Contencioso Administrativo no se precisó los recursos a los cuales se refiere. Por una parte es evidente que comprende el recurso de anulación, pues el artículo 149 del Código otorga dicha competencia al Consejo de Estado en única instancia.

Sin embargo, queda la duda de si procede el recurso de revisión. En este punto se mantiene la situación actual. En efecto, mientras que las normas que regulan el arbitraje establecen que contra los laudos arbitrales procede el recurso de revisión, al mismo tiempo señalan como jueces competentes para el efecto a los tribunales superiores de distrito y no contempla la jurisdicción contencioso administrativa. A lo anterior se agrega que la ley 80 al referirse a los recursos contra laudos arbitrales sólo consagró el de anulación. Finalmente al regular el recurso extraordinario el artículo 248 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que el mismo 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”. No se menciona entonces en el Código la posibilidad de interponer recurso de revisión contra laudos arbitrales en materia estatal.

En este punto debe destacarse que el recurso de revisión es muy importante en razón de la naturaleza de sus causales, y por ello debería proceder tanto en los arbitrajes estatales como privados. Es un tema que entonces debe aclararse en la ley que regule el arbitraje

Los asuntos excluidos de la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Por otra parte la ley señala una serie de casos que se encuentran excluidos del objeto de la jurisdicción contenciosa.

Los procesos relativos a la responsabilidad contractual o extracontractual de las entidades públicas financieras, aseguradoras o del mercado de valores.

Como ya se señaló la ley excluye tanto los procesos de responsabilidad contractual, como los relativos a los contratos del giro ordinario de las entidades públicas financieras, aseguradoras o del mercado de valores.



Las controversias relativas a los trabajadores oficiales.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo excluye del objeto de la jurisdicción contenciosa las controversias entre las entidades públicas y los trabajadores oficiales, conservando la situación actualmente existente.

Decisiones jurisdiccionales proferidas por autoridades administrativas.

Así mismo, el Código excluye del objeto de la jurisdicción 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. En efecto, es claro que cuando se trata de decisiones proferidas en ejercicio de funciones jurisdiccionales no procede el control propio de los actos administrativos, sino el que corresponde a los actos jurisdiccionales.

Precisa el Código Contencioso Administrativo que 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 un 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.

En este punto cabe preguntarse qué sucede cuando no se cumple la obligación establecida en esta disposición. En tal caso parece claro que independientemente del vicio de forma corresponderá a la jurisdicción contenciosa conocer de lo que corresponde al puro acto administrativo, pero no podrá entrar a conocer de la decisión jurisdiccional.

Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

Igualmente se excluyen del objeto de la jurisdicción las decisiones adoptadas en los juicios de policía. Esta exclusión se encontraba también en el Código Contencioso Administrativo.

En este sentido conviene recordar que el Consejo ha señalado que los juicios policivos a que se refiere el inciso tercero del artículo 82 del C.C.A, son aquellos donde “la autoridad policiva actúa como juez frente a determinados conflictos jurídicos causados por conductas de los particulares en su relaciones cotidianas o de vecindad, que la doctrina y la jurisprudencia han tendido a tratar como actos jurisdiccionales. Mediante esas decisiones, las autoridades de policía (inspecciones, alcaldes o gobernado-



res, según el caso) dirimen contiendas entre particulares sobre asuntos de incidencias jurídicas menores, especialmente señalados y regulados por la ley”²⁰.

De esta manera en esta materia es fundamental distinguir entre las decisiones de juicio de policía y los reglamentos de policía. Los reglamentos de policía claramente son controlables por la jurisdicción contencioso administrativa. Así mismo debe distinguirse los juicios de policía de las decisiones que pone a fin a un procedimiento de policía, esto es al ejercicio “de las facultades de control, vigilancia y sanción de las autoridades sobre las actividades de los particulares”.

Conclusión

Como se puede apreciar el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en materia de objeto de la jurisdicción contencioso administrativa busca conciliar dos propósitos: preservar la especialización de la misma y así mismo brindar claridad en los casos en que tradicionalmente ha existido dificultad, de tal manera que el administrado no vea afectado su derecho de acceso a la justicia.



Los Medios de Control en la Ley 1437 de 2011

Por: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas

Magistrado de la Sección Cuarta del Consejo de Estado
Miembro de la Comisión de Reforma

1. Introducción

El control judicial de la actividad administrativa del Estado o de la actividad del Estado sujeta al derecho administrativo y la de particulares con funciones administrativas, como dice el nuevo código en el artículo 104, se venía ejerciendo tradicionalmente por medio de acciones judiciales, esto es, el sistema en que cada acción tiene su pertinente pretensión.

Había o hay acuerdo general en el sentido de que la acción es un derecho diferente a la pretensión, pero para facilitar la comprensión del fenómeno por el cual se reclama la intervención del Estado – Juez en la solución de controversias legales de todo orden, la pretensión le daba o le da un nombre a la acción: acción de nulidad, acción contractual, acción popular, acción reivindicatoria, acción posesoria, etc.

El nuevo código de lo contencioso administrativo propone eliminar esa situación y pretende que de aquí en adelante se hable de la acción de lo contencioso administrativo como único mecanismo por el cual se habrían de reclamar tantas pretensiones estén autorizadas, en lo que se conocerá como **medios de control**.

En ese sentido, el código, desde el artículo 135, enumera bajo el nombre de medios de control todas las acciones que actualmente son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, salvo la tutela, y alguna otra que quizá no tenga mucha relevancia. El nuevo código no crea ningún nuevo medio de control de los ya existentes ni crea una nueva acción judicial bajo el nombre de medio de control. Lo que hace es compilar los mecanismos judiciales existentes diseñados para controlar, en general, las actividades tanto jurídicas como materiales del Estado, actividades regidas fundamentalmente por el derecho administrativo. Algunas acciones, como lo veremos, sí sufren modificaciones interesantes.

Sin embargo, los artículos 10 y 102 de la Ley 1437 instituyen el deber de la administración de resolver las peticiones con base en las sentencias de unificación jurisprudencial que dictaría el Consejo de Estado, y, en caso de que así no suceda, el artículo 269 establece un recurso judicial para ante el Consejo de Estado, por el que se definiría



la aplicación de la jurisprudencia a casos semejantes. Esto tiene todo el parecido a un medio de control adicional a los que regulan los artículos 135 y siguientes del nuevo código de lo contencioso administrativo.

A lo largo de la conferencia, es factible que yo mencione como acción lo que ahora será un medio de control. En ese sentido, anticipo una fe de erratas consistente en decir que donde diga **acción** debe entenderse mejor como **medio de control**.

La razón de este cambio también estaría en la necesidad de evitar la excepción de indebida acumulación de pretensiones o indebida acumulación de acciones, cosa que no logra el código porque es evidente que no habrá un sólo procedimiento ordinario, sino muchos procedimientos judiciales según el tipo de pretensión, lo que, a la postre, hará imposible la perfecta acumulación de pretensiones. En esa medida, presentaré los artículos 135 a 148 del título tercero, de la parte segunda, de la ley 1437 de 2011, valiéndome de preguntas y repuestas para facilitar la exposición.

1.1 Medio de control de nulidad por inconstitucionalidad

La acción de nulidad por inconstitucionalidad, desarrollada por el artículo 135 del nuevo código, tiene su origen en el artículo 237 de la Constitución Política, que en el numeral segundo dice que corresponde al Consejo de Estado conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional. Descubrir cuáles son esos decretos resultó ser un gran problema. Antes de la Constitución de 1991, la jurisprudencia constitucional y la doctrina reconocían la existencia de ciertos decretos especiales dictados por el Gobierno como atribuciones directas originadas en la Constitución o en ciertas leyes y cuyo conocimiento no tendría que ser del tribunal constitucional, que está a cargo del control de la función legislativa propiamente dicha. La Ley Estatutaria de Administración de Justicia¹ pretendió regular o tipificar tales decretos, pero la Corte constitucional, en la sentencia C-037 de 1996, declaró inexecutable el artículo 49 de dicha ley y dijo que la acción podría dirigirse contra todos los actos del Gobierno a condición de que se formularan cargos de violación directa de la Constitución.

- **1** Son de competencia de la Corte Constitucional: Los Decretos con fuerza de Ley dictados por el Gobierno con facultades extraordinarias; los decretos con fuerza de Ley dictados por el Gobierno sobre el Plan Nacional de Desarrollo; los decretos legislativos dictados por el Gobierno en los Estados de Excepción.

Los decretos que traía el artículo 49 de la Ley 270 de 1996 como propios de la acción de nulidad por inconstitucionalidad eran los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a las leyes generales, cuadro o marco, esto es, los decretos fundados en una ley marco; los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de leyes que le confieren autorizaciones especiales; los dictados en ejercicio de leyes que confieren mandatos de intervención en la economía; los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades atribuidas directamente por la Constitución y sin ley previa.



De modo que esta acción o medio de control es paralela a la acción de simple nulidad. Hay una situación superflua en materia de acciones en relación con este aspecto. Si pido la nulidad de un acto por violar la Ley, habrá acción de nulidad. Y, si pido la nulidad de ese mismo acto por violación de la Constitución, habrá acción de nulidad por inconstitucionalidad.

¿Quiénes están facultados para interponer este medio de control?

Los ciudadanos, directamente o por medio de su representante. No cualquier persona se encuentran facultados para interponer este medio de control: sólo ciudadanos.

¿En qué término y con qué fin se ejerce?

Se podrá ejercer este medio de control en cualquier tiempo y con el fin de que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional y siempre que el cargo sea por infracción directa de la Constitución. También se podrá ejercer para pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que, por expresa disposición de la Constitución, sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.

¿Cuál es el ámbito de decisión del Consejo de Estado, cuando se ejerce el medio de control de nulidad por inconstitucionalidad?

El ámbito de la decisión que se profiera con ocasión del ejercicio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad no se circunscribe a los cargos formulados en la demanda. El Consejo de Estado podrá fundar la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente, podrá pronunciarse sobre las normas no demandadas que, a su juicio, conformen unidad normativa con las demandadas.

Si leemos con atención el inciso final del artículo 135, pareciera que la expresión *“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”* queda mejor con el adverbio “no” antes de “demandadas”.

1.2 Medio de Control inmediato de legalidad

El control inmediato de legalidad establecido en el artículo 136 de la Ley 1437 tiene su origen en el artículo 20 de la Ley 137 de 1994, que reglamenta los estados de excepción en Colombia.



¿Qué actos son objeto de este control?

De conformidad con la Ley 1437, este medio de control recae sobre las medidas de carácter general dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos expedidos durante los estados de excepción. Y este es el único medio de control auténtico, a mi juicio, pues no precisa de un actor. Se desencadena de oficio.

¿Quiénes están obligados a desencadenar este medio de control y en qué órgano recae la competencia?

Para el efecto, las autoridades competentes, dentro de las 48 horas siguientes a su expedición, deberán remitir los respectivos actos generales al Consejo de Estado, si fueron dictados por una autoridad del orden nacional, o al Tribunal Administrativo del lugar donde se expidieron, si son proferidos por autoridades del orden territorial. Sólo en caso de que los actos administrativos generales no se remitan en el término señalado, la autoridad judicial competente podrá ejercer el medio de control de manera oficiosa.

1.3 Medio de control de nulidad

Este medio de control, señalado en el artículo 137 del nuevo código, tiene su origen en el actual artículo 84 del Código Contencioso Administrativo.

• ¿Quién está facultado para ejercer éste medio de control y con qué fin se interpone?

El artículo señala que toda persona está facultada para ejercer este medio de control, directamente o por medio de representante, con el fin de obtener la declaración de nulidad de los actos administrativos de carácter general, de las circulares de servicios o de los actos de certificación y registro.

En esta oportunidad, el legislador, a diferencia del caso de la nulidad por inconstitucionalidad, ya no se refiere al ciudadano sino a cualquier persona. Esto, algunos lo hemos criticado, pues hubiera sido mejor permitir que sólo el ciudadano pudiera ejercer este medio de control o a lo sumo también las personas jurídicas, pero no los no ciudadanos ni las personas que no tuvieran legitimación para defender el orden jurídico colombiano, como los extranjeros, por ejemplo.

Adicionalmente, en buena hora, este artículo introduce un cambio importante al disponer que este medio de control, en principio, está diseñado para juzgar los actos administrativos de contenido general. Conviene advertir que la nueva redacción del artículo de la acción de nulidad acoge la doctrina de los móviles y



finalidades, que más que una doctrina ha sido una jurisprudencia útil para evitar el abuso de la acción de nulidad, en cuanto que se ha utilizado abusivamente para pedir la nulidad de actos de contenido particular cuando la acción propia para ventilar este tipo de actos ya caducó. La Corte Constitucional, en su momento, declaró inexecutable la doctrina de los móviles y finalidades, pues en un muy mal entendimiento de esa jurisprudencia, la estimó regresiva. Puede verse sobre esto la sentencia C-426 de 2002 y las sucesivas sentencias del Consejo de Estado que la desobedecieron.

¿Cuáles son las causales de nulidad del acto administrativo?

El mismo artículo establece que la nulidad de un acto administrativo de carácter general procede cuando se configure alguna de las clásicas causales que actualmente contempla el artículo 84 del C.C.A. Conviene advertir que estas causales también se alegan para pedir la nulidad del acto administrativo de carácter particular y concreto. De hecho, el acto administrativo particular, que es bien diferente al acto administrativo general, es más proclive a incurrir en todas las causales de nulidad a que alude este nuevo artículo. Las causales de nulidad del acto administrativo tienen directa relación con los elementos del acto administrativo. La ley nos presenta los elementos del acto en forma negativa o viciada, pero detrás de esas nulidades lo que aparece es el conjunto de condiciones necesarias para que exista válidamente un acto: competencia, formas y procedimientos, incluido el derecho de audiencia y defensa para los actos punitivos o contrarios a los derechos de las personas, la motivación, la finalidad y el contenido u objeto. Dichas causales de nulidad son:

- 1) Cuando el acto haya sido expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse. (Vicio de contenido)
- 2) Cuando quien expida el acto no tenga competencia para hacerlo. (Vicio de competencia)
- 3) Cuando el acto se expida en forma irregular, es decir con violación del derecho al debido proceso. (Vicio de forma y procedimiento)
- 4) Cuando en su expedición se desconocen los derechos de audiencia y defensa del interesado; causal ad hoc de la expedición irregular, o,
- 5) Cuando el acto se expida mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (Vicios de motivo y de finalidad)

¿Puede interponerse este medio de control contra actos administrativos de contenido particular?

El medio de control de nulidad, siguiendo una versión de la doctrina de los móviles y finalidades, también puede invocarse para obtener la nulidad de los actos administrativos de carácter particular. Si la Ley 167 de 1941, siguiendo una tradición



que ya venía de antes, hubiera dejado la acción de simple nulidad para los actos administrativos generales y la acción de plena jurisdicción, así se llamaba en esa época, para los actos de contenido particular, no habría nacido la doctrina de los móviles y finalidades y hubiera impuesto orden en el uso de las acciones. El hecho es que dicha ley consagró la acción de nulidad sin especificar que procedía sólo contra actos de contenido general y ahí se originó el problema que pretende resolver el nuevo código. Con todo, este medio de control sólo procederá en los siguientes casos contra actos particulares:

- Cuando con la demanda no se persiga o de la sentencia de nulidad que se produjere no se genere el restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero.
- Cuando se trate de recuperar bienes de uso público.
- Cuando los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico.
- Cuando la ley lo consagre expresamente.

Si de la demanda se desprende que se persigue el restablecimiento automático del derecho, se debe ejercer el control de nulidad y restablecimiento del derecho.

1.4 Medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho

El medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrado en el artículo 138 de la nueva ley, se origina en el actual artículo 85 del C.C.A.

- **¿Quién está facultado para interponer la demanda y con qué fin se procede?**

Conforme con este artículo, este medio de control procede, en principio, con el fin de que se declare la nulidad de actos administrativos de carácter particular, expresos o presuntos, y de que se restablezca el derecho subjetivo de la persona lesionada. En este último caso, la persona lesionada también podrá solicitar que se le repare el daño en el evento en que el restablecimiento del derecho (reparación in natura) ya no proceda. Esta acción sí debe estar siempre en favor de cualquier persona.

- **¿Por qué causales procede la nulidad y el restablecimiento del derecho?**

La procedencia de este medio de control está sujeta a las mismas causales establecidas para la nulidad de actos administrativos de carácter general.



• **En ese contexto, ¿se puede ejercer este medio de control contra actos administrativos de carácter general?**

Este fue un tema extremadamente polémico en el seno de la comisión o comisiones que estudiaron el proyecto. Finalmente se impuso la tesis de que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho podía dirigirse contra actos administrativos de contenido general y fue acogida por el legislador. Quedó con esa redacción no muy clara, según la cual procede la acción o medio de control contra ese tipo de actos siempre que la aplicación del acto produzca directamente una lesión a un derecho subjetivo amparado en una norma.

Los actos administrativos generales son en sí mismo normas que pueden o crear derechos o afectar los derechos ya creados, o imponer conductas, en abstracto y, en general, como cualquier norma jurídica. Es decir que, como normas que son pueden mandar, prohibir, permitir o castigar, la aplicación a un caso particular de la norma o la no aplicación, según yo quiera beneficiarme de la situación favorable o salirme de la situación perjudicial regulada por la norma, precisa de un acto particular y concreto, que es el que finalmente produce un efecto directo en el sujeto comprendido en la norma. El efecto jurídico del acto general o del acto normativo es estar ahí en el ordenamiento jurídico, en abstracto. Como no se dictan normas, stricto sensu o lato sensu, por dictarlas, todas están llamadas a producir un efecto jurídico en la comunidad. Ahora bien, para su aplicación concreta y particular se requiere de actos condición, esto es, actos que son la condición para que la situación general aterrice en una situación particular. Grosso modo, si una norma, puede ser un reglamento, una ordenanza, etc., me da un derecho, tendré que, tarde que temprano, pedirlo a una autoridad o a un sujeto obligado a concederlo. Si esa norma me restringe o me quita derechos, tarde que temprano, si no estoy conforme con eso, tendré que pedirle al operador jurídico que llaman ahora, que me libere de la restricción o que no me quite lo que ya me habían dado. Si el derecho no se concedió, o si no se liberó al sujeto particular de la carga impuesta por la norma, ese es el acto particular o concreto que habría que demandarse.

No puedo entender que haya acción de nulidad y restablecimiento contra un acto general, porque de ser así habría acción de nulidad y restablecimiento contra la ley directamente, pues la ley es la mayor productora de situaciones jurídicas generales abstractas, y de ahí los sucedáneos de la ley: reglamentos. Pero bien, habida cuenta de que algunas decisiones del Consejo de Estado aceptaron la posibilidad de pedir la nulidad de actos de carácter general y directamente el restablecimiento del derecho, el legislador prefirió elevar a canon normativo esas decisiones judiciales, a mi juicio, francamente equívocas.

¿Cuál es el término de caducidad de este medio de control?

En cuanto a la caducidad de este medio de control, la nueva ley no cambia mucho en relación con los actos particulares y concretos. Se mantiene el término de cuatro



meses contados a partir del día siguiente de su comunicación, notificación, expedición o ejecución, según el caso.

En el caso de los actos administrativos de carácter general, el término de caducidad es de cuatro meses siguientes a su publicación; pero en caso de existir, y siempre que va a existir, un acto intermedio de ejecución o cumplimiento del acto general, el término se contará a partir de la notificación de “aquél”. No se entiende esa expresión: ¿del acto administrativo general o del acto administrativo intermedio de ejecución o de cumplimiento del acto general? Si es del acto general, se presenta una situación anormal, puesto que la acción de nulidad contra el acto general no tiene caducidad y, además, resultaría absurdo que no se pueda demandar la violación de derechos provenientes de un acto general cuando es perfectamente posible que el acto general sólo empiece a producirle algún efecto jurídico concreto a alguien, luego de uno o dos años de entrada en vigor la ley o el acto general. Si “aquél” es el acto particular de cumplimiento del acto general, acto que a mi juicio obviamente siempre habrá, la ley no trae ninguna novedad, pues siempre ha habido acción contra el acto particular a partir de su notificación, comunicación o ejecución y por un término generalmente de cuatro meses.

1.5 Medio de control de nulidad electoral

Este medio de control tiene su origen en los artículos 223 a 229 del actual CCA y en el nuevo código está desarrollado en el artículo 139.

- **¿Quién puede interponer la demanda y con qué fin procede?**

Puede ser interpuesta por cualquier persona (nuevamente el legislador cae en esta imprecisión, pues esta es una acción ciudadana por antonomasia), con el fin de que se declare la nulidad de los actos de elección por voto popular, de los actos de elección proferidos por cuerpos electorales, de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden o de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

En esta oportunidad el legislador, a diferencia de lo que ocurre actualmente, usó un tipo más descriptivo frente a los actos sobre los que procede el ejercicio de este medio de control.

- **¿Qué formalidad especial tiene este medio de control?**

Como formalidad especial para el ejercicio de este medio de control, el nuevo código establece la necesidad de que se demanden además del acto que declara la elección por voto popular, las decisiones que adopten las autoridades electorales que resuelvan



sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios. Esta formalidad ya venía establecida desde antes de que se produjera el Acto Legislativo 001 de 2009, en cuanto que, en general, era necesario demandar los actos que decidieran los recursos contra las decisiones de las corporaciones electorales que inicialmente declararon la elección. Ahora, en virtud de ese acto legislativo, este requisito ha adquirido una categoría especial y obliga a una intensa intervención del Consejo Nacional Electoral en el proceso de definición de las elecciones como requisito de procedibilidad para el ejercicio del contencioso electoral, sobre todo frente a las irregularidades en el escrutinio y en las votaciones.

Para efectos de lo anterior, el demandante deberá precisar en los hechos de la demanda, en qué etapas o registros electorales se presentaron las irregularidades o vicios de trámite que incidieron en el acto de elección.

- **¿Los actos objeto de este medio de control pueden ser objeto de otros medios de control?**

Otro aspecto importante a resaltar es que de manera acertada el nuevo código elimina la posibilidad de que la acción popular o la acción de grupo puedan ser utilizadas para controvertir actos de contenido electoral. Con esto se evita que, como ocurre actualmente, los jueces administrativos puedan juzgar de diferentes maneras este tipo de actos, y que, al tiempo, se profieran decisiones en diferentes sentidos.

- **¿Cuál es el término de caducidad de este medio de control?**

La norma modifica el término de caducidad que contempla el actual código, ampliándolo de 20 a 30 días, contados a partir del día siguiente a la publicación del acto o de la notificación por estrados, notificación ésta usual en el proceso de elecciones populares.

1.6 Medio de control de reparación directa

Proviene del artículo 86 del actual Código Contencioso Administrativo.

- **¿Quién está facultado para interponer este medio de control?**

El artículo 140 de la Ley 1437 contempla la reparación directa como aquel medio de control que puede ser ejercido por la persona que muestre un interés legítimo en el sentido de ser o creer ser víctima de daños antijurídicos. También se puede ejercer por las entidades públicas cuando resulten perjudicadas por la acción de un particular o de otra entidad pública.



- **¿Con qué fin se interpone?**

El ejercicio de este medio de control tiene como finalidad declarar la responsabilidad del Estado o del autor del daño, así como ordenar su reparación, en los casos en que el daño se haya originado en lo que se conoce como las manifestaciones de la actividad administrativa material o técnica del Estado, actividad que se traduce en hechos, omisiones, la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causa de trabajos públicos y, en todo caso, por cualquier causa imputable a la entidad pública, o a un particular que haya obrado “**siguiendo una expresa instrucción de la misma**”. Esta expresión está causando mucha polémica porque se ha hecho una lectura restrictiva para sostener que la ley está volviendo a la época de la culpa personal de los agentes del Estado y que abandona la jurisprudencia que estableció la culpa anónima del servicio, tesis esta que se consideró un avance. Creo que es una visión tremendista y que eso no es lo que quiere decir la regla. Simplemente hay casos en que la acción de un particular solamente puede ser atribuible al Estado cuando este ha instruido sobre un determinado proceder, como cuando particulares, en ejercicio de sus actividades autónomas de tipo industrial o comercial, deben, en virtud de un contrato o de la ley misma, seguir indicaciones expresas del Estado en algunas materias.

- **¿Qué solución prevé el nuevo código para cuando el daño se impute simultáneamente a particulares y a entidades públicas?**

Este artículo propone que cuando el daño se impute simultáneamente a particulares y a entidades públicas, en la sentencia que así lo declare deberá determinarse la proporción en que debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o de la omisión en la ocurrencia del daño.

El nuevo código pretende acabar, entonces, con la solidaridad que se ha venido comúnmente aplicando en las sentencias, quizá en una controvertida aplicación del artículo 2344 del Código Civil al ámbito de la Administración Pública. El hecho es que hay muchísimos casos en los que la participación del Estado en la producción de un hecho dañoso es mínima, y en salvaguarda del patrimonio estatal, la ley opta por la divisibilidad de la obligación y no por la solidaridad, que se mira en ese caso injusta para con los intereses de la comunidad que el Estado representa.

- **¿Cuál es el término de caducidad de este medio de control?**

En cuanto al término de caducidad, el plazo general no cambió y continúa siendo de dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo. Si el conocimiento del daño ocurre en fecha posterior, el plazo se contará a partir del conocimiento del daño y siempre que se pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. Así mismo, la norma establece ciertas reglas de caducidad para el triste fenómeno de la desaparición forzada en Colombia, siguiendo los presupuestos establecidos en la Ley 589 de 2000.



1.7 Medio de control de controversias contractuales

Este medio de control tiene su origen en el artículo 87 del actual Código Contencioso Administrativo.

- **¿Quiénes están facultados para interponer este medio de control y con qué fines se ejerce?**

Están legitimados para instaurar este medio de control las partes contratantes o sus causahabientes, el Ministerio Público y los terceros interesados. Las partes pueden promover todo tipo de pretensión. El Ministerio Público y los terceros sólo pueden promover la acción contractual de nulidad absoluta del contrato.

El contencioso contractual, establecido en el artículo 141 del nuevo código, tiene como finalidad resolver aquellas controversias derivadas de los contratos estatales, con el fin de que se declare la existencia del contrato, la nulidad, la revisión, el incumplimiento o la nulidad de los actos que se expidan en el curso de la actividad contractual. También podrá ejercerse con el fin de que se condene al contratante responsable a indemnizar los perjuicios causados; también para exigir la liquidación judicial del contrato cuando ésta no se haya logrado de mutuo acuerdo y la entidad estatal no lo haya liquidado unilateralmente dentro de los plazos legales o contractuales.

- **¿Procede este medio de control contra los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual?**

Este medio de control no procede contra los actos proferidos antes de la celebración del contrato, los que sólo se podrán demandar en ejercicio de los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso.

- **¿El juez administrativo podrá declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos?**

Entre las facultades del juez en este tipo de procesos se encuentra la de poder declarar de oficio la nulidad absoluta de los contratos, siempre y cuando esté plenamente demostrada y hayan intervenido las partes contratantes o sus causahabientes.

- **¿Cuál es el término de caducidad de este medio de control?**

En cuanto al término de caducidad, regulado en el artículo 164 de la nueva ley, se mantiene la regla general de dos años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los motivos de hecho o de derecho que sirvan de fundamento a la pretensión. En los demás casos, el cómputo de los términos de caducidad sigue las mismas reglas que actualmente se encuentran vigentes.



1.8 Medio de control de repetición

Este medio de control tiene su origen en el artículo 90 de la Constitución Política y en las leyes que lo han desarrollado.

- **¿Cuándo procede este medio de control?**

Procede cuando el Estado, dice la regla, haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de determinación de conflictos que sea consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público o del particular en el ejercicio de funciones públicas.

- **¿Quién está facultado para ejercer el medio de control?**

Están legitimadas para ejercer este medio de control las entidades públicas condenadas como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor público, o el particular que ejerció las funciones públicas o las actividades que dieron origen a la respectiva condena.

- **¿Existe otro medio para obtener la repetición de lo que pagó el Estado?**

Existe la posibilidad de que la entidad pública obtenga la repetición de lo que pagó por la respectiva condena mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, llamamiento que se hará en el proceso de responsabilidad seguido contra la entidad pública.

- **¿Qué requisitos exige el nuevo código para iniciar este medio de control de manera autónoma?**

El nuevo código prevé que en caso de que se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones, en el que conste que la entidad realizó el pago, será prueba suficiente para iniciar la pretensión contra el funcionario responsable del daño.

En este punto siempre ha existido una discusión acerca de si debe acreditarse el pago total o el pago parcial. La norma no es clara en este aspecto. Sin embargo, se supone que, piensa la mayoría, la norma alude al pago total de la condena.

- **¿Cuál es el término de caducidad de este medio de control?**

Este medio de control tiene un término de caducidad de dos años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad obligada, o a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la entidad para el pago de condenas.



1.9 Medio de control de pérdida de investidura

La Constitución de 1991 estableció el mecanismo de la acción judicial de pérdida de investidura para sancionar a los miembros del Congreso de la República que hubieran incurrido en las precisas causales a que alude el artículo 183. Esta acción quedó regulada por la Ley 144 de 1994 y el nuevo código la recoge fundamentalmente en el artículo 143.

Esta acción de pérdida de investidura se extiende a los otros servidores públicos de elección popular, como diputados o concejales.

- **¿Quién está facultado para interponer la demanda de pérdida de investidura?**

Podrá ser ejercida por la Mesa Directiva de la correspondiente corporación de elección popular a la que pertenezca el acusado (Congreso de la República, Asamblea Departamental, Concejo Municipal o Distrital, Juntas Administradoras Locales) o, en su defecto, por cualquier ciudadano.

Se trata de un procedimiento especial, que no podría guiarse por las reglas comunes del nuevo código.

1.10 Medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos

Este medio de control, establecido en el artículo 144 de la nueva ley, es lo que hoy conocemos como acción popular, regulada por la Ley 472 de 1998 y que queda vigente en casi todo. Implica un procedimiento especial.

- **¿Quién está facultado para ejercer este medio de control y con qué fin se ejerce?**

Este medio de control puede ser ejercido por cualquier persona, punto este que, a mi juicio, es totalmente inconveniente. No hemos avanzado en el estudio serio de lo que son los intereses y derechos colectivos. Estos supondrían que hay un sujeto colectivo con capacidad y legitimación para defenderlos. No siempre es cualquier persona. Tendría que ser alguien miembro del colectivo al que beneficia el derecho o interés colectivo. Si cualquier persona puede ejercer la acción popular, deviene pronto en una acción utilizada de manera frívola y con el tiempo este mecanismo en vez de fortalecerse se verá debilitado. Bueno, esto es justamente lo que pasó con la Ley 472 hasta el punto que hubo necesidad de suprimir el incentivo que había establecido dicha ley. Su finalidad no es otra que obtener la protección de los derechos e intereses colectivos,



derechos e intereses que, insisto, no han sido debidamente estudiados por la jurisprudencia ni por la doctrina.

- **¿Qué pretensiones puede plantear el actor?**

Quien ejerza este medio de control podrá pedir la adopción de las medidas necesarias para evitar el daño contingente (preventiva) o la restitución de las cosas a su estado anterior (resarcitoria), cuando esto fuere posible, y en caso de que el daño ya se haya producido. Tradicionalmente es una acción preventiva, pero el uso más frecuente es el de interponerse para intentar corregir definitivamente los reales o imaginarios errores cometidos por las políticas de la administración pública.

- **¿Cuándo la vulneración de los derechos colectivos proviene de actos administrativos o contratos, es procedente interponer la demanda?**

El nuevo código plantea la posibilidad de ejercer este medio de control cuando la vulneración de los derechos e intereses colectivos proviene de la actividad de una entidad pública, inclusive cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato. Sin embargo, en estos casos, el juez no podrá anular el acto o el contrato, pero podrá hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos. Es decir, la anulación del acto sólo es factible en el escenario de las acciones propias de nulidad del acto administrativo. Empero, una orden de suspensión del acto o del contrato generalmente implica un juicio provisional sobre su legalidad. De este modo, la acción popular sí puede indirectamente convertirse en otro escenario para ventilar la legalidad de los actos y de los contratos estatales. Es decir, otro ejemplo de sobre oferta de acciones contra las decisiones de la Administración.

- **¿Qué requisito previo contempla el nuevo código para presentar la demanda?**

Otra de las novedades del nuevo código, que por cierto es muy acertada, es el requisito previo al ejercicio de este medio de control consistente en que el demandante deberá solicitar a la autoridad o particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias para proteger el derecho o interés colectivo amenazado o violado. Para el efecto, la entidad o el particular cuentan con 15 días siguientes a la presentación de la solicitud para corregir la situación anormal que amenaza o viola el derecho colectivo.

- **¿En qué caso puede prescindirse de la reclamación previa?**

Podrá omitirse la reclamación previa sólo en caso de que exista un inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.



1.11 Medio de control de reparación del daño causado a un grupo

Este medio de control se origina también en la Ley 472 de 1998: Acción de grupo.

- **¿Quién está facultado para interponer la demanda y con qué fin se ejerce?**

Toda persona perteneciente a un número plural o a un conjunto de personas que reúnan condiciones uniformes respecto de una misma causa que les originó perjuicios individuales.

Este medio de control, desarrollado en el artículo 145 del nuevo código, tiene por objeto obtener la declaratoria de responsabilidad y el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios causados al grupo, en los términos preceptuados en la norma especial que regula la materia.

- **¿Se puede ejercer este medio de control cuando el daño proviene de actos administrativos particulares?**

También podrá ejercerse este medio cuando el daño proviene de un acto administrativo de carácter particular; caso en el que el grupo deberá solicitar su nulidad y siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio. Se trataría de un acto de carácter particular grupal o colectivo en el sentido de que afecta a más de 20 sujetos identificados o identificables. No se podría ejercer contra actos de carácter general, impersonal o abstracto.

Otra acción más contra los actos administrativos.

1.12 Medio de control de cumplimiento

Este medio de control proviene de la Ley 393 de 1997 y su estructura se mantiene intacta.

- **¿Quién está facultado para interponer la pretensión de cumplimiento?**

Cualquier persona.

- **¿Se debe cumplir algún requisito especial?**

Sí. Se debe constituir en renuencia a la autoridad que se pretenda demandar.



- **¿Con qué fin se interpone este medio de control?**

Se interpone para hacer efectivo el cumplimiento de cualquier norma aplicable con fuerza material de ley o actos administrativos. Cuando implique ejecución de gastos públicos, generalmente la acción de cumplimiento no procede. O sea nunca.

1.13 Medio de control de nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción

El artículo 147 del nuevo código mantiene la acción de nulidad contra cartas de naturaleza consagrada en el actual código. Yo no he visto que se haya interpuesto nunca esta acción.

- **¿Quién está facultado para ejercer este medio de control?**

Puede ser interpuesto por cualquier persona. Debería darse esta acción al Estado, al ciudadano, pero no a cualquier persona.

- **¿Con qué fin se ejerce?**

Con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de las cartas de naturaleza y de las resoluciones de autorización de inscripción.

- **¿Dentro de qué oportunidad y por qué causales se ejerce este medio de control?**

Para el efecto, la demanda deberá interponerse dentro de los 10 años siguientes a su expedición y por las causales prescritas en los artículos 20 y 21 de la Ley 43 de 1993.

1.14 Medio de control por vía de excepción

Este medio de control es introducido expresamente por el artículo 148 del nuevo código, pero siempre ha existido en el modo de control por excepción tanto de la Constitución como de la Ley.

- **¿En qué consiste este medio de control?**

Consiste en aquella facultad que tienen los jueces que conocen procesos en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de inaplicar actos administrativos, de oficio



o a petición de parte, en los casos que se advierta que su aplicación vulnera la Constitución Política y la Ley. Se supone que opera primordialmente frente a actos generales, que son normas y que pudieran resultar inaplicables para solucionar el caso.

• **¿Qué significa que se inaplique el acto administrativo con efectos inter partes?**

Significa que la decisión de inaplicar el acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte. Sirve para anular actos particulares dictados con base en actos generales que se miran inconstitucionales o ilegales. Esto es, que previo a aceptar la nulidad de un acto particular o concreto, el juez declara para el caso inaplicable un acto administrativo regla o general, comúnmente, que es el sustento del acto particular, pero que se estima inconstitucional o ilegal.

2. Conclusiones

- El propósito del nuevo Código de lo Contencioso Administrativo, fuera de armonizar algunas instituciones del derecho administrativo con la Constitución Política de 1991, pretende la tan anhelada justicia pronta, cumplida y que garantice una tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos.
- La obra está inconclusa. Inicialmente la doctrina, luego la jurisprudencia y, finalmente, las contrarreformas, pretenderán mejorar el cuerpo normativo que estamos estrenando en la Ley 1437.
- En cuanto a los medios de control, estimo que no va a ser fácil cambiar ni el lenguaje, ni la cultura que gira alrededor de las tradicionales acciones de lo contencioso administrativo, en el sentido de que seguiremos entendiendo que la acción está determinada por la pretensión.
- El fin perseguido con el cambio de la acción contencioso administrativa a medio de control es eliminar la indebida acumulación de acciones y/o pretensiones. ¿Se logrará?
- El artículo 165 del nuevo código regula la acumulación de pretensiones así:



Pretensiones acumulables

- De nulidad
- De nulidad y reestablecimiento del derecho
- Las relativas a contratos y,
- De reparación directa

Requisitos para la acumulación

- Que las pretensiones sean conexas
- Que el juez sea competente para conocer de todas las pretensiones
- Que las pretensiones no se excluyan entre sí, a menos que se propongan como principales o subsidiarias.
- Que todas las deban tramitarse por el mismo procedimiento

- Como se vió, subsisten varios procedimientos según el medio de control ejercido; no todos los jueces conocen de todas las acciones; no siempre hay conexidad. Es decir, la acumulación plausible o posible de pretensiones es una ilusión.
- Ha debido dejarse intacto el nombre de las acciones como acciones.
- Hasta aquí cuento con siete maneras de atacar la validez de los actos administrativos. Se trataría, a mi juicio, de un sistema exuberante y confuso de someter a juicio la actividad jurídica de la Administración. Y eso sin contar que a través de la acción de reparación directa la jurisprudencia del Consejo de Estado también termina por examinar la validez de los actos administrativos. No parece que la ley aceptara fácilmente que en un régimen constitucional, los actos administrativos se reputan constitucionales y legales.



Oralidad y Proceso

Por: Rafael Enrique Ostau De Lafont Pianeta
Ex Presidente del Consejo de Estado
Miembro de la Comisión de Reforma

-Planteamiento

Al igual que todos los demás intervinientes en este importante evento y como miembro de la Comisión Redactora del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, adoptado mediante la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, celebros la notoria acogida que ha tenido la convocatoria pública formulada por el Consejo de Estado, con el apoyo de la Contraloría General de la República, la Auditoría General de la República y el Banco de la República, para adelantar esto que hemos denominado una primera etapa de difusión y explicación del contenido y alcance del texto legal mencionado, con la idea fundamental de darlo a conocer para propiciar el necesario análisis crítico que todo instrumento jurídico requiere dada su incorporación al mundo normativo, especialmente en materia tan trascendente como lo es la regulación y desarrollo de las actuaciones adelantadas ante la Administración Pública y ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En esta oportunidad se me ha asignado la honrosa tarea de conversar con tan selecto auditorio sobre el tema “ORALIDAD Y PROCESO” en la nueva legislación, aspecto que, como muchos otros, ocupó la detenida y seria atención de la Comisión en su configuración, discusión, conceptualización y proyección normativa, constituyendo finalmente una de las más determinantes transformaciones del régimen actual, mediante la cual se pasa de un Proceso sustancial y predominantemente escrito, a un Proceso por el sistema de Audiencias, en el que hace presencia el mecanismo de la Oralidad.

Como fundamento referente de la transición aludida, con la nueva regulación se pretende superar en lo posible la problemática que vino presentando el Proceso contemplado en el Código actual, que si bien comporta una estructura formal en etapas claramente definidas, en su aplicación generó una serie de prácticas tramitológicas en la relación Juez- Partes, que incidieron decididamente en forma negativa sobre el postulado de una pronta y efectiva dispensa de justicia, constitutivas, a su vez, de una de las causas determinantes de la congestión judicial.

Por lo tanto se consideró pertinente “Repensar” la estructura del Proceso en el régimen actual y verificar las distintas tendencias doctrinarias y de Derecho Comparado,



así como revisar las experiencias ya vividas en el país en otras jurisdicciones, a lo cual se sumó la decisión adoptada en la Ley 1285 de 2009, reformatoria de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, cuyo artículo primero dispuso lo siguiente:

*“ARTÍCULO 1o. **Modifíquese el artículo 4o. de la Ley 270 de 1996:***

Artículo 4o. Celeridad y Oralidad. <Incisos 1 y 2 CONDICIONALMENTE exigibles> La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.

Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. <Parágrafo CONDICIONALMENTE exigible> Autorízase al Gobierno Nacional para que durante los próximos cuatro años incluya en el presupuesto de rentas y gastos una partida equivalente hasta el 0.5% del Producto Interno Bruto de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gastos, para desarrollar gradualmente la oralidad en todos los procesos judiciales que determine la ley y para la ejecución de los planes de descongestión”.

Es decir, la Comisión acoge anticipadamente lo que posteriormente se convertiría en una política de Estado sobre el funcionamiento de la Administración de Justicia, la Oralidad, plasmada en el texto legal anteriormente transcrito, con un propósito consecuencial que seguramente habrá de abordarse en el futuro inmediato de nuestro país, cual es la “...procura de la unificación de los procedimientos judiciales y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos”.

Ahora, es pertinente tener presente que sin perjuicio de las distintas posiciones asumidas al interior de la Comisión, finalmente se determina acoger el mecanismo de la Oralidad sobre la base de que en manera alguna ella implica ausencia absoluta de actuaciones escritas, lo que realmente se tradujo en la concepción de un Proceso en el que impera un criterio mixto, tal como seguidamente pasa a explicarse, en el entendido de que al adoptar tal postura se buscaba racionalizar el actuar judicial y lograr una efectiva dispensa de justicia, orientación que consecuentemente habrá de contribuir a contrarrestar el alto grado de congestión que padece la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.



I.- Procesos.

1.- Proceso ordinario.

Regula el nuevo Código, sin expresarlo de esa manera, lo que podría denominarse el “Proceso Ordinario”, mediante el cual deben adelantarse y decidirse en primera y en única instancia todos los litigios respecto de los cuales dicha normativa u otras leyes no señalen un trámite o procedimiento especial (art. 179), el cual, como regla general, se estructura conforme al desarrollo de tres etapas, a saber:

“La primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial.

“La segunda, desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas, y

“La tercera, desde la terminación de la anterior, comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento y culmina con la notificación de la sentencia.

2.- Procesos especiales.

Aun cuando el ámbito de esta intervención solo contempla la alusión al “Proceso Ordinario”, anteriormente descrito, debe observarse que nuestro Ordenamiento Jurídico igualmente regula los que podrían denominarse “Procesos Especiales”, que también se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, tales como los de Pérdida de Investidura de Congresistas, Diputados, Concejales y Ediles; los relativos al ejercicio de las llamadas acciones constitucionales (Tutelas, Populares, de Grupo, y de Cumplimiento); y los relativos a las pretensiones de Nulidad por Inconstitucionalidad de Actos Administrativos, de Nulidad de los Actos Electorales, y al Control Inmediato de Legalidad sobre los Decretos Reglamentarios de los Decretos Legislativos atinentes a los Estados de Excepción, procesos reglados así mismo en el nuevo Código.

II.- Etapas del proceso ordinario.

1.-Primera etapa.

Tal como se expuso anteriormente, la primera etapa del que hemos denominado “Proceso Ordinario”, comprende la presentación de la Demanda hasta la culminación de lo que el nuevo Código establece como audiencia inicial.



A.- Demanda- traslado- contestación.

En este orden, la Demanda deberá presentarse ante la autoridad competente con el lleno de los requisitos que para tal efecto se exigen (art.162) y dentro de la oportunidad legalmente establecida (art.164) y una vez admitida se procederá a su notificación personal a la parte demandada, al Ministerio Público y a los Terceros que tengan interés directo en los resultados del Proceso y se les correrá traslado por el término de treinta (30) días, dentro del cual podrán contestar la demanda, proponer excepciones, solicitar pruebas, llamar en garantía, y, en su caso, presentar demanda de reconvencción (art. 172).

Dentro de los diez (10) días siguientes al inicio del término para el traslado, el demandante podrá adicionar, aclarar o modificar la Demanda, por una sola vez, bajo el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 173 del nuevo Código.

Es de observar que en esta regulación con la figura del traslado se sustituye el trámite de la “Fijación en Lista” del Proceso por diez (10) días que trae el Código actual para que las partes puedan adelantar las actuaciones relacionadas anteriormente y que en la práctica puede implicar demoras hasta de un año en ciertos casos, entre el momento de la notificación de la Demanda y la realización de dicha fijación. Por lo tanto, el traslado de la Demanda implica una evidente simplificación y agilización del Proceso, así como una expresión más garantista en cuanto a que las partes gozan de un mayor plazo para ejercer sus derechos dentro del mismo.

B.-Audiencia inicial: oportunidad.

Señala el artículo 180 del nuevo Código que el Juez o Magistrado Ponente, mediante auto que se notificará por Estado y no susceptible de recursos, deberá convocar a la Audiencia Inicial, señalando fecha y hora para tal efecto, la cual deberá realizarse dentro del mes siguiente al vencimiento del término de traslado de la demanda o del de su prórroga o del de la reconvencción o del de la contestación de las excepciones o del de la contestación de la demanda de reconvencción, según el caso.

C.-Intervinientes e inasistencia.

A la audiencia deberán asistir obligatoriamente los apoderados cuando estos se hayan constituido para efectos del Proceso, sin perjuicio de que su ausencia no impida la realización de la misma, a menos que formalmente se decrete su aplazamiento. Las partes, los terceros y el Ministerio Público podrán asistir si lo consideran pertinente.

Dispone la norma en comentario que la inasistencia a la audiencia sin una justa causa por parte de los apoderados, implicará la imposición de una multa individual de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes.



D.- Aplazamiento.

La audiencia solo podrá aplazarse cuando previamente a su realización el apoderado correspondiente sustente su inasistencia mediante prueba siquiera sumaria de una justa causa, caso en el cual de ser aceptada por el juez se procederá a fijar nueva fecha y hora para su celebración dentro de los diez (10) días siguientes, mediante auto contra el cual no procede recurso alguno, sin que sea procedente en ningún caso un nuevo aplazamiento.

Así mismo, el juez podrá admitir excusas de asistencia a la audiencia siempre que se presenten dentro de los tres (3) días siguientes a su realización y que se fundamenten en fuerza mayor o caso fortuito, en cuyo caso deberán resolverse dentro de los tres (3) días posteriores a su formulación mediante auto contra el cual procede el recurso de reposición y que de ser admitidas únicamente tendrán el efecto de exonerar al interesado de las consecuencias económicas adversas que se hubieran derivado de la inasistencia, es decir, de la multa que se le hubiere impuesto por el juez.

E.- Saneamiento.

Una vez instalada la audiencia en debida forma, el juez del conocimiento deberá entrar a resolver sobre los vicios que se hubieren presentado y que las partes le formulen, o los que él haya detectado de oficio, con el propósito de sanear el procedimiento y darle la continuidad correspondiente, bajo la consideración de que las eventuales nulidades que no se planteen en esta etapa no podrán formularse en las siguientes. No cabe duda de que la finalidad que se persigue con esta regla y tal como ella lo expresa, es la de “...evitar sentencias inhibitorias”.

F.- Definición de excepciones previas.

Otra de las innovaciones importantes en relación con el Proceso en el nuevo Código, es la relativa a la procedencia de las excepciones previas, incluidas las de carácter mixto, tales como las de cosa juzgada, caducidad, transacción, conciliación, falta de legitimación en la causa y prescripción extintiva, las que deberán resolverse en esta audiencia por parte del Juez o Magistrado Ponente de oficio o a petición de parte.

Cuando para adoptar la decisión correspondiente excepcionalmente se requiera la práctica de pruebas, la audiencia deberá suspenderse hasta por el término de diez (10) días con el fin de recaudarlas y si alguna de ellas prospera se dará por terminado el proceso, si a ello hubiere lugar, resolución que igualmente procederá cuando en la misma audiencia se constate el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Sobre la verificación de los requisitos de procedibilidad es de observar que como ellos se establecen como condiciones a cumplir previamente a la presentación de la



demanda (art. 161), su constatación debe realizarse primeramente al momento de decidirse sobre la admisión de ésta, pero igualmente es acertado el que dicha actuación también pueda adelantarse durante la Audiencia Inicial, o, inclusive, estando el Proceso para fallo, por cuanto un vicio de tal naturaleza constituye nulidad absoluta del mismo.

En todo caso, el auto mediante el cual se decida sobre las excepciones será apelable o suplicable, según se trate de procesos de primera o única instancia.

G.- Fijación del litigio

Resueltos todos los asuntos atinentes a las excepciones previas, si las hubo, sin que prosperase alguna de ellas que determinara la conclusión del Proceso, el juez del conocimiento procederá a indagar a las partes sobre los hechos en los que están de acuerdo, así como sobre los demás extremos de la Demanda y su contestación, y con base en las respuestas recibidas deberá fijar el objeto del litigio.

Este aspecto del Proceso resulta de la más absoluta importancia por cuanto delimita el marco de referencia dentro del cual las partes deberán adelantar sus actuaciones durante el desarrollo del procedimiento judicial, así como también le permitirá al juez ejercitar con rigor los poderes que le son propios en su condición de Director del Proceso para evitar intervenciones innecesarias y prácticas dilatorias o innecesarias que le impidan cumplir normalmente la misión que le corresponde.

H.- Posibilidad de conciliación.

Al respecto, se dispone que en cualquier fase de esta audiencia el juez puede convocar a las partes a conciliar sus diferencias, evento en el cual le es permitido proponer fórmulas de arreglo, sin que ello implique prejuzgamiento.

Creemos que se trata de una regla sana que conviene a la definición de la controversia y que genera en el juez un mayor grado de seguridad en la gestión que le corresponde en su misión de dispensar justicia, pero que necesariamente debe ir acompañada por una efectiva concientización de las partes acerca de la importancia de encontrar mecanismos concurrentes a la definición del litigio en forma anticipada.

De todas maneras, sin perjuicio de lo aquí señalado, no cabe duda de que al tenor de lo establecido en la Ley 640 de 2001, en cualquier estado del Proceso las partes de común acuerdo podrán solicitarle al juez ser escuchadas en propuestas de conciliación.



I.- Medidas cautelares.

Esta es otra de las innovaciones trascendentes que aporta el nuevo Código en su carácter garantista y protectorio de los intereses públicos y de los derechos de los asociados, que implica una amplificación de los poderes del juez en la conducción del Proceso, y cuyo desarrollo se establece a partir de los artículos 229 y siguientes, norma esta que dispone lo siguiente:

“Procedencia de las medidas cautelares. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, 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 presente capítulo.

“La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento”.

Pues bien, de conformidad con lo señalado en el numeral 9º del citado artículo 180 del nuevo Código, en la audiencia inicial el juez deberá pronunciarse sobre la petición de medidas cautelares, pero bien puede hacerlo desde antes de la notificación del auto admisorio de la Demanda y en cualquier estado del Proceso, inclusive encontrándose para fallo de primera o segunda instancia, siempre que se cumplan las condiciones exigidas para tal efecto.

Resulta pertinente y apropiada la expresión de la norma transcrita en el sentido de que la decisión sobre las medidas cautelares no implica prejuzgamiento, por cuanto debe presumirse que la actuación del juez en tal sentido se acompaña de los propósitos protectivos aludidos anteriormente.

J.- Decreto de pruebas.

Con fundamento en la responsabilidad que le incumbe a las partes en el sentido de asumir las cargas probatorias que les corresponde, según lo dispone el artículo 103 del nuevo Código, el numeral 10 del artículo 180 del mismo texto señala que solo se decretarán las pruebas pedidas por aquellas 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.

Lo anteriormente expuesto significa que, aunque obviamente se mantiene el principio de la libertad probatoria a voces del artículo 211 del nuevo Código, las partes y los terceros tienen el deber de concurrir al Proceso aportando las pruebas requeridas para demostrar los supuestos planteados en la controversia y el juez solo podrá decre-



tar aquellas pedidas sobre hechos con respecto a los cuales existan diferencias y sean necesarias para adoptar la decisión que corresponda, lo que igualmente podrá hacer de oficio.

K.- Conclusión de la audiencia o del proceso.

En todos aquellos casos en los que, conforme al aparte precedente, el juez considere necesario decretar pruebas adicionales a las aportadas por las partes y los terceros, así lo hará al concluir la audiencia inicial, y deberá proceder a fijar fecha y hora para la realización de la llamada audiencia de pruebas, la cual se llevará a cabo dentro de los cuarenta (40) días siguientes al de la culminación de aquella.

Sin embargo, en este momento de la actuación se puede presentar una situación diferente que puede posibilitar la adopción de una decisión de fondo y la terminación del proceso, a la que se refiere el último inciso del artículo 179 del nuevo Código, el que por su importancia se transcribe:

“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”.

De conformidad con la citada regla, pueden presentarse casos, como efectivamente ocurre, en los cuales no sea necesario decretar la práctica de pruebas por diversas razones, como por ejemplo, por cuanto al demandarse en pretensión de Nulidad un Acto Administrativo General solo se invoque como causal la falta de competencia de quien lo expidió y la Entidad demandada únicamente sustente su contestación explicando los alcances de las normas superiores que tuvo en cuenta para adoptar la decisión correspondiente, evento en el cual el debate se plantea en lo que la regla denomina “puro derecho”; o, casos en los cuales las partes no soliciten pruebas adicionales a las aportadas y el juez considere no decretar otras de oficio; o, en los que el juez determine correctamente denegar las solicitadas por cuanto con las existentes puede resolver el litigio.

En todos estos casos y otros que se puedan presentar en el mismo sentido, la norma determina que el juez debe “prescindir de la segunda etapa” (en verdad, es de las dos etapas siguientes), y proceder a escuchar a las partes en alegatos de conclusión para seguidamente dictar la sentencia en la Audiencia Inicial.

Como se observa la ley adopta un mecanismo flexible en cuanto a la dinámica del Proceso y le otorga al juez un poder de manejo del mismo, de acuerdo con la situación que se presente, para establecer si el debate se adelanta agotando la realización de las tres audiencias formalmente establecidas, o si ellas se subsumen en la Audiencia Ini-



cial, con lo cual muchas controversias podrán resolverse en un término razonadamente oportuno, superando las extremas demoras que el sistema imperante propicia.

2.- Segunda etapa.

Tal como se expreso antes, esta segunda etapa denominada Audiencia de Pruebas procede cuando al finalizar la anterior el juez decreta, a petición de parte o de oficio, la práctica de las que considere pertinentes y útiles para la toma de la decisión.

A.- Intervinientes.

Debe entenderse que los apoderados de las partes están obligados a hacerse presentes en esta etapa y que lo relativo a su asistencia se regula de la misma manera que para la audiencia inicial y a ello nos remitimos.

B.- Desarrollo y suspensión.

En este sentido, señala el artículo 181 del nuevo Código que en la fecha y hora señaladas para el efecto y con la dirección del Juez o Magistrado Ponente se recaudarán todas las pruebas oportunamente solicitadas y decretadas.

Agrega la norma que las pruebas se practicarán en la misma audiencia, con lo que se persigue darle aplicación al postulado de la concentración de la prueba, y que dicha audiencia se realizará sin interrupción durante los días consecutivos que sean necesarios, sin que en ello se pueda exceder de quince (15) días, lo cual en la práctica seguramente denotará la precariedad del término y la necesidad de interpretarlo dentro de las posibilidades reales de cada actuación.

Por ello se explica el que igualmente se haya contemplado la posibilidad de que excepcionalmente la audiencia se pueda suspender por las siguientes causas:

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

“2. A criterio del juez y cuando atendiendo la complejidad [de la prueba o de su práctica] lo considere necesario”.

Aun cuando no se establece expresamente, es de entender que al adoptarse la decisión de suspender la audiencia por las causas expuestas, igualmente se debe determinar el tiempo de la suspensión y el momento de la reanudación de la actuación.



C.- Conclusión.

Concluido el debate probatorio y al momento de finalizar la audiencia respectiva, el juez deberá señalar fecha y hora para la realización de la Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento, la cual se efectuará al cabo de un término no mayor a veinte (20) días, siguientes a aquel en que dicha finalización se haya producido.

No obstante, aquí aparece nuevamente el criterio flexible acogido por el Legislador en cuanto al trámite del Proceso, por cuanto igualmente le confiere al juez del conocimiento el poder discrecional de considerar innecesaria la realización de la tercera audiencia, caso en el cual le ordenará a las partes la presentación de los alegatos por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la terminación de la Audiencia de Pruebas. En este mismo término el Ministerio Público podrá emitir su concepto sobre el litigio, si así lo considera pertinente.

Finalizada la Audiencia de Pruebas y suprimida la siguiente audiencia, una vez vencido el término referido anteriormente para presentar los alegatos de conclusión el juez deberá proceder a dictar sentencia en el término de veinte (20) días siguientes a dicho vencimiento.

3.- Tercera etapa.

De acuerdo con lo ya analizado sobre el particular, esta etapa denominada Audiencia de Alegaciones y Juzgamiento, solo se adelantará cuando el juez del conocimiento la considere necesaria para tener mejores elementos de juicio en orden a adoptar la decisión que corresponda.

A.- Intervinientes.

Nos remitimos a lo expresado para las etapas anteriores.

B.- Desarrollo.

Dispone el artículo 182 del nuevo Código que la audiencia a la que se refiere esta etapa, deberá realizarse ante el Juez, Sala, Sección o Subsección que corresponda de acuerdo con la distribución de competencias legalmente establecida, y, en el caso de los Cuerpos Colegiados, con la asistencia de la mayoría requerida para adoptar la decisión (art. 183).

Instalada la audiencia por parte del Juez o Magistrado Ponente, según el caso, se procederá a escuchar los alegatos de conclusión y para tal efecto se concederá la palabra hasta por veinte (20) minutos, en primer lugar 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.

Concluidas estas intervenciones, el conductor de la audiencia concederá la palabra al representante del Ministerio Público quien hará uso de ella si así lo considera y finalizada esta participación o en defecto de ella, el juez del conocimiento podrá formular interrogantes sobre lo planteado en los alegatos.

C.- Conclusión.

Al terminar las respuestas a los interrogantes formulados, si los hubiere, 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 a la terminación de aquella.

Informar sobre el sentido de la sentencia es determinar si prosperan o no las pretensiones formuladas, lo cual excluye la exposición de la parte motiva de la decisión, la que a su vez obviamente quedará incorporada al texto escrito de la providencia.

No obstante, establece el numeral 3º del citado artículo 182 que cuando no fuere posible indicar el sentido de la sentencia el juez del conocimiento dejará constancia de las razones que se lo impiden, y la misma se proferirá por escrito dentro de los treinta (30) días siguientes a la finalización de la audiencia.

Se reafirma en esta actuación el carácter mixto, oral y escrito, que se le otorga al Proceso en el nuevo Código, con lo cual se puede orientar de mejor manera la programación, desarrollo y finalización de las actuaciones judiciales, flexibilización metodológica que nos coloca en un punto intermedio con respecto a ciertos sistemas en los que al juez se le concede la facultad de determinar, a su arbitrio, si el Proceso es oral o escrito, desde su inicio hasta su finalización.

4.- Actas y registro de las audiencias y diligencias.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 183 del nuevo Código las audiencias y diligencias serán presididas por el Juez o Magistrado Ponente y, en este último caso, a ellas podrán asistir los demás integrantes de la Sala. Sección o Subsección, sin perjuicio de lo ya expuesto sobre la asistencia de la mayoría requerida para decidir en la primera o tercera audiencia, según lo que para cada una de ellas se expresó en los apartes correspondientes.

No sobra agregar que, cuando la sentencia se vaya a proferir por escrito de conformidad con lo que al respecto se establece sobre el particular, en los Procesos adelanta-



dos en los Tribunales Administrativos y en el Consejo de Estado, para la adopción de la decisión igualmente se requerirá la mayoría legalmente exigida para ello.

Ahora de las audiencias y de las diligencias deberá llevarse un registro para el cual se tendrán en cuenta las siguientes reglas, a voces del citado artículo 183:

“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, e interpretes y demás auxiliares de la justicia, así como la referencia de los documentos leídos y de los otros elementos probatorios 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 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.

“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”.



III- Actuaciones a través de medios electrónicos.

En virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 1º de la Ley 1285 de 2009, la instauración del mecanismo de la oralidad comporta así mismo el aprovechamiento de los avances tecnológicos para adelantar las actuaciones judiciales, aspecto que constituye otro de los componentes transformadores y modernizadores de la estructura y funcionamiento de la Rama Judicial y en este caso de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Dado que desde el comienzo de sus actividades la Comisión Redactora del Código, a más de la oralidad, estuvo orientada hacia la consideración de los medios electrónicos y su utilización no solo para efectos administrativos sino, además, para actuaciones judiciales, se explica lo preceptuado por el artículo 186 de la nueva codificación, en cuyo inciso primero se determina 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 su 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.

Aunque inicialmente se consideró que la implementación y aplicación de los medios electrónicos en la actuación judicial debía operar desde la puesta en vigencia del Código el 2 de julio de 2012, igualmente se tuvo en cuenta que la magnitud y complejidad del tema, así como sus repercusiones en el funcionamiento de la Jurisdicción, ameritaban la adopción de una estrategia metodológica que permitiera en un tiempo prudente garantizar la implementación de los sistemas requeridos y la capacitación de los servidores de la justicia contenciosa, para poner en marcha el denominado “Expediente Judicial Electrónico”, sin perjuicio de admitir desde la vigencia citada ciertas actuaciones electrónicas, como por ejemplo, las notificaciones de las providencias, tal como se explicará más adelante.

La necesidad de la implementación planificada a que se hace referencia, se recoge en el Parágrafo del mencionado artículo 186, el cual reza lo siguiente:

“La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adoptará las medidas necesarias para que en un plazo no mayor de cinco (5) años, contados a partir de la vigencia del presente Código, sea implementado con todas las condiciones técnicas necesarias el expediente judicial electrónico, que consistirá en un conjunto de documentos electrónicos correspondientes a las actuaciones judiciales que puedan adelantarse en forma escrita dentro de un proceso”.



IV.- Contenido de la sentencia.

Anteriormente se explicó que el sentido de la sentencia se puede informar a los sujetos procesales en forma oral, sin perjuicio de que posteriormente se incorpore la decisión por escrito, o, en la imposibilidad de aquella opción, de todas maneras será necesario proferir la providencia en texto documentado.

Sobre esa base se impone un criterio fundamental sobre el contenido de la sentencia y es el de que ella siempre deberá ser motivada, tal como lo exige expresamente el artículo 187 del nuevo Código, norma que además enuncia los componentes básicos de la motivación cuando dispone que *“En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen”*.

En la parte de la regla que se reproduce se observa con total claridad la intención del legislador en el sentido de invocar la brevedad y la concreción en la exposición, de tal manera que los destinatarios de las sentencias, y en general de las providencias judiciales, identifiquen sin dificultad la conceptualización fundamentadora de las decisiones adoptadas por el juez del conocimiento, lo que a su vez habrá de facilitar el ejercicio del Derecho de Defensa.

El propósito auto crítico en la Comisión fue el de superar las dificultades y problemas que de ordinario presentan fallos de una gran extensión injustificada, en los que, en la mayoría de los casos, es más notoria la presencia de las citas Doctrinarias y Jurisprudenciales que la posición del fallador, lo que eventualmente podría sin certeza implicar una medición de sapiencia jurídica, pero que realmente termina afectando la tan requerida pronta y efectiva administración de justicia.

Ahora bien, constatada la inexistencia de vicios constitutivos de nulidades procesales que impidieran la adopción de una decisión de fondo, se resolverá sobre las excepciones propuestas, así como sobre cualquier otra que el fallador encuentre probada, independientemente de que el inferior haya omitido pronunciarse con respecto a ellas, sin perjuicio de garantizar la *no reformatio in pejus*.

De igual manera se mantiene en este Código una atribución muy importante que ya ostentaba el juez contencioso, en el sentido de que *“Para restablecer el derecho particular..., podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas”*. En verdad hubiese sido más claro y lógico hablar de reemplazar, modificar o reformar las disposiciones “anuladas” y no de disposiciones “acusadas” por cuanto en la pretensión de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, este último solo es legalmente posible en el evento en que los actos acusados sean declarados nulos. En todo caso, ese es el sentido que en la práctica se le ha dado a la norma del Código vigente (Decreto No. 01 de 1984, art. 170).



También se dispone que cuando en la sentencia se condene al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, las sumas correspondientes se ajustarán tomando como base el índice de Precios al Consumidor.

Por otra parte, en aquellas sentencias en las que se ordene reparar el daño por ocupación de inmueble ajeno se deducirá del total de la indemnización la suma que las partes hayan calculado como valorización por el trabajo realizado, a menos que ya hubiera sido pagada la mencionada contribución. Y si la ocupación es permanente y se ordena el pago de lo que valga la parte ocupada del inmueble ajeno, la sentencia protocolizada y registrada obrará como título traslativo de dominio, tal como lo dispone el artículo 190 del nuevo Código.

A su vez, cuando en la sentencia se impongan condenas económicas cuya cuantía no hubiere sido posible establecer durante el Proceso, dichas condenas se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se realizará la liquidación incidental, en los términos del nuevo Código (arts. 193 y 209) y del Código de Procedimiento Civil, con lo cual también se mantiene la figura de las denominadas “Condenas en Abstracto”, que ya venía rigiendo.

Finalmente, en lo que concierne a la condena en costas, con exclusión de los procesos en que se ventile un interés público, en los demás casos la sentencia resolverá sobre el particular siguiendo para ello en materia de liquidación y ejecución las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, conforme a la remisión que en tal sentido hace el artículo 188 del nuevo Código.

V.- Notificación de las sentencias.

Se dispone como regla general y como otra de las importantes innovaciones del nuevo Código (art.197), el que las entidades Públicas de todos los niveles, las privadas que cumplan funciones públicas y el Ministerio Público cuyos representantes actúen ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales, con lo cual la racionalización del trabajo y la agilización de tales actuaciones tendrán una positiva repercusión en los índices de calidad de la gestión contenciosa.

Correlativamente, el artículo 203 del nuevo Código establece dos formas de notificación de las sentencias. Una, por medios electrónicos y la otra por Edicto, en el entendido de que la modalidad electrónica equivale a una notificación personal, según lo señalado por el segundo inciso del citado artículo 197: *“Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico”*.



En cuanto a la primera modalidad, determina la norma que *“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”*.

Igualmente la norma prevé la posibilidad de que no se pueda efectuar la notificación electrónica, o de que el destinatario de la decisión no deba ser notificado por ese medio porque no está obligado legalmente a tenerlo, eventos en los cuales procede la segunda modalidad en los siguientes términos: *“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”*, norma esta que en lo concerniente a la notificación por Edicto establece que:

“ARTÍCULO 323. *Notificación de sentencias por edicto. 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:*

- 1. La palabra edicto en su parte superior.*
- 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.*

El edicto se fijará en lugar visible de la secretaría por tres días, y en él anotará el secretario las fechas y horas de su fijación y desfijación. El original se agregará al expediente y una copia se conservará en el archivo en orden riguroso de fechas.

La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.”

Notificada la sentencia se completa el cuadro explicativo sobre la estructura del Proceso que por regla general debe surtirse ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, para resolver los litigios que legalmente deban ser sometidos a su conocimiento.



Medidas Cautelares

Por: *Mauricio Fajardo Gómez*
Presidente del Consejo de Estado

Sin el menor asomo de duda, es posible afirmar que la consagración del novedoso régimen de medidas cautelares para los procesos contencioso administrativos constituye una de las principales y más impactantes transformaciones que introduce la Ley 1437 de 2001 a la regulación de los juicios declarativos que se surten ante este ramo de la Jurisdicción.

Ello en consideración a que se produce el tránsito desde una normatividad -la actualmente vigente contenida en el Decreto 01 de 1984 con sus ulteriores modificaciones- en la cual la suspensión provisional de los actos administrativos constituye la única cautela que normativamente podría abrirse paso en algunos de los procesos ordinarios adelantados por el juez administrativo -sólo en los orientados al control de la legalidad del acto administrativo y, como la doctrina lo ha indicado, con tanta dificultad, que prácticamente se trata de un instituto cuya eficacia se circunscribe a la de ejemplo en las conferencias académicas o en las aulas de clase¹- hacia un conjunto normativo que amplía el conjunto de herramientas precautelativas a disposición del juez con miras a garantizar la efectividad de sus sentencias y además extiende la aplicabilidad de aquéllas a todas las modalidades de actuación de las autoridades pasibles de fiscalización en punto de su juridicidad por parte de la Jurisdicción especializada, esto es tanto los actos, como los hechos, las omisiones y las operaciones administrativas o aquellos de los contratos en los cuales interviene la Administración, enjuiciables ante el contencioso administrativo.

La actualización que en relación con este asunto se produce en el derecho administrativo colombiano con la expedición de la Ley 1437 de 2011 marcha por la senda de la evolución que imponen tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como la propia Constitución Política de 1991, la jurisprudencia y la doctrina de naciones con significativa influencia en la cultura jurídica colombiana -algunos ejemplos de lo cual, sin ánimo de exhaustividad, por supuesto, se referirán a continuación-, en la medida en que todos a una propenden por el reconocimiento y garantía de una efectiva

- **1** En este sentido, se ha afirmado que “los límites se han estrechado a tal punto que la suspensión provisional, en la práctica, resulta algo así como una institución en vía de extinción”, de lo cual da cuenta la circunstancia consistente, por vía de ejemplo, en que “[N]uestro Consejo de Estado ha restringido y desestimulado tanto la suspensión provisional que, por ejemplo, en la Sección Primera en los ocho primeros meses del año 2003, de las 247 demandas admitidas, en 79 casos negó la solicitud de suspensión solicitada y sólo la concedió en 1 caso”. Cfr. GONZÁLEZ REY, Sergio, “Conversación virtual con un hurón sobre el control judicial del acto administrativo en Colombia” en *IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 724-728.



tutela o amparo judicial de los derechos de los ciudadanos, derechos que han de ser sustancialmente protegidos mediante el eficaz acceso a una Administración de Justicia que debe contar con los instrumentos necesarios y suficientes para hacer realidad el ilustrativo y lleno de tino postulado enunciado por el Tribunal de Luxemburgo en el sentido de que *“la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”*².

La aludida corriente encaminada a incluir como elemento integrante del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia -o, en otros términos, del derecho a una tutela o a un amparo judicial efectivo- el derecho a una *protección cautelar eficaz* para garantizar el apropiado cumplimiento, así como la utilidad práctica y real de las decisiones judiciales definitivas, ha conducido, como lo recoge el plexo normativo contenido entre los artículos 229 a 241 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -en adelante, CPA y CCA-, a que ahora el juez no solamente tendrá a su alcance ordenar la clásica cautela *negativa* consistente en la suspensión provisional del acto administrativo, sino que igualmente cuenta a su haber con un vasto elenco de medidas cautelares positivas -preventivas, conservativas o anticipativas- que comprende todas *“las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*, en los términos del inciso primero *in fine* del artículo 229 CPA y CCA.

A continuación, entonces, se dará cuenta, en primer término, de los principales rasgos identificativos de las modernas tendencias en el derecho público en general y en el derecho administrativo, en particular, en cuanto tiene que ver con el tratamiento de la protección cautelar de derechos e intereses legítimos de las personas por parte de las autoridades jurisdiccionales para, en segundo lugar, registrar la manera como dichas tendencias han impactado en el capítulo XI de la Parte Segunda del CPA y CCA, a través de un somero examen a los pilares basilares sobre los cuales descansa la arquitectura del nuevo régimen de medidas cautelares que será aplicable a partir del 2 de julio de 2012, a los procesos declarativos que se surtan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en Colombia.



1. Tendencias actuales en materia de regulación y aplicación de las medidas cautelares en los procesos judiciales, concretamente en los adelantados ante la Jurisdicción encargada de enjuiciar a las Administraciones Públicas.

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos cuenta con prístina y reiterada consagración el llamado derecho a una tutela o protección judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de las personas, prerrogativa de estirpe iusfundamental elevada a la categoría de tal en buena parte de las Constituciones Políticas de los Estados occidentales contemporáneos cuyo contenido, en el caso del ordenamiento jurídico colombiano, se ha equiparado con el denominado derecho de acceso a la Administración de Justicia, recogido en el artículo 229 superior.

Sin embargo, como punto de inicio y en cuanto hace al derecho internacional, el mencionado derecho a una protección judicial efectiva goza de expresa consagración en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclamada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 -artículo 8³ -, así como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 19 de diciembre de 1966 -artículo 2.3⁴-, por cuanto respecta al sistema universal de derechos humanos; en lo atinente al ámbito europeo, se ocupa de su consagración el artículo 6 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950⁵ y en lo tocante con el sistema interamericano, la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, también lo re-

- **3** El artículo 8 de la citada Resolución la Asamblea General de la ONU 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948, preceptúa lo siguiente: *“Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley”*.

4 Precepto que textualmente establece lo siguiente: *“3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que:*

a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales;

b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial;

c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

5 El artículo 6 en mención es del siguiente tenor literal: *“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativamente, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley ...”*.



coge en su artículo 8-1⁶. Prácticamente todos los instrumentos normativos en mención se hallan incorporados, con carácter prevalente, además, en el orden jurídico interno colombiano, por virtud de lo normado en el artículo 93 constitucional.

Pues bien, existe en la actualidad cierto consenso en el sentido de que la efectividad de la tutela judicial o del acceso a la Administración de Justicia no es real sin la adecuada implementación y operatividad de un conjunto de medidas cautelares que asegure el cumplimiento de la sentencia, así como la evitación de perjuicios irreparables para quien desde el inicio del litigio tenía toda la apariencia de estar asistido por la razón jurídica, pero debía aguardar a las resultas del juicio con el fin de obtener la materialización de su derecho; en ese sentido, el profesor Luciano Parejo Alfonso ha sostenido que la efectividad de la tutela judicial depende del nivel de eficacia del sistema de control jurisdiccional de la Administración y que *“esa eficacia está condicionada, a su vez, por la regulación misma del cauce procesal a través del que se produce, por las posibilidades de conservación del derecho situación jurídica litigiosa mientras penda el proceso y, finalmente, por los poderes del juez en orden a la ejecución del fallo”*⁷.

Lo anterior se hace más evidente aún si se toma en consideración que el denominado privilegio de autotutela del cual se encuentra investida la Administración Pública para declarar y ejecutar unilateralmente el derecho en los casos concretos -el cual se traduce en el carácter ejecutorio que acompaña a los actos administrativos una vez adquieren firmeza-, la lamentablemente excesiva duración de los procesos y, en ocasiones, la naturaleza de los derechos que sirven de fundamento a la pretensión, en no pocas ocasiones constituyen circunstancias que acaban por determinar la ineficacia de la sentencia, pues *“[C]uando ésta se dicte, aunque funcionen perfectamente los mecanismos de ejecución, no tendrán sentido los pronunciamientos que en ella se contengan. No se habrá hecho justicia. El que haya acudido a los tribunales, no habrá obtenido la satisfacción de sus pretensiones. En una palabra, la tutela jurisdiccional no habrá sido efectiva”*⁸.

Aciertan plenamente, entonces, quienes señalan que las medidas cautelares permiten y aseguran que los ciudadanos mantengan la confianza en la Administración de Justicia gracias a que cuando se profiera la sentencia, la misma podrá tener aún vigencia real y generar una sensación de justicia entre sus destinatarios; las medidas cautelares no son otra cosa que garantías puestas en manos de los ciudadanos y que

• **6** Reza el texto normativo en cuestión, lo siguiente: *“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”*.

7 PAREJO ALFONSO, Luciano, Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa, Civitas, Madrid, 1983, p. 284.

8 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, El derecho a la tutela jurisdiccional, Civitas, Madrid, 1984, p. 140.



han de ser operadas por los jueces, con el propósito de que aquéllos no vean burlados sus derechos o intereses después de dispendiosos procesos en los cuales, si bien se accede a sus pretensiones, no se consigue la auténtica realización del derecho sustancial reclamado. Así pues, las medidas cautelares buscan garantizar que el objeto litigioso permanecerá inalterado a lo largo de toda la pendency del proceso para que la sentencia pueda proyectar sus efectos sobre la misma realidad existente al momento de la iniciación del pleito, pues basta con pensar en sencillos y en no poco frecuentes ejemplos de casos que generan frustración y alejamiento del postulado constitucional que propende por la vigencia de un orden justo: la sentencia que reconoce el derecho a percibir una pensión para cuyo otorgamiento aparecía evidente, desde el principio del debate judicial, que se reunían los requisitos legales, pero que se profiere cuando el peticionario ha fallecido ya o el fallo que reconoce la condición de inmueble de conservación arquitectónica por su interés histórico, artístico o cultural, a un inmueble que ya ha sido demolido. Las medidas cautelares apuntan, por consiguiente, a obtener un equilibrio entre hacer las cosas pronto y hacer las cosas bien⁹.

Lo incuestionable de la necesidad de consagrar en el ordenamiento jurídico y, fundamentalmente, de aplicar sin titubeos a los casos concretos en los cuales resulte menester, un conjunto de medidas cautelares idóneas para alcanzar los propósitos antes enunciados, no ha sido óbice para que durante largo tiempo la considerada medida provisional por antonomasia de suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, se aplicara de una forma tan restrictiva y excepcional como consecuencia de la comprensión del carácter ejecutorio de las decisiones de la Administración como un rasgo esencial del Derecho Administrativo, que se la calificó como *"rara avis, rarísimamente presente en un proceso contencioso-administrativo, cifra misma de la pretendida discrecionalidad absoluta de los Tribunales de la jurisdicción, excepción flagrante a lo que se ha estimado ser el principio básico del derecho administrativo, la ejecutoriedad de las decisiones administrativas y por ello de administración"*¹⁰.

La práctica imposibilidad de pensar en la aplicación de medidas distintas de la suspensión provisional, de un lado y, de otro, la extrema dificultad para conseguir la eficacia puesta en marcha de ésta fueron las notas distintivas, entonces, de la operatividad del régimen de medidas cautelares no sólo en Colombia -como antes se anotó- sino

• **9** CAMPO CABAL, Juan Manuel, *Perspectivas de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo*, Universidad Externado de Colombia-Universidad Europea de Madrid, Bogotá, 1997, pp. 18-19.

10 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario Europeo y proceso contencioso administrativo español*, 2ª. edición ampliada, Civitas, Madrid, 1995, p. 310.



también en otras latitudes¹¹. De ahí que la doctrina insistiese en la necesidad de tomar conciencia de las limitaciones de la suspensión provisional como único dispositivo cautelar, si se pretendía la obtención de un más amplio amparo provisorio de los derechos e intereses litigiosos, por ejemplo, tratándose de los afectados por actos administrativos denegatorios, de suerte que se subrayó la necesidad de *“complementar la suspensión con otras técnicas capaces de desplegar idéntico efecto preservador del bien jurídico litigioso entretanto recae decisión judicial definitiva sobre el mismo en los extensos e importantes ámbitos no cubiertos por aquella suspensión”*¹².

Se reclamó, entonces, un cambio en la tendencia jurisprudencial antes descrita, la cual negaba viabilidad a medidas cautelares positivas que permitieran imponer a la Administración, con carácter provisional, conductas determinadas -activas u omisivas, como la expedición provisional de actos favorables, la realización de actividades materiales de prestación o la cesación inmediata de actuaciones materiales restrictivas o afectantes de derechos- mientras se produce la sustanciación del proceso, particularmente en aquellos casos en los cuales las pretensiones de los demandantes tienen un importante contenido prestacional por enderezarse contra actos administrativos -expresos o presuntos- denegatorios, contra la inactividad material o contra las vías de hecho de la Administración, supuestos en los cuales el entendimiento generalizado consistía en considerar que si el juez llegare a emitir un pronunciamiento distinto y contradictorio del acto, de la actividad o de la omisión reprochadas, estaría desbordando claramente la órbita competencial de la Jurisdicción.

El giro reclamado comienza a evidenciarse en el entorno europeo, tanto a nivel Comunitario como en el orden nacional en aquellos Estados con una tradición jurídica

● **11** Así lo denuncia, para el caso español, no sólo el profesor García Enterría -antes citado- sino la práctica totalidad de la doctrina, de lo cual da completa y cumplida cuenta, por vía de ejemplo, Mariano Bacigalupo, quien con apoyo en un vasto análisis tanto jurisprudencial como doctrinal, describe de forma concisa las que constituyeron principales características de las decisiones del Tribunal Supremo español en materia de medidas cautelares hasta principios de la última década del siglo XX: *“a. La consideración de aquella[s] como una excepción al principio general de la ejecutividad inmediata de los actos y disposiciones de la Administración (de donde resulta, a su vez, el carácter excepcional, por no decir remoto y extremo, de su otorgamiento) (...); b) la tendencia -si bien corregida con el tiempo (...)- a excluir la suspensión cautelar de la ejecución inmediata del acto o disposición objeto del recurso en aquellos casos en que los daños o perjuicios que ésta podía ocasionar eran valorables y, por ende, reparables económicamente; c) la interpretación restrictiva de la posibilidad de suspensión fundada en la (aparente) nulidad de pleno derecho del acto o disposición impugnados; d) la improcedencia de la suspensión de actos denegatorios y, en fin, e) e íntimamente relacionado con lo anterior, la inadmisibilidad de medidas cautelares distintas de la suspensión de la ejecución del acto o disposición objeto del recurso, es decir, de medidas cautelares positivas”*. Cfr. BACIGALUPO SAGESSE, Mariano, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo. Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la Ley 29/1998*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 15-16.

12 Cfr. PAREJO ALFONSO, Luciano, *Estado social y Administración Pública...*, cit., p. 295; en el mismo sentido, GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares...*, cit., pp. 13 y ss.



más significativa para Colombia, a principios de los años 90 del siglo pasado, momento en el cual constituyó trascendental punto de inflexión un célebre auto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas -TJCE- de 19 de junio de 1990 -*asunto Factortame*¹³- en el cual, previa la determinante intervención del “procurador” -“abogado general”- Tesouro, de nacionalidad italiana -dato éste en absoluto nimio, pues es en Italia en donde probablemente más temprano se produce en Europa occidental, en términos cronológicos, el establecimiento de una inescindible conexión entre la necesaria aplicación de medidas cautelares y la adecuada protección del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva¹⁴-, se ordena al Gobierno inglés la adopción de una medida cautelar suspensiva dentro de un proceso judicial que cursaba ante los tribunales británicos.

El fundamento normativo del amparo cautelar en la Jurisdicción comunitaria europea se encuentra en los artículos 185 y 186 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea -Roma, 1957, aunque dichos preceptos se corresponden con los artículos 242 y 243 en la nueva numeración realizada en el Tratado de Amsterdam, de 1997-, preceptos en virtud de los cuales “[L]os recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado” y “El Tribunal de Justicia podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo”, respectivamente. Tales disposiciones, en criterio del TCJE, facultan al juez comunitario para evitar que durante el proceso, esto es con antelación a que

- **13** La breve referencia que en el presente escrito se realiza a las líneas jurisprudenciales que en esta materia han sido construidas tanto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como por el Tribunal Supremo español, se sirve como fuentes de los prolijos estudios realizados en esta materia por los profesores Eduardo García de Enterría -La batalla por las medidas cautelares..., cit., pp. 37 y ss.-, Juan Manuel Campo Cabal -Perspectivas de las medidas cautelares..., cit., pp. 89 y ss.- y Mariano Bacigalupo -La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo, cit., pp. 59 y ss.-.

14 Es la Corte Constitucional italiana la que, mediante sentencia número 190 de 26 de junio de 1985, más tempranamente consagra el status constitucional de la protección cautelar en los procesos ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo. En dicho fallo el Tribunal Constitucional italiano declara inconstitucional la limitación de las medidas cautelares a la sola suspensión de los actos administrativos demandados y, con base en el principio de igualdad radicado en cabeza de los usuarios de la Administración de Justicia, determina que el juez administrativo se encuentra autorizado para adoptar exactamente las mismas medidas cautelares que pueden ser acordadas por los jueces civiles, de conformidad con lo normado en el entonces vigente artículo 700 del Codice di Procedura Civile, a cuyo tenor “... quien tenga motivos fundados para temer que durante el tiempo necesario para hacer valer su derecho en vía ordinaria éste pueda verse amenazado por un perjuicio inminente e irreparable, podrá solicitar al Tribunal la adopción de las medidas urgentes que, según las circunstancias, aparezcan como las más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión de fondo”. Tal la razón por la cual no debe sorprender que fuese un procurador italiano quien por vez primera ventilara esta tesis en el ámbito comunitario, de suerte que el antes mencionado brocardo prohibido por el Tribunal de Luxemburgo constituye en realidad una expresión acuñada por Chiovenda -*la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non deve tornar a danno di chi ha ragione*” en sus *Istituzione di Diritto Processuale Civile*, vol. I, Napoli, Ed. Dott. Eugenio Jovene, 1935, p. 147-, si bien su puesta en primera línea como fundamento de la protección cautelar en sede judicial se debe a otro célebre procesalista italiano, Calamandrei -*Introduzione allo studio dei provvedimenti cautelari*, CEDAM, Padova, 1936, p. 20-. Cfr. BACIGALUPO, Mariano, *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo...*, cit., pp. 33-34 y 99-100; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares...*, cit., p. 179.



recaiga una resolución sobre el fondo del pleito, se consumen hechos irreversibles cuyo origen se encuentre en el objeto litigioso, en procura de evitar que se consoliden los efectos de una infracción del derecho comunitario por el transcurso del tiempo requerido para sustanciar el proceso.

En ese orden de ideas, la finalidad perseguida por la protección cautelar en el ámbito comunitario es doble: en primer término, garantizar de modo provisional, entre tanto se instruye el proceso, el respeto de la legalidad comunitaria objetiva y, en segundo lugar, satisfacer el derecho fundamental subjetivo a la tutela judicial efectiva de los justiciables mediante la garantía de la efectividad de la decisión que zanje el fondo del asunto¹⁵. Con tales objetivos, el TJCE ha estimado que rige el principio general de admisibilidad de cualquier clase de medida cautelar que resulte adecuada para proteger los derechos o intereses cuyo amparo judicial se reclama, lo cual incluye tanto cautelas negativas como positivas¹⁶, siempre que concurren -acumulativamente- los tres requisitos cuya exigibilidad el Tribunal ha derivado del tenor de lo normado en el artículo 83.2 del Reglamento de Procedimiento del TJCE, de acuerdo con el cual la solicitud de medidas cautelares deberá especificar, además del objeto del litigio, “*las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida cautelar solicitada*”.

Dichos requisitos, ampliamente recogidos en los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y, dicho sea de paso desde ahora, también en la Ley 1437 de 2011 en Colombia, no son otros que los denominados **(i) fumus bonis iuris** -o apariencia de buen derecho-; **(ii) periculum in mora** -o urgencia- y **(iii) ponderación de intereses en conflicto**.

El **(i) fumus bonis iuris** -o apariencia de buen derecho- supedita la procedencia de la medida cautelar al resultado de un examen anticipado, provisional y sumario, de las perspectivas de éxito de la demanda, es decir de un examen liminar que no constituye prejuzgamiento, ora respecto de la legalidad del acto enjuiciado -si la cautela deprecada es suspensiva o *negativa*-, bien respecto de la existencia y titularidad del derecho subjetivo en el cual se sustentan las pretensiones -si la medida provisoria requerida es de carácter prestacional o *positivo*-; dicho examen debe ser llevado a cabo en relación tanto con los antecedentes fácticos, como con los fundamentos jurídicos del libelo introductor del litigio¹⁷.

● **15** En ese sentido, el ya mencionado Auto de 19 de junio de 1990 y, también, el Auto del TJCE de 3 de mayo de 1996 (asunto 399/95), en el cual se asevera que “*el derecho a una protección jurisdiccional completa y efectiva (...) conlleva que pueda asegurarse la protección cautelar de los justiciables cuando sea necesario para asegurar la plena efectividad de los decisiones definitivas, con el fin de evitar una laguna el sistema de protección garantizado por este Tribunal*”.

16 Auto del TJCE del 29 de enero de 1997, asunto *Antonissen* (396/96).

17 Auto del TJCE de 11 de marzo de 1994, asunto *Descom Scales Manufacturing Co. Ltd.* (6/94); Auto del TJCE de 19 de julio de 1995, asunto *Atlantic Container* (149/95).



A este respecto resulta de muchísimo interés la discusión relativa a si la concepción del *fumus boni iuris* bajo cuya égida debe ser realizado el examen provisional en torno a las probabilidades de éxito de la demanda ha de ser una concepción *positiva*, de acuerdo con la cual resulta menester acreditar las posibilidades de que la demanda prospere o, por el contrario, una meramente negativa, en virtud de la cual bastaría con la realización de un juicio de dicha índole *-negativa-* en el sentido de que la pretensión de fondo no aparece *prima facie* desprovista de fundamento.

El TJCE, ante esta disyuntiva, se ha decantado por la concepción negativa precedentemente enunciada, de modo que se facilita notablemente el otorgamiento de la medida cautelar, pues el juez comunitario no parte de exigir que se le convenza de que el demandante está llamado a ganar el caso, sino que le basta con la convicción de que es posible que lo gane, pues apenas se exige que *“algunos elementos básicos del recurso principal no se presenten, en el primer examen, de tal modo que deban considerarse como manifiestamente sin fundamento”*¹⁸. Esta postura jurisprudencial permite un mayor grado de satisfacción del derecho fundamental de acceso eficaz a la Administración de Justicia, pues si se acogiese la antes citada concepción positiva del *fumus boni iuris* no resultaría jurídicamente viable otorgar la protección cautelar en aquellas nada infrecuentes situaciones en las cuales, verbigracia debido al elevado nivel de complejidad técnica, fáctica o jurídica del asunto, si bien no aparece la demanda como evidentemente desprovista de fundamento, se hace sumamente complicado prever, en el marco de un examen provisional y sumario, si las pretensiones tienen, o no, visos de prosperidad.

El **(ii)** *periculum in mora* -o urgencia- es el requisito que obliga al juez a apreciar en qué casos, de no otorgarse el amparo cautelar, la duración del proceso puede tornar ineficaz un eventual fallo estimatorio de las pretensiones de la demanda, por manera que el Tribunal debe examinar *“la necesidad que exista de pronunciarse provisionalmente a fin de evitar que se ocasione a la parte que solicita la medida provisional un perjuicio grave e irreparable”*¹⁹.

Por otra parte, se ha llamado la atención sobre la circunstancia consistente en que el TJCE suele graduar -al alza o a la baja- el rigor de la exigencia del *fumus boni iuris* en consideración a la intensidad con la cual concurra en el caso concreto el requisito del *periculum in mora*, de la urgencia o inminencia del peligro o perjuicio grave e irreparable para el demandante y viceversa, vale decir que se morigera el rigor al exigir la presencia de dicho riesgo o peligro cuando ya desde el contexto del examen provisional y sumario realizado con el propósito de pronunciarse respecto de la procedencia del amparo cautelar, se avizora que la demanda cuenta con evidentes perspectivas de éxito²⁰.

• **18** Auto del TJCE del 16 de enero de 1975, asunto *Johnson vs. Comisión* (3/75).

19 Auto del TJCE del 9 de julio de 1986, asunto *España vs. Consejo y Comisión* (119/86).

20 Autos del TJCE de 7 de julio de 1981, asuntos *IBM vs. Comisión* (60 y 190/81) y Auto del TJCE del 26 de marzo de 1987, asunto *Hoechst vs. Comisión*, 26 de marzo de 1987 (46/87).



La **(iii)** ponderación de intereses en conflicto como requisito de insoslayable concurrencia de cara al reconocimiento de la procedencia de la medida cautelar determina que si se reunieren las dos anteriores exigencias en un supuesto fáctico específico, han de revisarse, adicionalmente y con aplicación del principio de proporcionalidad -del cual uno de sus elementos es, precisamente, la ponderación entre intereses en colisión en el caso concreto²¹-, de un lado, las ventajas -para el interés general- y los inconvenientes -para los derechos e intereses del demandante- que se derivarían de las hipotéticas consecuencias de la eventual denegación de la medida cautelar solicitada en caso de ser declaradas prósperas, posteriormente, las pretensiones de la demanda y, de otra parte, las ventajas -para los derechos e intereses del actor- e inconvenientes -para el interés general- que surgirían de las hipotéticas consecuencias desprendidas del otorgamiento de la cautela provisional, en caso de que posteriormente fueren denegadas las súplicas de la demanda. En ese orden de ideas, sólo será procedente conceder la medida cautelar requerida si, además de concurrir los dos precitados presupuestos básicos -*fumus boni iuris* y *periculum in mora*-, la gravedad de las hipotéticas consecuencias de la denegación de la cautela en caso de que en la sentencia se acceda a las pretensiones de la demanda resulta mayor que la intensidad de los probables efectos del otorgamiento de la medida cautelar, si posteriormente es denegado, en el fallo definitivo, el *petitum* del demandante²².

Los expuestos elementos cardinales del amparo cautelar en el Derecho Comunitario europeo rápidamente impactaron en el ordenamiento jurídico español, en el cual el punto de inflexión que determinó el cambio de paradigma respecto de la situación antecedente de absoluta precariedad y dificultad para la aplicación del régimen de medidas cautelares -como antes se anotó- lo constituyó el auto de la Sala Tercera -de lo contencioso administrativo- del Tribunal Supremo, del 20 de diciembre de 1990²³, en la cual se plantean tres grandes directrices en punto de la operatividad de la tutela cautelar en el derecho administrativo español: **(i)** el derecho fundamental a la tutela

- **21** En relación con este tema, en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, pueden verse los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta (30) de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 110010326000199503074 01; Expediente número: 13074; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de dos mil seis (2006); Consejero Ponente: Alier E. Hernández Enríquez; Radicación número: 11001-03-26-000-2000-0020-01; Expediente número: 18059; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de octubre de dos mil siete (2007); Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de Junio cinco (5) de dos mil ocho (2008); Expediente N°: 15001233100019880843101- 8031; Radicación N°: 8431; Actor: Constructores Limitada; Demandado: Fondo Vial Nacional.

22 Auto del TJCE del 12 de julio de 1996, asunto Reino Unido vs. Comisión (180/96).

23 (Aranzadi 10412) Los planteamientos vertidos en el referido auto son reiterados, casi inmediatamente, en el auto también de la Sala 3ª del Tribunal Supremo español, del 17 de enero de 1991 (Aranzadi 503).



judicial efectiva, consagrado en el artículo 24-1 de la Constitución española²⁴, implica la existencia de un derecho fundamental a obtener un adecuado amparo cautelar; **(ii)** dicha tutela debe otorgarse a quien exhiba en sus pretensiones *apariencia de buen derecho -fumus boni iuris*²⁵ - y **(iii)** el derecho fundamental a la tutela cautelar entraña la admisibilidad general de cualesquiera tipo de medidas -no sólo suspensivas, sino también positivas- que, atendidas las circunstancias de cada caso, pudieren resultar necesarias para asegurar la plena efectividad de la sentencia.

Con fundamento en las anteriores premisas, resulta de sumo interés destacar cómo en el auto en mención el Tribunal Supremo español señala que el derecho a la tutela judicial efectiva -el cual se traduce en la existencia de un *derecho fundamental* a la obtención de amparo cautelar efectivo- comporta, correlativamente, “el **deber** que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal”²⁶. Rápidamente el Tribunal Constitucional hará eco de este cambio de paradigma y reconocerá abiertamente que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”²⁷, para cuyo efecto no debe ser óbice el denominado principio de autotutela administrativa²⁸. Por lo demás, el

- **24** Enunciado normativo del siguiente tenor: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

25 Al comentar este pronunciamiento, el profesor García de Enterría llama la atención sobre la circunstancia consistente en que la articulación de ese derecho fundamental al amparo cautelar efectivo descansa sobre la base de la noción de *apariencia de buen derecho o fumus boni iuris*, “frente a la posición de la otra parte, que, en contraposición con esa apariencia, tiende a ser vista como abusiva del instrumento del proceso; este abuso es especialmente valorado, dada la estructura del contencioso administrativo, en la Administración, como abuso de la autotutela”. Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares...*, cit., p. 201.

26 Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo español, del 20 de diciembre de 1990, antes citado, pronunciamiento en el cual, elocuente e ilustrativamente, se expresa también que “esta fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos, como el de la presunción de validez de los actos de la Administración, viene impuesta por ese principio general de Derecho Comunitario a que aluden las Conclusiones generales del Abogado general en la sentencia *Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 19 de junio de 1990*, principio que implícitamente hace suyo el propio Tribunal y que se resume en que la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón”.

27 Sentencia del Tribunal español 14/1992.

28 Privilegio o principio de autotutela del cual se desprende el carácter ejecutorio de las decisiones de la Administración, el cual, en palabras del Tribunal Constitucional español, no permite desconocer que “en determinadas circunstancias, su ejercicio pudiera implicar, cuando el acto administrativo hubiera sido impugnado en la vía jurisdiccional, una merma de la efectividad de la tutela judicial. La potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde así a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento del órgano judicial; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede (contra lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución) desprovisto de eficacia por la conservación o consolidación irreversible de situaciones contrarias al derecho o interés reconocido por el órgano jurisdiccional en su momento”. Cfr. Tribunal Constitucional español, sentencia 238/1992.



Tribunal Constitucional español acogerá como requisitos cuya concurrencia debe ser examinada por el juez a efectos de dilucidar si concede, o no, la medida cautelar que se le solicita, las mismas exigencias formuladas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, antes aludidas²⁹, las cuales, a su vez, acabarán por ser recogidas en la Ley española de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con carácter general, en sus artículos 129 y 130³⁰.

Lo anterior sin olvidar el importantísimo matiz que introdujo el artículo 136 *ejusdem*, precepto éste que se ocupa de regular los requisitos para el otorgamiento de las medidas cautelares en los procesos judiciales iniciados con ocasión de la inactividad o de las vías de hecho de la Administración, eventos en relación con los cuales la legislación española acoge, sin ambages, la aludida concepción negativa del *fumus boni iuris*, comoquiera que se dispone que, en los mencionados supuestos, *“la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos [se refiere a los artículos 29 y 30 de la misma ley, los cuales se ocupan de las modalidades de pretensión en comentario] o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el juez ponderará en forma circunstanciada”*.

Esto significa que tratándose de procesos originados en la inactividad o en la actividad material de la Administración, las exigencias que han de concurrir para que se abra paso la medida cautelar no sólo resultan más específicas sino también, aparentemente, más laxas que tratándose de las demandas instauradas contra actos administrativos -disparidad de tratamientos que la doctrina critica³¹-, toda vez que respecto

- **29** Así, el Tribunal Constitucional, en sentencia 148/1993, expresa lo siguiente: *“Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitado en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del recurso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (periculum in mora) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (fumus boni iuris) y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general (...) acarreará la adopción de la medida cautelar solicitada”*.

30 Disponen lo siguiente los artículos 129 y 130 de la Ley 29/1998, de 13 de julio:

“Artículo 129. 1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia...”

Artículo 130. 1. Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso.

2. La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada”.

31 Al respecto, el profesor Bacigalupo se ha cuestionado sobre *“¿Qué razón justifica tal asimetría, esto es, el que el fumus boni iuris (en este caso, incluso, el fumus non mali iuris) sí sea el criterio decisivo para la adopción de las medidas cautelares en los recursos contra la inactividad y la vía de hecho administrativas y, sin embargo, no lo sea (al menos no expresamente) en los recursos contra actos administrativos y disposiciones generales?”*. Cfr. BACIGALUPO, Mariano, La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo..., cit., pp. 148-149.



de las primeras el otorgamiento del amparo provisorio no precisa de la apariencia de que el demandante ostenta un derecho subjetivo a la actividad omitida o el derecho que aduce como lesionado por la actuación material impugnada, sino tan sólo a que no exista una evidencia de ausencia de tales derechos o a que la demanda no carezca manifiestamente de fundamento.

El profesor García de Enterría aporta en su citado trabajo *La batalla por las medidas cautelares*, abundante información y un detallado análisis de la jurisprudencia en Alemania, Francia e Italia, con el propósito de ilustrar cómo esta tendencia al reconocimiento de status constitucional a un derecho fundamental al amparo cautelar contencioso administrativo -como especie del derecho a la tutela judicial efectiva- constituye denominador común a la cultura jurídica en tales países, en especial en cuanto tiene que ver con sus jurisprudencias constitucionales³².

2. La regulación legal de las medidas cautelares en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

El marco de análisis expuesto sirve de adecuada referencia para efectuar un sucinto repaso a la normatividad que en materia de medidas cautelares contiene el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPA y CCA-.

2.1. Propósito de las medidas cautelares. Catálogo de las mismas.

Tal y como se anotó al comienzo del presente trabajo, la Ley 1437 de 2011 buscó robustecer los poderes del juez de lo contencioso administrativo colombiano con miras a permitirle adoptar medidas provisionales que realmente garanticen la efectividad y el cumplimiento de sus sentencias, de modo que tenga entidad sustancial la protección

- **32** Cfr. *La batalla por las medidas cautelares...*, cit., pp. 273 y ss.; lo propio hace Mariano Bacigalupo, en *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo...*, cit., pp. 93 y ss. Del interesante examen que en las aludidas fuentes se realiza a este tema, interesa destacar aquí cómo el Tribunal Constitucional Federal alemán va más allá de todo lo hasta ahora expuesto comoquiera que, a su entender, la efectividad que se predica del derecho de acceso a la Jurisdicción no se circunscribe a reclamar la posibilidad de que se decreten las medidas cautelares adecuadas para asegurar la eficacia real del pronunciamiento definitivo sino que, tratándose de los procesos en los cuales se controvierte la legalidad de actos administrativos de gravamen, el efecto suspensivo de la presentación de la demanda ha de ser automático y no rogado, fórmula por la cual ya se había decantado el parágrafo 80 de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa alemana, de 1960.



del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia por parte del juez administrativo y que se evite el incesante y creciente vaciamiento de las competencias de éste por parte del juez de tutela, el cual se halla actualmente investido de la atribución de ordenar todas las medidas precautelativas necesarias para asegurar el cese de la amenaza o la vulneración a los derechos fundamentales, entre las cuales la jurisprudencia constitucional ha entendido que se encuentra incluida la posibilidad tanto de suspender los efectos de los actos administrativos mientras el juez natural de los mismos resuelve definitivamente sobre su juridicidad, como la de impartir a la Administración toda suerte de órdenes, de hacer o de no hacer, encaminadas a proteger el derecho fundamental que se aduce transgredido o en peligro de desconocimiento. En definitiva, para nadie es un secreto que la irrupción de la acción de tutela en el ordenamiento jurídico colombiano, entre muchos otros propósitos, ha servido para paliar las disfuncionalidades e insuficiencias que, de cara a la preservación de los derechos fundamentales, resultan evidentes en la actualmente vigente normatividad sobre medidas cautelares incluida en el Código Contencioso Administrativo.

La Ley 1437 de 2011 apunta, por consiguiente, a dejar al juez de lo contencioso administrativo en *igualdad de armas* -si se compara su situación- con el juez de tutela que curiosa y paradójicamente a él mismo le corresponde encarnar, por manera que dentro del trámite de los procesos ordinarios que se surten ante la Jurisdicción especializada, puedan adoptarse iguales o incluso más y distintas medidas cautelares que aquellas que en la actualidad parecen exclusivamente al alcance del juez de tutela. Tal es la posibilidad que se abre, en primer lugar, con la previsión que en términos bastante amplios contiene el artículo 229 CPA y CCA en el sentido de que el juez o magistrado ponente podrá decretar "*las medidas cautelares que considere necesarias*" para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

Y, en segundo lugar, al mismo propósito de robustecimiento de las potestades del juez administrativo en orden a que pueda adoptar las cautelas necesarias para garantizar la eficacia de sus pronunciamientos de fondo, apunta el catálogo de posibles medidas que consagra el artículo 230 CPA y CCA, en el cual ya no solamente se incluye la clásica herramienta *suspensiva* o *negativa* de efectos, cuando el objeto de control de juridicidad es un acto administrativo, sino que aparecen en escena en el derecho administrativo colombiano las medidas cautelares *positivas* cuya operatividad debe producirse en los eventos en los cuales la materia sobre la cual versa el litigio es la inactividad o las actuaciones materiales de la Administración, los hechos o las operaciones administrativas; se trata de las medidas preventivas, conservativas o anticipativas.

Las preventivas, como su denominación lo indica, apuntan a evitar que se consuma una situación de perjuicio, vulneración o detrimento para los derechos o intereses legítimos del demandante; en relación con la diferencia existente entre medidas cautelares anticipatorias y conservativas, se ha sostenido que "*mientras en éstas la medida cautelar no regula el fondo de la relación sustancial controvertida, aportando únicamente los*



medios para asegurar la ejecución forzosa de la futura resolución definitiva, en aquéllas la medida cautelar consiste propiamente en una decisión anticipada y provisional del fondo del litigio, destinada a durar hasta que a esta regulación provisional de la relación controvertida se sobreponga la regulación estable conseguida a través del más lento proceso ordinario³³”.

El numeral 1 del artículo 230 CPA y CCA contiene ejemplos tanto de medidas anticipatorias -“que se restablezca [la situación] al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante”, verbigracia, si se ordenare a una entidad pública reparar los daños materiales y/o inmateriales que hubiere causado a un peatón al arrollarlo un vehículo automotor de propiedad del organismo que circulaba, en actividades del servicio, con exceso de velocidad- como conservativas -“ordenar que se mantenga la situación”, por ejemplo, si se ordena al propietario de un inmueble respecto del cual se discute en el litigio su clasificación como de conservación arquitectónica por su interés histórico, que introduzca en el bien las mejoras necesarias para el adecuado mantenimiento del mismo-

Uno de los interrogantes que surge en relación con este aspecto de la normativa contenida en los artículos 229 y 230 CPA y CCA es el consistente en dilucidar si el elenco de medidas cautelares susceptibles de ser ordenadas por el juez administrativo de conformidad con lo preceptuado en esas dos disposiciones está incorporado en una enumeración taxativa o, por el contrario, se trata de un listado meramente enunciativo; en este sentido, si se repara en la historia fidedigna del establecimiento de la norma podrá advertirse que la concepción inicial y que se refleja en las primeras etapas del trámite del proyecto que habría de convertirse en la Ley 1437 de 2011 en el Congreso de la República, fue la consistente en señalar, en forma absolutamente clara y precisa, que el listado legal de posibles medidas cautelares debía tenerse como puramente ejemplificativo³⁴. Sin embargo, posteriormente y en atención a los planteamientos esgrimidos por representantes del Gobierno Nacional, se optó por que el plexo de alternativas no operara en forma tan amplia, de suerte que se adoptara un listado taxativo.

No obstante lo anterior, todavía cabe preguntarse si en realidad, en el caso del artículo 230 en comento, se está ante un listado taxativo o más bien en presencia de uno simplemente indicativo de medidas cautelares y quizás la respuesta podría apuntar a que, efectivamente, se accedió a aprobar una enumeración taxativa comoquiera que la Ley ofrece un listado bastante claro y preciso al juez en esta materia; empero, mal

• **33** Cfr. ESCUDERO HERRERA, Concepción, “De la instrumentalidad y otras características de las medidas cautelares en el orden contencioso-administrativo. Especial referencia a la suspensión de las disposiciones y actos”, en *Actualidad Administrativa*, 25, Madrid, 1998, pp. 527 y ss., concretamente p. 536.

34 A modo ilustrativo, repárese en el tenor del artículo 255 del texto aprobado por la Comisión Primera del H. Senado de la República para el proyecto de ley número 198 de 2009, Senado: “Artículo 225, Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión. Para el efecto, el juez o magistrado ponente podrá decretar, según el caso, entre otras, una o varias de las siguientes medidas: ...”.



podría desconocerse que el tipo de cautelas que de acuerdo con el precepto anotado pueden ser adoptadas resulta tan amplio -en la medida en que se acude para la descripción de cada una de ellas a la utilización de conceptos jurídicos indeterminados y de nociones incompletas-, atributivo de tan vastos márgenes de apreciación al operador judicial -en especial en los numerales cuarto y quinto, por cuya virtud puede el juez, cuando a ello hubiere lugar, *“ordenar la adopción de una decisión administrativa...”* o *“impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer”*-, que bien podría considerarse que el listado en cuestión, aunque formalmente taxativo, termina por ser mucho más indicativo que limitante.

Refuerza el anterior aserto el hecho de que, como líneas atrás se anotó, el artículo 229 ejusdem le indica al juez que puede -aunque realmente *debe*, si concurren los requisitos a los cuales se hará referencia a continuación, para que se garantice de manera sustancial la efectividad del derecho de acceso a la Administración de Justicia del demandante, a quien asiste el *derecho* a obtener eficaz amparo cautelar cuando acredite que concurren en su caso las exigencias previstas en el artículo 231 CPA y CCA- adoptar *“las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia”*; eso sí, lo que igualmente debe colegirse del referido segmento del artículo 231 citado es que no pueden tener cabida dentro del proceso medidas cautelares que no guarden relación inmediata y directa con las pretensiones elevadas en la demanda y/o que resulten ajenas al contenido de las mismas.

Retornando al catálogo de medidas cautelares contenido en el artículo 230 CPA y CCA, el numeral primero de dicho precepto indica que el juez podrá ordenar que se mantenga la situación del demandante o que la misma se restablezca al estado en el cual se encontraba antes de que se hubiera presentado la conducta vulneradora o amenazante de sus derechos o intereses legítimos; a este respecto, bien merece la pena subrayar que en la nueva regulación ya no existe un único momento procesal para solicitar la medida cautelar -el de la presentación de la demanda o antes de la admisión de la misma, como lo ordena el artículo 152-1 del CCA todavía hoy en vigor-, sino que éstas podrán ser solicitadas y decretadas en cualquier estado del proceso -artículo 229 CPA y CCA- y, por consiguiente, resulta posible pensar en ejemplos como el del litigio ya culminado en su primera instancia con sentencia favorable a las pretensiones del demandante, quien reclama la anulación del acto administrativo por medio del cual se le desvinculó ilegalmente del empleo que desempeñaba al servicio de la Administración, así como el correspondiente restablecimiento del derecho, consistente en el reintegro al cargo que venía ocupando y del que irregularmente se le retiró.

En el ejemplo propuesto, no será necesario aguardar hasta que el proceso termine en segunda instancia para brindar eficaz protección a los derechos del accionante, sino que podría el *ad quem*, siempre a solicitud de la parte interesada, adoptar la medida cautelar consistente en ordenar a la entidad accionada que se restituya al actor al desempeño de las funciones inherentes al empleo en el cual se encontraba, de suerte que se restablecería, desde ese momento, la situación del demandante al estado en el cual



se hallaba antes de ser proferida la decisión vulneradora de sus derechos, circunstancia que no sólo le beneficiará a él sino también al erario y al interés general, en el evento en el cual el fallo proferido por el *a quo* sea confirmado al desatar el recurso de alzada o el grado jurisdiccional de consulta.

También está previsto, en el numeral segundo del aludido artículo 230, que el juez pueda ordenar la suspensión de un procedimiento o de una actuación administrativa, inclusive las de carácter contractual. Agrega la norma, con buen tino, que dicha orden de suspensión -de un procedimiento de selección de contratistas, de un concurso público de méritos que se adelanta para proveer empleos de carrera administrativa, etcétera- sólo debe abrirse paso en la medida en que no haya lugar a la posibilidad de conjurar o de superar la situación que motiva la adopción de la decisión a través de otro medio, por manera que la posibilidad de que el juez ordene como medida cautelar la suspensión del procedimiento se consagra como una última *ratio*. Así, se procura evitar que sea la decisión del juez la que genere traumatismos en el actuar de la Administración, la cual podría llegar a verse indebidamente reemplazada e imposibilitada para realizar las actuaciones a su cargo, por la autoridad judicial.

Adicionalmente, la norma en cita le ordena al juez, en este tipo de casos y para que no quede la Administración maniatada, sin posibilidades de optar por una salida, que indique las pautas que deben observarse para que se pueda reanudar el procedimiento o la actuación que han sido objeto de suspensión, que el juez -insisto- señale las pautas o fije las condiciones bajo cuya observancia la Administración Pública podrá reanudar el procedimiento respectivo y evitar así que una situación con vocación de transitoriedad, se convierta en un *statu quo* permanente.

En tercer lugar, el artículo 230-3 contempla como una de las posibles decisiones en materia de medidas cautelares el que se suspendan los efectos de un acto administrativo, especie de amparo provisional en relación con el cual, en principio, podría pensarse que no se ha introducido mayor novedad si se tiene en cuenta que actualmente la legislación vigente consagra como única medida precautelativa posible la suspensión de los efectos de los actos administrativos. Empero, ésa sería una conclusión algo apresurada, pues si bien resulta cierto que como modalidad de medida cautelar la suspensión provisional no es en manera alguna innovadora en nuestro sistema jurídico, no es menos cierto que en la nueva codificación la clásica cautela de índole negativo es objeto de varios e importantes cambios en su regulación.

En ese orden de ideas, tómese en consideración que, de acuerdo con el régimen hoy vigente, cuando se solicita la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, la decisión de suspensión provisional sólo podrá examinarse a la luz de las normas cuya violación se invoca en la petición misma de la medida cautelar en referencia; pues bien, en líneas anteriores se ha señalado que de acuerdo con lo normado en el artículo 229 CPA y CCA, la solicitud de la medida cautelar se puede elevar en cualquier tiempo, lo cual supone que la petición de suspensión provisional también puede formularse



en cualquier momento del proceso, de suerte que cobra pleno significado la referencia que la Ley hace -inciso primero del artículo 231 *ídem*- al establecer que la suspensión provisional de un acto administrativo puede tener cabida por la violación de las disposiciones invocadas en la demanda o por la de aquellas que se invoquen en el escrito que se presente separado de la demanda, cosa ésta que podrá ocurrir durante el curso de la primera o de la segunda audiencia, durante el trámite de la segunda instancia, en fin, en cualquier momento procesal.

Adicionalmente, tanto la jurisprudencia como la doctrina deberán ir realizando precisiones alrededor de la correcta aplicación de estas normas porque todo indica que en la nueva normatividad se confiere al juez una mayor flexibilidad para decretar la suspensión provisional, pues en la actualidad el artículo 152 CCA formula la exigencia consistente en que para que la suspensión provisional se abra paso resulta menester la existencia de una manifiesta infracción de normas legales o constitucionales, por parte de la decisión censurada; esa exigencia de una infracción calificada, de una infracción manifiesta que el juez la pueda advertir con facilidad del simple cotejo entre el acto demandado y las normas superiores, no aparece ya en la Ley 1437 de 2011 y fue deliberadamente eliminada de la nueva codificación para evitar que la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos quede absolutamente restringida a casos excepcionales.

Atendiendo a lo preceptuado en el nuevo CPA y CCA, cuando el juez encuentre que evidentemente hay una violación de ley, podrá directa e inmediatamente hacer efectiva la tutela judicial tomando la decisión de la suspensión provisional sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso para decirlo así en la sentencia mediante la cual se anule el acto correspondiente.

Por otra parte, en la actualidad existe una limitante más que afronta la aplicabilidad de la figura de la suspensión provisional y que surge de los desarrollos jurisprudenciales que de la misma se han llevado a cabo, desarrollos por cuya virtud, a guisa de ejemplo, si en la demanda se invocan como fundamentos de la violación cinco normas superiores -tres artículos de la Constitución Política y dos artículos de una Ley- mientras que en el escrito mediante el cual se solicita la suspensión provisional se expresa que la suspensión provisional debe proceder porque la decisión administrativa cuestionada resulta violatoria de forma evidente solo respecto de una de esas disposiciones, se ha entendido que el juez de lo contencioso administrativo actualmente tiene que circunscribirse en su análisis a la confrontación entre el acto demandado y esa única disposición que el peticionario invoca como infringida de manera manifiesta en el escrito contentivo de la solicitud de amparo cautelar. El nuevo CPA y CCA, *contrario sensu*, cambia completamente el itinerario analítico al juez en la medida en que le posibilita adoptar la medida en cuanto verifique que el acto reprochado resulta violatorio bien de aquellas normas que aparezcan en el escrito de la solicitud o bien de las que, sin haber sido invocadas expresamente en éste, han sido señaladas como fundamento del *petitum* de la demanda en otros momentos o etapas procesales.



Lo anterior aunado a la circunstancia consistente en que el artículo 231 de la Ley 1437 agrega, adicionalmente, que la suspensión provisional podrá ser adoptada cuando la violación surja del análisis del acto demandado y de su confrontación con aquellas normas invocadas como desconocidas o del estudio de las pruebas allegadas para formular la petición. Como se ve, si bien es verdad que se mantiene en el numeral tercero del artículo 230 la medida cautelar de la suspensión de los efectos del acto administrativo, no es menos cierto que a partir de estas puntuales anotaciones resulta posible advertir la existencia de diferencias significativas entre la regulación hoy vigente y la del nuevo Código en relación con esta medida en particular.

2.2. Medidas cautelares en el ámbito del ejercicio de facultades discrecionales.

Precisa el párrafo del artículo 230 CPA y CCA que si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad de carácter discrecional, el juez no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la medida sino que deberá limitarse a ordenarle que adopte la decisión dentro del plazo que se le señale y con arreglo a los límites y criterios establecidos en el ordenamiento vigente. El contenido de esta disposición merece ser destacado comoquiera que si bien con la nueva normativa se buscó fortalecer enormemente los poderes del juez en materia de medidas cautelares, también se tuvo mucho cuidado en fijar límites orientados a evitar que, acudiendo al ejercicio de tan determinantes facultades, el juez irrumpa en los terrenos de la Administración y la suplante indebidamente. Así, por ejemplo, en el evento en el cual del juez se solicita que declare la nulidad de un acto administrativo mediante el cual se realiza un nombramiento en un empleo público, no corresponde al juez, en principio y como medida cautelar, producir el nombramiento de otra persona para desempeñar el cargo, sino ordenar a la Administración que lleve a cabo un nuevo nombramiento pero ajustándose a los parámetros y criterios que al efecto establezca el ordenamiento jurídico.

Dicho en otros términos, la prohibición de que los jueces y tribunales determinen el contenido discrecional de los actos administrativos demandados no obsta para que puedan -y deban- tutelar cautelarmente el derecho de los interesados a que sea la propia Administración la que ejerza la correspondiente potestad discrecional de conformidad con el ordenamiento jurídico, lo cual puede implicar la existencia de al menos dos alternativas de decisión en sede cautelar:

(i) Si concurren los requisitos exigidos para decretar la medida cautelar pero del material probatorio obrante en el proceso y de los preceptos aplicables al caso se desprende que la Administración aún dispone de varias alternativas para resolver, en la decisión respectiva el juez puede -e, insisto, debe- conminar a la entidad demandada a no volver a proferir la decisión censurada con base en los mismos -o análogos- motivos o argumentos que sirvieron de fundamento a la resolución atacada; debe ordenarse a



la Administración que al volver a proferir el acto administrativo respectivo, ejerza su discrecionalidad dentro de los límites normativos a los cuales ésta se encuentra sometida y/o atendiendo a las pautas o derroteros que le sean trazados en la providencia que concede la medida cautelar.

(ii) La imposibilidad inicial para el juez de reemplazar la decisión administrativa adoptada en ejercicio de facultades discrecionales por la que el juez estima como única jurídicamente viable se desdibuja en los eventos en los cuales opera el fenómeno de la “reducción a cero” o desaparición de la discrecionalidad en el caso concreto, lo cual puede ocurrir ora debido a que el propio ordenamiento jurídico dispone la prevalencia indiscutida de uno de los principios, derechos o intereses en colisión respecto de los demás, bien en consideración a que el material probatorio obrante en el expediente hace aparecer que sólo una de las alternativas de solución con las cuales inicialmente, en abstracto, contaba la Administración, resulta jurídicamente admisible en el supuesto fáctico específico.

En estos supuestos de desaparición o de reducción a cero de la discrecionalidad, surge para el usuario de la Administración de Justicia el derecho subjetivo a que el juez imponga la única solución jurídicamente viable para resolver el caso, pues sólo de ese modo se podrán satisfacer las exigencias del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia³⁵.

2.3. Requisitos para la adopción de medidas cautelares diversas de la suspensión provisional de actos administrativos.

En cuanto tiene que ver con los requisitos exigidos en el artículo 231 CPA y CCA para la adopción de las medidas cautelares en casos distintos a los de solicitud de declaratoria de nulidad de un acto administrativo, resulta incuestionable que la Ley 1437 de 2011 también se inscribe en la tendencia marcada por la jurisprudencia Comunitaria europea y por la de otros países a los cuales se hizo referencia en el primer apartado del presente trabajo; así pues, en el citado artículo 231 aparecen con toda claridad consagrados los tres elementos que en el derecho comparado -según se explicó- suelen exigirse como concurrentes de cara al otorgamiento del amparo cautelar: **(i)** la apa-

- **35** En relación con los alcances y límites del control jurisdiccional del ejercicio de facultades discrecionales, en general y con la operatividad de la figura de la reducción a cero o desaparición de la discrecionalidad administrativa en los casos concretos, puede verse MARIN HERNÁNDEZ, Hugo Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, capítulos 4 y 7. La jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado también se ha ocupado del tema en los siguientes pronunciamientos: sentencia del 26 de octubre de 2006; Radicación número: 630012331000200500708 01; Expediente número: AP-2005-00708; Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia del 31 de octubre de 2007; Referencia: 13.503; Radicación: 110010326000199713503 00; Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.



riencia de buen derecho o *fumus boni iuris*; **(ii)** la urgencia de la medida por el peligro de causación de un perjuicio irremediable al demandante o de ineficacia de la sentencia o *periculum in mora* y **(iii)** la ponderación entre los intereses en colisión en el caso concreto. Dichos requisitos se encuentran consignados en el varias veces mencionado artículo 231, de la siguiente manera:

(i) la referencia al *fumus boni iuris* aparece en los dos primeros numerales del precepto en cuestión, los cuales exigen *(a)* que la demanda se encuentre razonablemente fundada en derecho -numeral 1- y *(b)* que el demandante haya demostrado, así sea en forma sumaria, que es el titular del derecho o de los derechos que están invocándose como fundamento de la medida -numeral 2-. Bien podría pensarse que mientras la previsión contenida en el numeral 1 se decanta por una concepción *negativa* de la apariencia de buen derecho -la cual, como ya se explicó, determina que para que la medida cautelar se abra paso basta con que la demanda no esté evidentemente formulada de manera irrazonable-, la del numeral segundo pareciera inclinarse más claramente por la concepción *positiva* antes explicada respecto de la misma figura. Corresponderá a la jurisprudencia ir definiendo en qué medida prohija una u otra de las concepciones aludidas, si bien resulta claro para nosotros que el escenario deseable sería el de la potenciación de la tutela cautelar, para lo cual resulta mucho más propicia la concepción negativa antes mencionada.

En este sentido, no debería causar demasiado temor en el juez la posibilidad de que una extendida utilización de las medidas cautelares pudiese causar perjuicios indiscriminada e impunemente a los demandados, pues para evitar que ello suceda, precisamente, la propia Ley 1437 de 2011 toma sus precauciones y prevé remedios como la posibilidad de que la medida sea levantada, modificada o revocada cuando el demandado preste caución o cuando los requisitos para su otorgamiento hubieren desaparecido o sido superados -artículo 235-; a su turno surge con importancia la exigencia que la ley hace al demandante para que preste caución con el fin de que responda por los perjuicios que injustamente se causaren al demandado como consecuencia de la concesión de la medida cautelar -artículo 232- y la responsabilidad patrimonial del solicitante de la medida cautelar concedida y posteriormente revocada -artículo 240-.

(ii) La consagración del requisito del *periculum in mora* aparece en el numeral 4 del artículo 131, por cuya virtud la tutela cautelar se dispensará siempre que se dé en el caso concreto una de las dos siguientes circunstancias: que de no otorgarse la medida se genere un perjuicio irremediable al accionante o que existan serios motivos para considerar que, en caso de negarse la medida, los efectos de la sentencia se harían nugatorios. Y, finalmente,

(iii) La exigencia de ponderación entre los intereses en conflicto se consigna en el numeral 3 del artículo 231 en comento, de conformidad con el cual es necesario, para que se acceda a la protección cautelar, que el demandante haya aportado los argumentos, las informaciones, los documentos y las justificaciones que permitan con-



cluir, mediante un juicio de ponderación, que sería mucho más gravoso para el interés público negar la medida que concederla. Es éste el juicio que en el ejemplo que antes se utilizaba del servidor público injustamente desvinculado del empleo que desempeñaba y que obtiene sentencia de primera instancia favorable a sus pretensiones de nulidad del acto administrativo que declaraba la insubsistencia del nombramiento y de restablecimiento del derecho, para ilustrar sobre cómo el erario y el interés general resultarían, muy probablemente, menos gravosamente impactados si se concede el reintegro del accionante a su puesto de trabajo antes de que se surta toda la segunda instancia, puesto que si se aguarda a la sentencia definitiva respecto de la cual razonablemente quepa esperar que confirme la proferida por el *a quo*, al monto de dinero que finalmente deberá reconocer y pagar la entidad demandada se habrá incrementado significativamente, amén de las dificultades que para el buen servicio público representa dilatar el reintegro del servidor mal desvinculado y que a la postre deberá regresar al seno de la organización respectiva.

En relación con los requisitos que debe reunir la ponderación que debe llevar a cabo el juez de lo contencioso administrativo en esta sede, resultan de utilidad los planteamientos del Consejo de Estado sobre el punto:

“El subprincipio de proporcionalidad strictu sensu o mandato de ponderación impone, por tanto, que los costos y los beneficios que se deriven de la adopción de la decisión guarden un equilibrio razonable y para establecer si ello es así, tanto la doctrina como la jurisprudencia han estructurado el denominado “juicio de ponderación”, cuyo propósito no es otro que establecer si la decisión o actividad que se somete a dicho tamiz respeta, o no, la denominada «ley de la ponderación», de conformidad con la cual cuanto mayor sea el grado de detrimento del principio, derecho o interés jurídico que retrocede en el caso concreto, mayor ha de ser la importancia de la satisfacción de aquel principio, derecho o interés que se hace prevalecer^{36,37}” (subrayas fuera del texto original).

- **36** Nota original de la sentencia citada: De acuerdo con el consenso que al respecto existe en la doctrina alemana, la ponderación como método supone el seguimiento de tres fases sucesivas: la primera, consistente en identificar los principios (bienes, valores o intereses) en conflicto; la segunda, encaminada a atribuir a cada uno de ellos el peso o la importancia relativa que corresponda en función de las circunstancias propias del caso que se examina y, la tercera, en la cual se toma la decisión sobre la prevalencia de uno (o unos) sobre el otro (u otros). La primera de las tres fases en cuestión, esto es, la identificación de los principios, bienes, derechos o intereses contrapuestos, se desarrolla enmarcando los hechos del caso bajo los diferentes enunciados normativos aplicables a su resolución, enunciados que, al encontrarse en situación de tensión, en principio conducirán a consecuencias jurídicas antagónicas.

La segunda fase, en la cual se atribuye peso o importancia relativa a cada uno de los bienes o derechos enfrentados, consiste en formular argumentos que justifiquen el detrimento de uno de ellos en beneficio del mayor grado de salvaguarda o materialización del otro en liza. Finalmente, la tercera fase de la ponderación consiste en la atribución de prevalencia a uno de los principios, bienes, intereses o derechos que colisionan y en la consecuente formulación de una regla de precedencia condicionada entre ellos, respetando la pluricitada «ley de la ponderación», la cual impone que cuanto mayor sea el grado de perjuicio del principio que retrocede, mayor ha de ser la importancia de la satisfacción del que se hace prevalecer en el caso concreto. Véase RODRÍGUEZ



En virtud del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto -juicio de ponderación-, para que una intervención o no satisfacción de un derecho fundamental o de un principio o de un bien jurídico sea considerada legítima, el grado de realización de la finalidad de dicha intervención o no satisfacción debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio o bien jurídico al cual se hace retroceder en el caso concreto; en ese orden de ideas, se trata de llevar a cabo una comparación entre dos intensidades o grados: el de la realización del propósito de la medida enjuiciada y el de la afectación o detrimento causado al principio, derecho o interés intervenido o insatisfecho en el supuesto específico.

Para cotejar esas dos variables, Robert Alexy sugiere la utilización de una escala triádica con el fin de graduar la afectación de las mismas: leve, media o intensa; de esta manera, resultaría desproporcionado -y, por tanto, contrario a Derecho- que la restricción o intervención en el derecho o principio que retrocede fuese intensa y ello se correspondiere con un favorecimiento apenas leve o medio del fin por el cual la medida enjuiciada propende, de igual modo que tampoco sería proporcional una afectación media que fuese correlativa de una protección leve, toda vez que, como antes se dijo, el nivel de satisfacción del fin prohijado por la actividad o decisión cuestionada, debe ser por lo menos equivalente al rigor de la intervención o no satisfacción del derecho o principio afectado con dicha decisión o actividad³⁸.

- DE SANTIAGO, José María, *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2.000, p. 121. Sobre el punto, en la jurisprudencia contencioso administrativa colombiana pueden verse, entre otros, los siguientes pronunciamientos: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de diecisiete (17) de junio de dos mil uno (2001), Radicación número: AP-166, Actor: Manuel Jesús Bravo; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 26 de octubre de dos mil seis (2006); Radicación número: 630012331000200500708 01; Expediente número: AP-2005-00708. M.P. Dr. Alier Hernández E.

37 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 5 de junio de 2008; Expediente N°: 15001233100019880843101- 8031; Radicación N°: 8431; Actor: Constructores Limitada; Demandado: Fondo Vial Nacional.

38 Y, en consecuencia, sólo resultarán conformes con el principio de proporcionalidad aquellas medidas, decisiones o actividades que permitan establecer, cuando menos, una relación de empate -leve-leve, media-media o intensa-intensa- entre las dos variables a las cuales se viene haciendo referencia. Con el propósito de proveer de una herramienta que permite, con apoyo en las matemáticas, graficar el esquema de razonamiento que se sigue al llevar a cabo un juicio de ponderación -o subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto-, Alexy propone el empleo de la que denomina *fórmula del peso*, misma que bien puede ser utilizada por el operador jurídico para hacer más transparentes -tanto para sí mismo, como de cara a los destinatarios de sus decisiones- los argumentos esgrimidos al desarrollar el mencionado juicio de ponderación. En relación con la estructura y la dinámica de la fórmula del peso, puede verse: ALEXY, Robert, "La fórmula del peso", cit., pp. 15-49; BERNAL PULIDO, Carlos, "Estructura y límites de la ponderación", en Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 26, Universidad de Alicante, 2003, pp. 225-238.



2.5. Aspectos procedimentales.

En relación con el procedimiento de adopción de las medidas cautelares, con el fin de garantizar el debido proceso y en particular el derecho de contradicción, previo otorgamiento de la tutela cautelar -salvo en el caso de las medidas cautelares de urgencia previstas en el artículo 234 CPA y CCA- se adoptó como procedimiento insoslayable la previsión en el sentido de que de la solicitud de la medida cautelar se corra traslado a la parte demandada para que ella tenga la posibilidad de exponer sus argumentos, sus puntos de vista y que el juez, al pronunciarse respecto de la petición de amparo cautelar, lo haga sobre la base de haberle brindado esa oportunidad a la entidad demandada para así conocer las dos caras de la moneda -artículo 233- y garantizar la efectividad plena de derecho fundamental al debido proceso, consagrado como rector de la actuación judicial en el artículo 29 de la Constitución Política, cuyas dimensiones al derecho de defensa y al principio de contradicción emergen con fuerza y claridad en este punto.

Ahora bien, en cuanto tiene que ver con los recursos procedentes contra las decisiones que resuelven solicitudes de medidas cautelares, la regulación de la Ley 1437 de 2011 suscita algunas inquietudes. Los artículos 229 y 230 CPA y CCA, a lo largo de todo su contenido, dejan claro que la decisión sobre medidas cautelares podrá ser adoptada por el Magistrado Ponente en tribunales colegiados, de suerte que si la profiere el Juez unipersonal, no ofrece mayor dificultad advertir que contra ella procederá el recurso de apelación para ante el Tribunal Administrativo correspondiente; por su parte, si la determinación es adoptada por el Ponente, lo lógico será que se conceda el recurso de súplica.

Sin embargo, en el artículo 125 CPA y CCA se realizaron unos ajustes que condujeron a que el texto final de la norma establezca que será de competencia del Juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados las decisiones a las cuales se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 del Código serán dictadas en sala y ocurre que el numeral 2 del artículo 243 se refiere al decreto de las medidas cautelares, lo cual conduce a pensar que, en los términos del artículo 125 en mención, la providencia mediante la cual se resuelva una petición de amparo cautelar debería ser proferida en sala, pero en los términos de los artículos 229, 230 y 236 parecería abrirse paso la posibilidad de que fuese el Ponente quien pudiese dictar tales proveídos.

En ese orden de ideas, estamos en presencia de una cuestión que precisa de mayor claridad, pues si la decisión sobre la solicitud de medida cautelar es dictada en sala, el recurso contra ella procedente cambiaría, de suerte que si la misma es proferida por un Tribunal Administrativo, el procedente sería el recurso de apelación para ante el Consejo de Estado, mientras que si el proveído es dictado en sala en el Consejo de Estado, el recurso procedente sería el de reposición y en ningún caso el de súplica.



Más allá de estos inconvenientes que sin duda deberán ser resueltos con el concurso de la jurisprudencia, no puede menos que saludarse muy positivamente la nueva regulación que en materia de medidas cautelares contiene la Ley 1437 de 2011, pues con ella el ordenamiento jurídico colombiano no sólo hace compatibles en esta materia las disposiciones procedimentales en lo contencioso administrativo con los postulados constitucionales que imperan en nuestro sistema a partir de 1991 -en especial con el contenido del derecho fundamental de acceso (sustancial y eficaz) a la Administración de Justicia-, sino que se recogen los importantes avances que sobre el tema se han ido cosechando, lenta y paulatinamente, en el derecho comparado.



Recursos ordinarios en la Ley 1437 de 2011

Por: Héctor J. Romero Díaz

Ex-Consejero de Estado

Miembro de la Comisión de Reforma

La idea de emprender la magna obra de hacer un Código procesal para la Administración Pública y para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo nació del Consejo de Estado. Fue por esto que se conformó una comisión integrada por los cuatro integrantes de la Sala de consulta, un Consejero elegido por cada una de las Secciones que conforman la Sala Plena de la Jurisdicción de lo Contencioso, un delegado del Consejo Superior de la Judicatura, delegados del Gobierno Nacional, del Congreso de la República y cuatro asesores externos acordados por los delegados del Consejo de Estado, lamentablemente, algunos de estos hubieron de retirarse tempranamente.

Además, para la elaboración de esta producción del intelecto, invitamos, oímos y acogimos varias ideas de profesores de derecho, tratadistas, abogados litigantes, universidades, agremiaciones diversas, todo con el fin de tener una óptica, opinión y resultado lo más amplio y atinado posible.

Se pretendió dar vida a un Código moderno, con reglas y principios que incluyeran jurisprudencia y doctrina reiterada, útil y práctica, que respondiera a las necesidades y realidades de un Estado Social de Derecho, eso sí, sin la pretensión de cambiar sólo por innovar. Coherentemente, se trata de una obra *nova et vetera*, en la medida en que se mantuvo lo que existía y se encontró con valor científico-jurídico, funcional y eficaz para una mejor, pronta y recta administración de justicia. Y, en la misma línea de pensamiento, se suprimió todo aquello carente de valor, inoperante o caduco.

Para ocuparme del tema de los recursos ordinarios, sin más, desciendo a su estudio en el nuevo Código, en todo caso, con la advertencia previa, como habrá de concluirse al final, que no se derogó el conocimiento, sólo se buscó la actualización en lo que se creyó nuevo, práctico y de utilidad.

Para mostrar, de una manera sencilla y de fácil comprensión lo que se mantiene del actual Código Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Decreto 01 de 1984 con sus reformas- y lo que se introduce con el nuevo Código -Ley 1437 de 2011- que regirá desde el 2 de julio del año 2012, haré un paralelo entre las dos legislaciones.



1. Recursos ordinarios ante la administración

En primer término haré alusión a los recursos propios de la tradicionalmente llamada vía gubernativa, esto es, los previstos para hacerlos valer ante la Administración.

Tanto en la legislación vigente como en la que comenzará su vigencia en julio del 2012, es igual el número de recursos que prevén una y otra, a saber: reposición, apelación, queja e insistencia, éste, si bien no es propiamente un recurso, así se le ha conocido en el medio jurídico - administrativo.

1.- Recurso de reposición: el artículo 50 de la actual legislación consagra como objeto o finalidad de este medio de impugnación, buscar que la entidad o el funcionario que expidió el acto administrativo lo aclare, modifique o revoque.

Por su parte, el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 establece que el recurso de reposición procede, en general, contra los actos definitivos y se interpone ante quien expidió la decisión impugnada para que la aclare, modifique, adicione o revoque. Es claro que no procede reposición contra los actos de carácter general ni contra los de trámite, preparatorios o de ejecución, salvo previsión normativa especial [art.75 ibídem].

El artículo 74 citado trae una novedad de redacción, no de fondo, y consiste en que en la nueva legislación se consagra que a través de la reposición se puede solicitar y obtener que el acto sea **adicionado** por quien lo expidió. A no dudarlo, entre más clara sea la legislación, mejor será su grado de entendimiento, con mayor razón si se tiene en cuenta que para interponer este recurso y, en general, los que proceden ante la Administración no se requiere de abogado, dado que puede interponerlos directamente el interesado sin que sea necesario que tenga la calidad de profesional del derecho [Art.77 numeral 1 Ley 1437 de 2011].

Sin embargo, en la forma como ha venido siendo consagrada la norma, a nadie, en una clara y sencilla hermenéutica jurídica o entendimiento de la ley, le cabe duda que cuando se establece que como resultado de la reposición puede **modificarse** el acto administrativo, ésta expresión genérica comprende también la de adicionar el aludido acto. Pero, en todo caso, bienvenida la claridad.

En cuanto a la forma en que habrá de interponerse el recurso de reposición, tanto en la legislación vigente como en la nueva, se consagra, en principio, que habrá de hacerse por escrito - concreta y debidamente sustentado, con la petición y aporte de las pruebas que se pretenda hacer valer, si fuere el caso, y la dirección física o electrónica donde el recurrente recibe notificaciones- se presentará ante el funcionario que dictó el acto recurrido, si éste se niega a recibirlo se podrá hacer uso del recurso de queja, como adelante se explicará. El escrito que contiene el recurso requiere de presentación personal salvo si quien lo interpone, ya había sido reconocido en la actuación [art.77 L. 1437 de 2011].



La oportunidad para interponer el recurso en estudio es en la diligencia de notificación personal o dentro de los cinco días siguientes a ella o a la notificación por aviso o al vencimiento del término de publicación, según el caso.

Es importante resaltar que la nueva Ley amplió el término para interponer el recurso de reposición en cinco días más, es decir, que a partir de la vigencia del nuevo Código, el recurso podrá interponerse en el acto de notificación personal o dentro de los diez días siguientes a la notificación por aviso o del término de publicación.

En ambas legislaciones, la vigente y la nueva, se mantiene expresamente consagrado que si el recurso de reposición, o el que proceda, se pretende interponer contra actos presuntos, la impugnación podrá hacerse en cualquier tiempo, excepto cuando el eventual impugnante haya acudido a la jurisdicción.

Importante consagración legal en el nuevo Código es la de que la reposición, como los demás medios de impugnación, pueden presentarse a través de medios electrónicos. Así mismo, podrá pedir el impugnante que las notificaciones que hubieren de hacerse también se surtan de la misma manera. Guarda perfecta coherencia esta preceptiva legal con los medios y adelantos científicos de la hora actual, como ya lo había hecho la Ley 527 de 1999.

El nuevo Código recogió trascendental criterio jurisprudencial y reciente legislación, en el sentido de que para tramitar el recurso no es obligación del recurrente pagar la suma que el acto administrativo le exija, salvo, desde luego, si a bien tiene, pueda pagar lo que reconoce deber [art.77 *in fine* Ley 1437 de 2011].

Si el recurso se interpone por medio de representante o apoderado, éste necesariamente debe ser abogado y, por lo mismo, acreditar tal calidad. Cuando se obra como agente oficioso, éste también debe ser abogado y, en todo caso, deberá prestar la caución que le señale el juzgador para garantizar que su agenciado o representado ratificará su actuación dentro de los dos meses siguientes, so pena de que, si así no ocurre, se haga efectiva la caución y se ordene el archivo del expediente [art.77 numeral 4 inciso 1 y 2 Ley 1437].

2.- Recurso de apelación: Dispone el artículo 76 de la nueva Ley, en su tercer inciso, que el recurso de apelación puede interponerse como subsidiario del de reposición o directamente, ello en virtud de que no es obligatorio interponer reposición para acudir luego ante la Jurisdicción, igual sucede con el de queja. En esto la nueva legislación mantuvo la misma consagración de la legislación vigente.

El recurso de apelación, cuando proceda, habrá de interponerse para que lo resuelva el inmediato superior administrativo o funcional de quien profirió la decisión que se impugna, y su interposición es esencial, obligatoria, para poder acudir luego a la Jurisdicción, so pena de que si así no se procede, el juzgador Contencioso Administrativo



ante quien se presente la demanda la rechace por no haber cumplido con este requisito previo procesal. En otros términos, la interposición del recurso de apelación es requisito de procedibilidad para demandar el acto ante el juez competente. La nueva Ley mantiene idéntica regulación.

El artículo 74 numeral 2 inciso 2 de la nueva legislación enuncia las decisiones que no son objeto de recurso de apelación y, desde luego, ellas podrán, sin más, ser demandadas ante la Jurisdicción. Ellas son: las que profieran los ministros, directores de departamentos administrativos, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas, directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos, actos proferidos por los representantes legales y jefes superiores de las entidades y organismos de nivel territorial. Tampoco, como quedó consagrado para la reposición, habrá recurso de apelación contra los actos de carácter general ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución, salvo que alguna norma especial consagre lo contrario [Art. 75 Ley 1437 de 2011].

Como el de reposición, el recurso de apelación busca que el superior aclare, modifique, adicione o revoque la decisión impugnada. De aquí la importancia que el recurrente exponga de manera sucinta y breve, pero completa, los argumentos fácticos y jurídicos que le asisten para convencer al superior de la razón que le asiste para obtener su cometido: lograr la modificación o invalidación de la decisión con la cual se encuentra inconforme. La sustentación o fundamentación del recurso ha de ser coetánea con su interposición que, al igual que la reposición, ha de hacerse, por escrito en la diligencia de notificación personal de la decisión que se pretende recurrir o dentro de los diez días siguientes a ella, o a la notificación por aviso o al vencimiento del término de publicación, según fuere el caso. Si se trata de recurso contra actos presuntos, al igual que la reposición, la apelación podrá interponerse en cualquier tiempo, excepto cuando ya se haya acudido a la Jurisdicción [art.76 [1] Ley 1437 de 2011].

A pesar de que el recurso de apelación, como se dijo, lo debe resolver el superior de quien profirió la decisión, su presentación debe hacerse ante inferior, o sea, ante el funcionario que profirió el acto que se impugna (art.76 [2] *ibídem*).

En relación con la presentación personal y el uso de los medios electrónicos para el recurso de apelación es aplicable cuanto se dijo para el recurso de reposición, por lo cual a ello me remito.

3.- Recurso de queja: Cuando el legislador establece medios a través de los cuales el administrado puede manifestar su desacuerdo con los actos de la administración, los funcionarios están en la obligación de recibirlos y estudiarlos para que, mediante la reposición, sea el mismo funcionario quien revise su actuación y la corrija si encuentra que se ha equivocado, o el superior, a través de la apelación, sea quien, de encontrar errónea la decisión de inferior, la revoque o reforme. Pero, para que esta oportunidad legal se dé, es necesario que el interesado interponga oportunamente el recurso de



apelación, el que, de llenar los requisitos legales, debe ser concedido en el efecto suspensivo, y enviado al superior para que éste resuelva, no está, pues, al arbitrio del funcionario conceder o no el recurso y, precisamente cuando se rechaza o niega el recurso de apelación debidamente propuesto, el administrado puede hacer uso del recurso de queja, con el fin de que el superior revise la decisión que se rechazó o negó y, si es del caso, conceda el recurso ilegalmente negado por el funcionario de primera instancia.

El recurso de queja está previsto en la misma forma que lo consagró el artículo 78 de la nueva Ley 1437, en el artículo 50[3] de la legislación vigente. En la nueva legislación se dispuso de manera expresa que es facultativo del interesado hacer uso de él. En todo caso, si se quiere interponer este recurso, el recurrente deberá cumplir con las exigencias del artículo 77 de la nueva Ley: hacerlo por escrito y dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la decisión que le negó o rechazó el recurso de apelación, ante el superior del autor de ésta, quien, una vez recibido el escrito que contiene la queja, dispondrá que el inferior le remita el expediente y, sin más, resolverá concediendo el recurso de apelación si lo encontrare procedente y, desde luego, continuar con el trámite que debe imprimirse a la apelación, según quedó estudiado. Si encuentra que no procede la apelación, la declarará bien denegada y dispondrá el envío del expediente al inferior.

No debe perderse de vista que este trámite es el señalado cuando la interposición del recurso de queja es en la vía administrativa, pues, cuando del mismo se trata, como recurso ordinario ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el procedimiento, como adelante se verá, es el especial previsto en el artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, conforme a la remisión que en este sentido hace el artículo 245 del de la nueva Ley.

4.- Insistencia: esta figura jurídica, en verdad, no es propiamente un recurso, no obstante, así ha sido llamada en la práctica, incluso, por buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia. La necesidad y grande importancia que ésta tiene para el mundo jurídico en general y, en particular, para garantizar los derechos de los administrados que a continuación analizo, es lo que hace que considere oportuno ocuparme de ella en este lugar.

El fundamento en derecho de esta institución, en la legislación que hoy rige, se encuentra en los artículos 74 de la Constitución Política, 19 del Código Contencioso Administrativo y 23 de la Ley 57 de 1885.

El nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo la acogió con la misma finalidad, pero con importantes novedades, que a continuación se estudian, en los artículos 5[3], 14[1], 24, 25, 26 151 [7].

El propósito de la insistencia es garantizar y hacer efectivo el derecho que tienen los administrados de obtener la información que repose en los registros y archivos públi-



cos de acuerdo con la constitución y la ley, cuando la petición de documentos no sea resuelta por la Administración dentro de los diez días siguientes a la fecha en que ésta la recibió. Por mandato legal, si en el término dicho no se ha comunicado respuesta al peticionario, se entenderá que la solicitud fue aceptada y, en consecuencia, la Administración no podrá negar la entrega de los documentos al peticionario, lo que debe hacer dentro de los tres días siguientes [Art. 14 [1] Ley 1437 de 2011].

La clase de documentos a los cuales tiene derecho a acceder el administrado y el procedimiento para su petición se prevé en los artículos 24 y siguientes de la nueva legislación.

La norma general es que los administrados pueden pedir y tener acceso a toda clase de información y documentos. La excepción es, en consecuencia, la contraria, sólo son reservados y, por ende, no se pueden obtener los que de manera expresa, por mandato legal, tengan ese carácter, a saber:

Los que gocen de protección comercial o industrial, los relacionados con la defensa o seguridad nacionales, los amparados por el secreto profesional, los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, las historias clínicas, salvo que las pidan los propios interesados o sus apoderados con facultad expresa, los relativos a condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la Nación, por un término de seis meses contados desde la realización de la respectiva operación [art. 24]. Desde luego, a la anterior lista será necesario agregar los documentos o información que, por mandato legal expreso, también tengan el carácter de reservados.

En caso de que cualquier persona solicitare información o copia de documentos que tengan naturaleza de reservados, la autoridad rechazará la petición, pero es su obligación motivar la decisión y citar la norma o normas que le dan el carácter de reservado y, en todo caso, notificar al peticionario [art.25].

En la legislación vigente, la insistencia se interpone ante el tribunal administrativo si la petición de la información o los documentos se dirige contra una autoridad del orden nacional, departamental o del Distrito Capital. En cambio, será competente para resolver la insistencia el juez administrativo si la solicitud es ante otra autoridad distrital o municipal. El juzgador debe resolver la petición dentro de los diez días siguientes a aquel en se formule y la autoridad habrá de permitir el acceso a la información o expedir las copias pedidas, según fuere el caso, dentro de los tres días siguientes, so pena de que sea sancionado con pérdida del empleo o cargo.

La Ley 1437 de 2011 trae importantes novedades en relación con la figura jurídica de la insistencia. En primer lugar, no establece, como se acaba de ver, la pérdida del empleo como sanción por no entregar las copias o suministrar la información. En cambio, califica la conducta de quien así actúa como falta gravísima. Otra novedad



de la citada Ley es que consagra como motivo de suspensión del término para que el juzgador decida, el hecho de que éste requiera y pida pruebas para mejor resolver, caso en cual la suspensión será por el término legal de diez días. Un tercer aspecto que no contiene la legislación que hoy rige y que fue consagrado por la nueva Ley es el evento en cual también se suspende, pero sólo por cinco días, el término para resolver la solicitud de insistencia, lo que ocurre cuando la autoridad pide que sobre el asunto tenga conocimiento el Consejo de Estado con el fin de que se unifique jurisprudencia o por tener el tema especial importancia jurídica.

Decisión de los recursos de reposición y apelación: La nueva Ley establece de manera unificada la forma en que han de resolverse los recursos tanto de reposición como de apelación. Así, en primer término, el artículo 79 dispone que uno y otro se tramitarán en el efecto suspensivo, lo que significa que la competencia del inferior se suspende desde la ejecutoria del auto que concede el recurso hasta que se notifique el de obediencia a lo resuelto por superior, en los términos del artículo 354[1] del Código de Procedimiento Civil.

De otra parte, con el propósito de no dilatar el trámite y obtener una jurídica y pronta solución del asunto, el legislador faculta a la autoridad para que cree grupos especializados que se ocupen en la preparación de los proyectos de decisión que ha de tomar la Administración [Art.82].

Una vez el expediente se encuentre al despacho del funcionario que ha de resolverlo, quien deberá preocuparse para que de manera inmediata se ponga a su disposición, resolverá de plano, salvo que hubiere pruebas por practicar, bien porque éstas hayan sido pedidas por los interesados y fueren conducentes y pertinentes o porque el funcionario competente para resolver los recursos, encuentre que debe decretar pruebas de oficio.

Si en el trámite interviene más de una parte, se entiende si hay pruebas para decretar y practicar, deberá correrse traslado a las demás partes, por el término de cinco días.

Para la práctica de pruebas se señalará un término que no puede pasar de treinta días, incluidas las prórrogas, si a ello hubiere lugar. En el mismo auto se indicará el día que vence el término probatorio.

Vencido el término anterior, sin más autos, el funcionario deberá resolver el recurso, desde luego, en decisión motivada; en la cual, además de resolver las peticiones que se hayan planteado oportunamente, la Ley lo faculta para que también decida las que surjan a raíz del respectivo recurso [arts. 79 y 80].

Silencio administrativo por la no decisión oportuna de los recursos: el artículo 86 de la nueva Ley prevé que si pasados dos meses, contados desde la interposición de los recursos de reposición o apelación, sin notificar decisión expresa, se entiende que ella fue negativa, lo que no releva al funcionario de la obligación de



decidir, salvo que el administrado ya hubiere presentado demanda ante la jurisdicción y ésta, no sólo la hubiere admitido sino que hubiere notificado el auto que admitió la demanda. Empero, la norma consagra que el término aludido se suspenderá si hay que practicar pruebas, mientras dure la práctica de éstas, desde luego, conforme a lo estudiado sobre el tema probatorio.

Los efectos que conlleva el tener como resuelta negativamente la petición son, básicamente, que el administrado puede acudir a partir de dicha decisión ante la Jurisdicción en los casos en que la interposición del recurso sea requisito para demandar.

No obstante, por mandato de la misma norma en comentario, ésta no se aplica a la previsión del artículo 52 del mismo Código que indica el término de tres años, contados a partir de la ocurrencia del hecho, para el ejercicio de la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones, so pena de caducidad, que diferente de la que prescribe en cinco años desde su ejecutoria.

En todo caso, el término señalado para decidir los recursos es de un año, contado desde su interposición. Si no se resuelve en dicho lapso, se entiende decidido a favor del recurrente, desde luego, con las correspondientes sanciones, de todo orden, en contra del funcionario a quien se ha señalado competencia para resolver

Sanción disciplinaria por no resolver los recursos oportunamente: Con gran severidad sanciona la nueva Ley al funcionario que dentro de la oportunidad legal no decida y, desde luego, notifique los recursos interpuestos. Semejante conducta constituye falta disciplinaria gravísima [Art.86 inciso final].

Desistimiento de los recursos: Por permitirlo así el artículo 81 de la nueva Ley, el interesado podrá desistir del recurso interpuesto, desde luego, mientras éste no se hubiere decidido.

Los recursos ordinarios ante la Administración en Derecho Tributario: La Ley 1437 de 2011 no se ocupó del tema de los recursos cuando se trata de interponerlos ante la Administración contra actos administrativos expedidos por las autoridades tributarias, bien sea la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN-, cuando se trate de impuestos de carácter nacional: Renta, IVA, Registro, Patrimonio; o ante las entidades territoriales – departamentos y municipios- cuando se trate de impuestos de esta naturaleza, como ocurre, con el Predial, de Vehículos, el Ica, entre otros. Tampoco el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo derogó norma alguna del Estatuto Tributario de las que regulan el tema de los recursos.

Así las cosas, la regulación actual de los recursos establecida en el Estatuto Tributario continúa rigiendo aún a partir de la entrada en vigencia la nueva Ley - dos de julio de 2012 – desde luego, salvo que alguna reforma se produzca en esta materia. Por lo anterior, es preciso hacer algunos comentarios acerca de los recursos ordinarios administrativos en Derecho Tributario.



El recurso de reposición en actuaciones administrativas tributarias: en materia administrativa tributaria el recurso de reconsideración desempeña la misma función que el de reposición, dicho de otra manera, la reposición en derecho tributario se llama reconsideración. Sin embargo, el recurso de reposición, propiamente dicho, también procede en las actuaciones tributarias, pero con una finalidad distinta a la establecida para la reposición general en Derecho Administrativo. En efecto, en tributario el recurso de reposición tiene lugar cuando se ha inadmitido el de reconsideración, y se propone ante el mismo funcionario que inadmitió éste, dentro de los diez días siguientes, para que revoque la inadmisión. Si no la revoca, la vía gubernativa se agota desde la notificación del auto que confirma [arts. 726 y 727 del E.T.].

El recurso de reposición deberá resolverse dentro de los cinco días siguientes a su interposición. Sin embargo, si pasados quince días hábiles no se ha proferido auto, se entenderá que el recurso se admitió y deberá procederse a resolver de fondo [art. 726 del E.T.].

Pese a lo dicho, el Estatuto Tributario regula en los artículos 735 y siguientes algunos eventos en los cuales cabe el recurso de reposición, aquí sí con la finalidad de que se revise la decisión tomada. En efecto, así sucede cuando se pretenda impugnar la resolución por clausura de establecimiento de que trata el artículo 657 del mismo Estatuto o por incumplir la clausura a que se refiere el artículo 658 *ibídem*. También se consagra el recurso de reposición con la misma finalidad a que aquí se alude, contra el acto que impone sanción a contadores públicos y revisores fiscales [739 del E.T.].

Así las cosas, la discusión de los actos de la Administración en materia impositiva, esto es, contra las liquidaciones oficiales, resoluciones que impongan sanciones, ordenen el reintegro de sumas devueltas, así como cualquier otro acto que se expida y que tenga que ver con impuestos administrados por la Dirección de Impuestos Nacionales y, en términos generales, por los entes territoriales, pues casi todos copian para su regulación el Estatuto Tributario nacional, se rigen, por lo menos en lo nacional, por los artículos 720 a 741 del Estatuto Tributario.

En lugar del recurso de reposición que tradicionalmente es el indicado para impugnar y controvertir la decisión ante el mismo funcionario que la expidió, en Derecho Tributario, como se anotó, se utiliza, con la misma finalidad, el denominado recurso de reconsideración. Este recurso se interpone ante la oficina competente para conocer de los recursos tributarios de la Administración de Impuestos que hubiere producido o practicado el acto. El término para interponerlo es mucho más amplio que el que en general se tiene en Derecho Administrativo y Procesal jurisdiccional para el recurso de reposición. En efecto, por mandato del artículo 720 segundo inciso del E.T., modificado por el artículo 67 de la Ley 6 de 1992, el recurso de reconsideración deberá interponerse dentro de los dos meses siguientes a la notificación del acto y la Administración tiene un año para resolverlo, término que se cuenta desde la notificación del acto en debida forma, y, puede suspenderse si se llegare a practicar inspección tributaria, por el tiempo que dure ésta y hasta por tres meses si no fuere a petición de parte sino decretada de oficio. Si transcurridos los términos anteriores el recurso no se ha resuelto,



se entenderá fallado a favor del recurrente y así habrá de declararlo la Administración [artículos 732, 733 y 734 del E.T.].

Especial énfasis debe hacerse frente a la expresión “deberá interponerse el recurso” en razón de que la interposición de la reconsideración es esencial para poder acudir a la Jurisdicción, esto es, como tradicionalmente se ha dicho, es necesario agotar la vía gubernativa, so pena de que en caso de presentar demanda sin haber cumplido esta exigencia, ella sea rechazada. No obstante lo anotado, el artículo 283 de la Ley 223 de 1995 permite que el contribuyente pueda acudir directamente a la Jurisdicción sin que previamente haya interpuesto el recurso de reconsideración lo que tiene lugar si se dan las siguientes condiciones: que la Administración le haya hecho al contribuyente requerimiento especial, que aquel haya atendido en debida forma el requerimiento y no obstante se practique liquidación oficial.

Para que el recurso sea admitido y tramitado, como es natural, debe cumplir con los requisitos que la misma ley señala y que básicamente son los mismos de todo medio de impugnación, a saber: que se formule por escrito y dentro de la oportunidad legal, con expresión concreta de los motivos de inconformidad. La interposición puede hacerla directamente el contribuyente, responsable, agente retenedor o declarante. Desde luego, el recurrente, si lo prefiere, puede hacerlo a través de apoderado legalmente constituido. Igualmente puede existir intervención de agente oficioso, quien ha de ser abogado, pero en este caso la persona por quien obra tiene la carga de ratificar la actuación del agente dentro del término de dos meses, contados a partir de la notificación del auto que admitió el recurso. De no darse la ratificación, el recurso se tendrá por no presentado y se revocará el auto que lo admitió [art.722 E.T.].

Tanto el poder como el recurso requieren de presentación personal, la que puede suplirse o reemplazarse autenticando la firma de quien o quienes suscriben el correspondiente escrito [art.723 E.T.].



2. Recursos ordinarios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo

Los recursos ordinarios ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo están regulados en los artículos 180 a 184 del Código de la materia.

1. Recurso de reposición: el artículo 180 del C.C.A., modificado por 57 de la Ley 446 de 1998 dispone que el recurso de reposición procede contra los autos de trámite que dicta el ponente y contra los interlocutorios dictados por las salas del Consejo de Estado, por los tribunales o por el juez, cuando no sean susceptibles de apelación.

Para su trámite y oportunidad remite al artículo 348, incisos 2 y 3, y 349 del Código del Código de Procedimiento Civil.

Por su parte, la Ley 1437 de 2011 se ocupa de la reposición en el artículo 242 y en forma más genérica y técnica establece que este medio de impugnación procede contra todos los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica. En cuanto al trámite y oportunidad, mantiene la legislación vigente en el sentido de que también remite para ello a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

Es importante resaltar que los artículos 348 y 349 del Estatuto Procesal Civil, que se ocupan del procedimiento a seguir en el trámite del recurso de reposición, fueron modificados por el artículo 13 la Ley 1395 de 2010, precepto éste que dispone como finalidad del recurso en comentario que la providencia impugnada sea revocada o reformada dentro de lo cual ha de entenderse que puede ser adicionada, como quedó expuesto al tratar el mismo recurso en la vía administrativa. Importante consagración hizo también la Ley aquí citada, al consagrar de manera expresa que no cabe reposición contra los autos que resuelven un recurso de apelación, uno de súplica o una queja. Y, es importante esta consagración, pues, fueron muchos los debates y discusiones que en los estrados judiciales se dieron frente a si en los casos mencionados podía proponerse reposición, y múltiples también las reposiciones que se propusieron, medios que si bien, en términos generales no fueron admitidos por la jurisprudencia, sí condujeron a demoras en la ejecutoria de las decisiones judiciales y, desde luego, a recargo de trabajo para los jueces.

2. Recurso de apelación: Quizá fue a este el recurso al que la nueva Ley le hizo el mayor número de modificaciones, unas, en verdad, afortunadas y, otras, que merecen serios reparos, como a espacio se hacen a continuación:

La legislación vigente regula la apelación en el artículo 181 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el 57 de la Ley 446 de 1998, en tanto que la Ley que comenzará su vigencia el dos de julio de 2012 se ocupa del mismo en los artículos 243, 244 y 245. Tanto en una como en otra legislación se comienza por enumerar, de manera taxativa, las providencias que son apelables. Según el artículo 181 del C.C.A., son apela-



bles las sentencias de primera instancia que profieran tanto los tribunales como los jueces administrativos. La nueva Ley, sobre este particular, establece idéntica regulación.

Cuando se trata de autos, son apelables, para la legislación vigente, los que profieran, también en primera instancia, tanto los tribunales como los jueces:

2.1. El que rechaza la demanda. Idéntica consagración trae el numeral 1 de la ley 1437 de 2011. Lamentablemente no se acogió aquí la previsión legal establecida en el artículo 14 de la Ley 1395 de 2010, aplicable al Procedimiento Civil, la que con mucho más acierto consagra el recurso de apelación no sólo para el auto que rechaza la demanda sino, además, para providencias igualmente importantes como la que rechaza la reforma, la adición, o la contestación a la misma.

Resulta sumamente grave dejar los proveídos mencionados sin oportunidad de revisión por el superior de quien profirió el auto, pues, las consecuencias de dejar por fuera de debate judicial una reforma o adición son inimaginables y qué decir de tener por no contestada una demanda, de pronto sin razón, lo que sencillamente equivale a dejar sin defensa al extremo pasivo, con lo cual, además de los efectos procesales que ello conlleva, se le podría estar violando el debido proceso, el derecho a la doble instancia y desde luego, el debido proceso. Trabajo de gran importancia corresponde aquí a la jurisprudencia, con mayor razón si se tiene en cuenta que en un extremado celo del nuevo legislador contencioso, en la materia en estudio, consagró en el parágrafo único del artículo 243 que la apelación sólo procederá de acuerdo con las normas de la Ley 1437, “incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil”.

2.2. El numeral 2 del artículo 181 de la legislación vigente contempla como apelable el auto que resuelva sobre la suspensión del proceso. La nueva legislación agregó que es apelable el auto que decreta una medida cautelar. Hizo bien en ampliar la impugnación para todas las medidas cautelares, no únicamente para la suspensión provisional. Empero, fue desatinada al dejar la apelación sólo para la providencia que la decreta la medida cautelar y no, en general, para el que la resuelva, con lo cual hubiera quedado comprendida también para el que la niegue. Igualmente se consagró en este numeral la apelación para los proveídos que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en el mismo trámite.

2.3. Es apelable, así mismo, aquí en ambas legislaciones, la vigente y la nueva, el auto que ponga fin al proceso.

2.4. En el Código vigente hasta julio de 2012 es apelable el auto que resuelva sobre la liquidación de condenas. El numeral 5 del artículo 243 de la Ley 1437 además de mantener esta disposición, agrega como apelable el que apruebe la liquidación de perjuicios y las conciliaciones extrajudiciales o judiciales. En relación con las conciliaciones, agrega que esta apelación sólo puede ser interpuesta por el Ministerio Público, lo cual es explicable, pues, no tiene sentido que si las partes han celebrado una conciliación, a conti-



nuación pueda alguna de ellas o ambas, no estar de acuerdo y proceder a apelarla. No obstante, la misma tesis debería aplicarse para el Ministerio Público cuando él ha intervenido, lo que ocurre siempre que se adelante una conciliación extrajudicial con el Estado, que, por mandato legal, sólo puede llevarse a cabo ante el agente del Ministerio Público.

Obsérvese que la legislación que hoy rige era más amplia en materia de apelación de autos en relación con conciliaciones judiciales, en la medida que permite la apelación tanto para el auto que aprueba como para el que no aprueba conciliaciones judiciales o extrajudiciales.

2.5. Es apelable en la actual legislación y continúa igual en la nueva, el auto que decreta nulidades procesales.

2.6. Otra disposición en la que encuentro hubo retroceso en la nueva Ley es la consagrada en el artículo 243[7], según la cual es apelable el auto que niegue la intervención de terceros. Más atinada y protectora de mayores derechos y garantías procesales es la que contiene el actual artículo 181[7] del C.C.CA., conforme a la cual se puede apelar no sólo el auto que niegue sino también el que admita dichos terceros, los que podrían, incluso, querer entrar al proceso con ánimos no ajustados a la legalidad, por ejemplo, para torpedearlo, y aceptados erróneamente por un juez, no tienen las partes la oportunidad de llevar la providencia a conocimiento del juzgador de segundo grado, para que éste enmiende el yerro.

2.7. El numeral 8 del actual C.C.A, permite apelar el auto que niegue la apertura a pruebas del proceso o el señalamiento de términos para practicarlas o no decrete alguna pedida oportunamente o niegue su práctica. La nueva legislación mantiene la anterior preceptiva legal, pero agrega que también es apelable el auto que prescinda de la audiencia de pruebas. Es apenas natural esta novedad, habida cuenta que en la nueva Ley procesal se introduce el sistema de audiencias para el procedimiento Contencioso Administrativo.

2.8. Es lamentable que la nueva Ley no haya consagrado como sí lo hizo la Ley 1395 de 2010, la apelación para el auto que niegue total o parcialmente el mandamiento de pago o el que rechaza de plano las excepciones de mérito en el proceso ejecutivo, norma que si bien no existe en el Estatuto Procesal Contencioso Administrativo que hoy rige, ello tiene perfecta explicación dado que la Jurisdicción Contencioso Administrativa no conocía de procesos ejecutivos, pero hoy la situación es completamente diferente en virtud de que la ley le asignó competencia para conocer de esta clase de procesos.

En ambas legislaciones se mantiene como principio general que el recurso de apelación se concede en el efecto suspensivo.

Sin embargo, las apelaciones a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 8 del artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 se surtirán en el efecto devolutivo, lo que significa que si se trata del auto que decreta una medida cautelar, del que resuelve incidentes de respon-



sabilidad o desato en el mismo trámite, así como del que decreta una nulidad procesal o del que niega la intervención de terceros o del que prescinda de la audiencia de pruebas, el auto apelado se cumplirá y tampoco se suspende el proceso. No resulta conveniente, por múltiples razones, desgaste para la administración de justicia, perjuicios, por ejemplo, sobre todo para los últimos casos, que haya una condena o que se adelante un proceso que a la postre puede carecer de todo valor por resolverlo así el superior.

Dispone, además, el mencionado artículo 243 que los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 de dicha norma sólo son apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia. Los casos son los siguientes: el auto que rechaza la demanda, el que decreta una medida cautelar, el que resuelva un incidente de responsabilidad y desacato en el mismo trámite, el que ponga fin a un proceso y el que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales. Conforme a esta norma, cualquier auto de los acabados de mencionar que sea proferido por un juzgado administrativo, quedará sin la oportunidad de que sea revisado por el superior jerárquico de quien dictó el proveído, lo cual, podría pensarse, evita que los procesos se demoren. Empero, convertir en irrecurribles decisiones de tanta trascendencia como el que rechaza una demanda o cualquier otro auto que ponga fin a un proceso, no puede sustentarse con el solo planteamiento de que así se evita la dilación de los procesos, entre otras múltiples razones, porque si bien es cierto que la Constitución establece en el artículo 31 que la ley puede consagrar excepciones a la doble instancia, es decir, que ésta no tiene carácter absoluto, también es verdad que el principio general constitucional y universal es el de que toda sentencia ha de tener apelación o consulta. Y, no se diga que las providencias a que se está haciendo alusión no son sentencias sino autos, pues, sin el menor asomo de duda, la resolución judicial que pone fin a un proceso así tenga forma de auto, en el fondo equivale a una verdadera sentencia. Además, no ha de perderse de vista que el establecimiento de única instancia debe ser excepcional [Corte Constitucional, sentencia C-103 de 2005, entre otra]. Lo jurídico y justo es propender por una verdadera garantía de fundamentales principios y derechos constitucionales y, desde luego, buscar la seguridad jurídica, pero sin detrimento de la protección de aquellos. La única instancia, en el sentir acertado de connotados procesalistas, puede llevar al autoritarismo, con mayor razón si la decisión está en manos de un juez unipersonal, pues, sin duda, el riesgo es mucho menor cuando el juzgador es colegiado.

El trámite de la apelación de sentencias en la Ley 1437 de 2011: El artículo 247 de la nueva normatividad se ocupa de la regulación que ha imprimírsele a la apelación de las sentencias en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Comienza por disponer que el recurso se interpone ante el juzgador que dictó la providencia dentro de los diez días siguientes a la notificación. Impone, además, la carga de sustentarlo coetáneamente con su interposición. Si el recurso fue interpuesto conforme a derecho, el juzgador de primer grado lo concederá y en el mismo auto dispondrá que se envíe al superior. Agrega el numera 2 del artículo recientemente citado



que el superior decidirá de plano, si no hubiere pruebas que practicar, y que si las partes pidieron pruebas, el superior resolverá si las decreta, obviamente, habrá de hacerlo si la solicitud y su decreto se ajustan a las previsiones legales.

Sin embargo, la redacción de la norma anterior no es muy afortunada en su redacción ni guarda coherencia con lo que la misma establece enseguida.

En primer lugar, si es cierto que el superior resuelve de plano tan pronto reciba el expediente del inferior, sin ni siquiera admitir el recurso, si no hubiere pruebas que practicar, es preciso observar que se violaría el derecho de contradicción y de igualdad que tiene la parte contraria a quien recurrió para pronunciarse sobre los argumentos del apelante, pues, así como una parte tiene derecho a impugnar, la otra debe tener el correlativo para defender sus intereses, si como ocurrirá, las más de las veces, la decisión recurrida la favorece.

Empero, la inquietante falencia de la norma anterior, que no debe aplicarse por ser contraria a derecho, queda disipada si se observa que el numeral 3 del mismo artículo preceptúa que una vez recibido el expediente por el superior, lo primero que hará será estudiar si el recurso reúne los requisitos y, en primer lugar, decidir sobre su admisión.

Y, continúa la norma, admitido el recurso o vencido el término probatorio, si a ello hubiere lugar, señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, que deberá llevarse a cabo en un término no mayor de veinte días. Si el magistrado ponente considera innecesaria la audiencia, ordenará que se presenten alegatos por escrito, dentro de los diez días siguientes y dictará sentencia en los veinte días posteriores.

De la norma anterior fácilmente se desprende, en consecuencia, que el numeral 2 del artículo citado, que regula el trámite del recurso, no tiene ningún sentido y, sin duda, fue una falla de redacción, en otros términos, jamás el superior dictará sentencia de plano, como se vio, sin ni siquiera admitir el recurso, además de las razones dadas, porque el numeral 3 de la misma norma le resta todo eficacia y aplicación. En efecto, el superior, tan pronto reciba el expediente, así se hayan o no pedido pruebas, deberá dictar auto que admita el recurso, desde luego, si concurren las exigencias legales. Pero es más, el numeral 4 del mismo artículo confirma la necesidad de la admisión y trámite anterior cuando consagra que “el superior señalará fecha y hora para la audiencia [...]” así no hubiere lugar a término probatorio, y que, en todo caso, si no hay audiencia “ordenará” la presentación de alegatos. Sobra decir que si se lleva a cabo audiencia, los alegatos tendrán lugar en ésta. En suma, con este procedimiento, que es el que debe aplicarse, la contraparte del apelante siempre tendrá oportunidad para presentar sus alegatos y recorrer el traslado del escrito de impugnación. De esta manera queda a salvo la evidente contradicción y mala redacción que contiene numeral 2 frente a los 3, 4 y 5 del artículo 247 de la nueva Ley.

En relación con la apelación de autos, establece el artículo 244 de la Ley 1437 que si se profieren en audiencia, el recurso deberá interponerse y sustentarse en la misma,



luego de lo cual se dará traslado a los demás sujetos procesales y a continuación resolverá si lo concede o lo niega. Se observa aquí otra impropiedad en la redacción de la norma, pues, el momento para que el juez decida si el recurso es o no procedente es cuando se interponga, si corre traslado es porque lo encontró procedente. De manera que lo que debe resolver el juzgador una vez surtido el traslado, no es como equívocamente lo dice la norma “si lo concede o lo niega”, sino que “decidirá” el recurso, esto es, si confirma la decisión recurrida o si, por el contrario, la revoca o reforma.

Si el auto se notificó por estado, continúa el numeral 2 del mismo artículo 244, la reposición se interpondrá y sustentará dentro de los tres días siguientes ante el juez que lo profirió, a continuación, por secretaría, es decir, sin auto que lo ordene, se dará traslado a los demás sujetos procesales, por igual término, vencido éste, el juez concederá el recurso si llena los requisitos legales y lo remitirá al superior para que decida de plano, es importante observar que aquí decide de plano porque el traslado se surtió ante el juez a quo. Establece esta norma, como también quedó consagrado para la apelación de sentencias, en lo pertinente, que contra el auto que decide la apelación no procede ningún recurso. Como atrás quedaron expuestas las razones y bondades de esta prohibición, a ellas me remito.

3. Recurso de queja: el recurso de queja está contemplado en el artículo 182 del actual Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998 y simplemente remite para su procedencia y trámite al Código de Procedimiento Civil. Agrega solamente que también procede la queja cuando se denieguen los recursos extraordinarios previstos en el Código Contencioso Administrativo.

Las normas que se ocupan de su interposición y trámite en el Procedimiento Civil son los artículos 377 y 378 de dicha obra, que en resumen lo consagran para cuando el juzgador de primera instancia deniega el de apelación o cuando no se concede el de casación. Así mismo, cuando habiéndose concedido el respectivo recurso, en virtud de reposición, se revocare la providencia que lo concedió. La parte legitimada para interponer la queja habrá de pedir, en el término de ejecutoria del auto de revocó el recurso concedido, que se ordenen las copias para interponerla.

También procede la queja cuando, a pesar de haberse concedido el respectivo recurso, se otorgó en un efecto que no corresponde, para que el superior corrija la equivocación.

En cuanto al trámite que debe dársele, a diferencia de este mismo medio de impugnación en la vía administrativa, en la cual, como se vio, puede interponerse directamente ante el superior de quien negó el de apelación, el procedimiento en la vía jurisdiccional es distinto. En efecto, aquí, el recurrente deberá interponer reposición contra el auto que le negó el recurso, con el fin de que el mismo juez tenga la oportunidad de revisar y corregir su equivocación y, coherentemente, conceder el recurso mal denegado. En el mismo acto en el que se interpone la reposición, el recurrente deberá solicitar que se expidan las copias de la providencia recurrida y de las demás piezas procesales



pertinentes, para que, en caso de que no se reponga la providencia impugnada, dentro de los cinco días siguientes al que le entreguen las copias formule el recurso de queja, debidamente fundamentado, ante el superior. Si se negare la reposición, en el mismo auto el juez deberá ordenar la expedición de las copias, cuyo costo de expedición deberá cancelar el recurrente dentro de los cinco días siguientes. Si el recurrente no cancela las copias en el término legal, se declarará precluido el término para expedirlas.

Formulado el recurso de queja, el escrito se mantendrá en secretaría por dos días, a disposición de la parte contraria, luego de lo cual se resolverá. Si el superior ordena que se alleguen más copias, porque las considera necesarias para decidir la queja, el recurrente deberá, dentro de los cinco días siguientes, suministrar lo necesario para que se compulsen, so pena de que como se procede ante el inferior cuando no se paga lo indispensable para las copias se declare precluido el plazo para expedirlas.

Si el superior encuentra que el inferior obró conforme a derecho al no conceder el recurso, declarará bien denegada la apelación, casación, revisión o unificación de jurisprudencia. En caso contrario, concederá el recurso, indicará el efecto en que se concede y así lo comunicará al inferior para que remita la totalidad del expediente o las piezas necesaria para decidir el recurso concedido.

Si la queja fuere interpuesta no porque se negó el recurso sino porque se concedió en un efecto distinto, así lo indicará el recurrente, con la debida motivación ante el superior, dentro de los tres días siguientes a que éste reciba el expediente o las copias, quien decidirá de plano, y si el recurso prospera, dispondrá lo pertinente para que se tramite en forma legal.

Ahora bien, la Ley 1437 de 2011 trata el recurso de queja en el artículo 245. En la primera parte no remite, pero reproduce la regulación Procesal Civil, cuando dispone que el recurso de queja [...] procederá ante el superior cuando se niegue la apelación o se conceda en un efecto diferente, para que lo conceda si fuere procedente o corrija tal equivocación [...]. Igualmente, continúa la misma norma, cuando no se concedan los recursos extraordinarios de revisión y unificación de jurisprudencia. En cuanto al trámite, reenvía al artículo 378 del Código de Procedimiento Civil, luego, el procedimiento a seguir es el aludido en los párrafos que anteceden, a los cuales me remito.

Lo novedoso, en verdad, del artículo 245 de la Ley 1437 de 2011 es la consagración de una figura que ha dado lugar a intensos y recurrentes debates: el de la obligatoriedad de la jurisprudencia, como consecuencia del establecimiento del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia [Ley 1437 de 2011, artículos 256 a 268], medio éste de impugnación que a lo largo de los debates de la comisión fue descartado, pero que a última hora apareció acogido por la nueva Ley. Y, no fue admitido en la mayoría de los debates de la comisión, como recurso extraordinario, acápite del cual fui ponente, entre muchas razones, por las siguientes: de acuerdo con el artículo 230 de la Constitución Política, la jurisprudencia es criterio auxiliar de interpretación judicial, salvo,



desde luego, la proferida por la Corte en juicios de constitucionalidad. Conforme a la norma Superior, entonces, la jurisprudencia, en general, sirve para orientar e ilustrar el entendimiento de la ley y de la misma Constitución, pero no es fuente de derecho obligatoria, pues, por mandato del artículo 230 [1] de la Carta, los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al “imperio de la ley”, no a los medios auxiliares, como la jurisprudencia [Corte Constitucional, sentencia C-031 de 1993].

La Constitución, como norma de normas, es superior, con jerarquía que se impone por encima de cualquier ley o jurisprudencia y sólo puede ser modificada por los medios o sistemas que la misma Carta consagra, jamás por una ley ni por una jurisprudencia, que es precisamente lo que se ha hecho al consagrar, como motivo de recurso, la violación de jurisprudencia, en evidente violación del mencionado artículo 230 Superior.

Lo anterior no significa que no haya ha de buscarse unidad de criterio en las decisiones judiciales, esto es, unidad jurisprudencial, en procura de la seguridad jurídica y del derecho a la igualdad. Para lograr este propósito ha de hacerse una gran labor pedagógica y de formación de los jueces, para que tal objetivo se cumpla, pero mientras la norma constitucional esté vigente, por abundantes y bien intencionados que sean los muchos argumentos en pro de la uniformidad, no puede darse a la jurisprudencia, repito, en general, la misma naturaleza de una ley, pues, no lo es, por más que se diga que no es cualquier jurisprudencia sino que debe ser la unificada del Consejo de Estado, y que para ello debe referirse a los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Lo cierto es que nuestro sistema jurídico, antes y después de la Constitución de 1991, es predominantemente el romano-germánico en el cual prima el derecho concreto plasmado en leyes, a diferencia del sistema del common law, propio de países anglosajones, en el cual la jurisprudencia adquiere el carácter de norma de derecho y el precedente judicial es vinculante con efectos erga omnes. Mientras el artículo 230 Constitucional rijan, repito, no puede darse el carácter de precedente judicial a la jurisprudencia ni pensarse, como se ha sostenido, en criterio que no comparto, que ley no es sólo la consagrada formalmente sino la interpretación que de ésta se hace. Con esta tesis habrá que sostener que en Colombia se acabó la jurisprudencia, porque sencillamente ésta, ahora también es ley. Establecer la obligatoriedad de la jurisprudencia, en la forma como se pretende, en un sistema como el nuestro, significa quitar a los jueces y magistrados la capacidad creativa, dinámica y creadora de tesis y planteamientos jurídicos innovadores. Pero claro, frente a esto, se podrá argumentar que si el juez encuentra argumentos sólidos y fuertes para separarse de la jurisprudencia, puede plantearlos y separarse de ella. Francamente creo que esto se quedará, casi que absolutamente, apenas en retórica, con mayor razón cuando, lamentablemente, no han faltado decisiones según las cuales el juez que se separe de la jurisprudencia que para otros casos han aplicado juzgadores superiores incurre en el delito de prevaricato.

4. Recurso de súplica: el recuso de súplica fue consagrado en el artículo 246 de la Ley 1437 de 2011. El actual Código Contencioso Administrativo lo regula el artículo 183.



Según la nueva legislación procede la súplica contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado ponente en la segunda o en la 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. El término para interponerlo, debidamente sustentado, es de tres días contados a partir de la notificación del auto recurrible y se dirige a la sala de la cual forma parte el magistrado ponente. Del escrito se corre traslado, por secretaría, es decir, sin necesidad de auto, por dos días, vencido éste entrará al despacho del magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia, para resolver. El artículo recogió en buena medida la redacción del artículo 17 de la reciente Ley 1395 de 2010 para el Procedimiento Civil. Sin embargo, en esta Ley la súplica la resuelve sólo el magistrado que sigue en turno, mientras que en la Ley 1437 la decisión está a cargo de la sala, sección o subsección de que forma parte el ponente del auto recurrido. Ha de entenderse aunque en esto le faltó claridad a la norma, que éste no participa en la decisión.

5. Supresión del grado jurisdiccional de consulta: Importante novedad en materia de consulta es que la nueva Ley terminó con este grado de jurisdicción que tradicionalmente venía existiendo y procedía frente a las sentencias en que era condenado en concreto el Estado, si éstas no eran apeladas y la cuantía era mayor de 300 salarios mínimos legales mensuales o las que se dictaran contra cualquier persona que hubiere estado representada por curador ad litem [artículo 184 del C.C.A., modificado por 57 de la Ley 446 de 1998].

Para terminar, me resta decir que los efectos benéficos de la reforma dependen, fundamentalmente, de la aplicación que de ella hagan los administradores de justicia – hoy lamentablemente llamados operadores - que sin duda será la mejor, con esta certeza, la presente generación entrega a los de hoy y a los que vendrán un nuevo Código Administrativo y Contencioso Administrativo. La exigencia, como contraprestación, no es otra que estudio, amor y dedicación, en bien de la justicia y de la paz.



El recurso extraordinario de Unificación de Jurisprudencia

Por: Guillermo Chahín Lizcano
Ex-Presidente del Consejo de Estado
Asesor de la Comisión de Reforma

1. Antecedentes

Uno de los aspectos que, sin duda, ocupó de manera preponderante la atención de la Comisión Redactora del Nuevo Código Contencioso Administrativo fue el que dice relación con la unificación de la Jurisprudencia en esta materia, toda vez que, como es sabido, por las razones que adelante se esbozan, en esta jurisdicción no existían instrumentos que permitieran que los diferentes falladores tuvieran una posición uniforme en cuanto a la interpretación de la normativa aplicable. Dicha falta de uniformidad condujo inevitablemente a sentencias contradictorias que a más de ser inequitativas, resultaban atentatorias contra los principios de la seguridad jurídica y la confianza debida y además violatorias de los derechos fundamentales de las personas usuarias de esta jurisdicción especial, particularmente de los igualdad y de acceso a la administración de justicia. Esta la razón por la cual en la Ley 1437 de 2011 se plasmaron varios instrumentos idóneos para lograr una aplicación uniforme de la ley, que es lo que corresponde a una administración de justicia democrática, y sobremanera, para darle seguridad y exigirle a las autoridades que en su relación con los administrados les apliquen por igual a todos, ante las mismas situaciones de hecho, los criterios jurisprudenciales sentados por el Consejo de Estado.

Tales mecanismos unificadores de la jurisprudencia, a más del recurso extraordinario del que ahora nos ocupamos, regulado en los artículos 256 a 268 del Código, se integran con las previsiones normativas sobre “extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades” a que se refieren los artículos 102 y 303 Núm. 6 y 7 y Parágrafo y con las múltiples maneras como el Consejo de Estado, en su Sala Plena o en sus Salas de Sección, tiene la facultad de asumir competencia para fallar mediante sentencias unificadoras determinados asuntos que, de otra forma, quedarían expuestos a sentencias contradictorias. En los artículos 269 a 274 se regulan estos mecanismos unificadores.

Para contextualizar el tema del Recurso de Unificación de la Jurisprudencia en materia contencioso administrativa es menester, así sea someramente, indagar acerca de las razones que determinaron la inclusión de este instrumento en la nueva codificación y sobre la problemática que con él se pretende solucionar, así:



1.1. Breve recuento sobre los recursos extraordinarios en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

La regulación de los recursos extraordinarios ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha sido bastante accidentada, hasta caótica, podría decirse, por cuanto, en general, no han servido para obtener el fin deseado de unificar la jurisprudencia. Por el contrario cuando han existido se han desnaturalizado hasta el punto de convertirse en una especie de tercera instancia y en un elemento más promotor de la congestión judicial y del alargamiento excesivo de los procesos.

En efecto, con la entrada en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984 se establecieron dos recursos extraordinarios a saber: el de revisión, con causales y procedimiento similares a los establecidos en los procesos civiles y el de anulación, cuya causal única fue, a voces del artículo 197 (original) del Decreto 01 citado, la de “violación directa de la Constitución Política o de la ley sustantiva” por parte de la sentencia materia del recurso. Empero por razón de la sentencia de inexecutable proferida por la Corte Suprema de Justicia sobre el artículo que en el Código de 1984 contemplaba la derogatoria de normas anteriores a él, revivió el recurso extraordinario de súplica establecido por el artículo 2º. De la ley 11 de 1975 cuyo texto disponía:

Habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso respecto del auto interlocutorio o de la sentencia dictados por una de las secciones en los que, sin la previa aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a alguna jurisprudencia”.

“En el escrito en el que se proponga el recurso se indicará precisamente la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada. El recurso podrá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes al de la notificación del auto o del fallo”.

Por esta razón, desde 1984 hasta 1992 la Sala Plena del Consejo de Estado tuvo a su cargo la tramitación, en Sala Plena, de los tres recursos extraordinarios¹ los cuales, por su deficiente regulación podían, incluso, llegar a interponerse concomitantemente sobre una misma sentencia. Las limitaciones para su interposición eran mínimas y, en general, tenían la virtud de suspender la ejecución de la sentencia recurrida, como si se tratara de una tercera instancia y no de un recurso extraordinario, lo cual, sin duda, contribuyó a generar una fenomenal congestión en el Consejo de Estado y a dilatar injustificadamente la duración de los procesos ya de suyo, bastante prolongados.

Con el advenimiento de la Constitución de 1991 se estimó por el Consejo de Estado, en razón de lo dispuesto por el Artículo 230 en el sentido de que “ Los jueces en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley”, y que “ La equidad, la jurisprudencia,



los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”, la única causal del recurso extraordinario de súplica (acoger doctrina contraria a la jurisprudencia) resultaba incompatible con la nueva Carta Política por lo cual en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, comenzó a declararlo improcedente señalando que “dentro del nuevo derrotero señalado por la Constitución, bien puede adoptar como criterio interpretativo la jurisprudencia de la Sala Plena, como criterio auxiliar mas no obligatorio”².

Posteriormente con la reforma introducida en 1998 por medio de la ley 446 se estableció un nuevo recurso extraordinario de súplica asemejándolo al recurso de casación planteado por la causal primera, vale decir, por *“la violación directa de normas sustanciales, ya sea por aplicación indebida, falta de aplicación o interpretación errónea de las mismas”*

Finalmente en el año de 2005, la ley 954 derogó expresamente el recurso extraordinario de súplica y se crearon en el Consejo de Estado *“Salas Especiales Transitorias de Decisión, encargadas de decidir los recursos extraordinarios de súplica que, a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, tengan proferido el respectivo auto admisorio”*, a fin de evacuar el cúmulo de recursos que atascaban la Sala Plena y que al día de hoy todavía represan el trabajo de ese Alto Tribunal.

Como se observa de la anterior relación, ha sido en verdad caótica la regulación de los recursos extraordinarios en lo contencioso administrativo, amén de que ellos han resultado inoperantes, dilatorios y causantes, por su deficiente reglamentación, de atascos impresionantes que hacen poco menos que inviable la justicia administrativa y malogran en grado sumo la imagen de las instituciones que la gestionan.

Eliminados los recursos extraordinarios de súplica y de anulación, sólo quedó vigente el de revisión que opera con una finalidad diferente y que por la excepcionalidad de las causales para interponerlo no está llamado, estricto sensu, a cumplir el papel de unificador de la jurisprudencia. Este es, pues, el panorama que encuentra la Comisión Redactora cuando emprende la tarea de concebir la nueva codificación.

1.2. La nueva estructura de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y la “federalización de la jurisprudencia”

Aparte de lo anterior debe señalarse como hecho importante, determinante de la anarquía que en materia de interpretación de la ley caracteriza hoy a la justicia administrativa, que en el año de 1996, por medio de la Ley 270, Estatutaria de la Admi-

• ² Véase Auto del Consejo de Estado. - Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Cuarta. 12 de junio de 1992.



nistración de Justicia, fueron creados los Juzgados Administrativos Unipersonales y se integraron como el nivel inferior de la estructura de esta jurisdicción especial. Tal hecho generó nuevos efectos en la desarticulación de la jurisprudencia, en la medida en que casi todos los procesos que se conocían en segunda instancia, por parte del Consejo de Estado, pasaron a ser de conocimiento de los Tribunales por haber sido fallados, ahora en primera instancia, por los jueces unipersonales, en razón de la redistribución de competencias que su creación trajo aparejada. Vale decir que desapareció con ello la escasa oportunidad que existía para que las Secciones del Consejo de Estado unificaran la jurisprudencia al tramitar y fallar las apelaciones de las sentencias producidas por los Tribunales. Ahora como éstos fallan en segunda instancia la mayoría de los procesos y son muy pocos los asuntos, que por alguna u otra razón, continúan llegando al Consejo de Estado, se echa de menos un elemento unificador que ponga remedio al caos que significa contar con treinta y dos Tribunales Administrativos dictando sentencias en segunda instancia, sin posibilidad de recursos extraordinarios (salvo el de revisión) y con la posibilidad de interpretación autónoma y absoluta de la ley aplicable.

A esta situación, que como se dijo, ha sido causante de fallos contradictorios que atentan contra el derecho de igualdad y la seguridad jurídica y afectan gravemente la imagen de la administración de justicia administrativa, se la ha denominado, en mi opinión con sobrada razón, como la “Federalización de la Justicia Contencioso Administrativa”.

1.3. Las soluciones planteadas y las que se plasmaron en la ley 1437 de 2011.

Como puede advertirse de los sucintos comentarios atrás consignados, uno de los temas cruciales que debía avocar la Comisión Redactora, con urgencia e imaginación, era, sin duda, el que vino a denominarse como “la unificación de la jurisprudencia” y en desarrollarlo y regularlo se ocupó con gran dedicación.

La primera solución que se planteó fue la de diseñar un recurso de casación en cabeza del Consejo de Estado que permitiera, por vía del recurso extraordinario unificar la jurisprudencia contenida en las sentencias proferidas por los Tribunales y sentar líneas o criterios interpretativos que pudieran seguirse tanto por éstos como por las autoridades administrativas, ello habida consideración de que la Ley 1285 de 2009 reformativa de la ley estatutaria de la administración de justicia había dispuesto en el Parágrafo del artículo 11 que *“El Consejo de Estado también podrá actuar como Corte de Casación Administrativa. La ley regulará todos los asuntos relacionados con la procedencia y trámite de los recursos, ordinarios o extraordinarios, que puedan interponerse contra las decisiones que en cada caso se adopten en los procesos que cursen ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo”*. Empero la Corte Constitucional al revisar la constituciona-



lidad de esta norma declaró inexecutable, con una peregrina y tautológica tesis, el texto referente a la posibilidad de que el Consejo de Estado pudiera tener funciones de Corte de Casación Administrativa³, con lo cual los trabajos adelantados en este sentido fueron desechados por la Comisión para buscar otros derroteros.

Fue así, como teniendo en cuenta la doble preocupación de no violentar la autonomía de los jueces, por una parte y por otra de no afectar los derechos fundamentales de las personas, se llegó a determinar que era necesario diseñar mecanismos que permitieran la unificación tan anhelada de la jurisprudencia. Igualmente, que sin desconocer la autonomía interpretativa de los jueces de instancia, la sentencia del Consejo de Estado pudiera tener el valor de precedente judicial obligatorio de carácter vertical y la posibilidad de aplicación automática por parte de las autoridades administrativas a situaciones de hecho semejantes.

Para fundamentar este propósito se tomó en cuenta la doctrina constitucional sentada por la Corte en sentencias como la C-180 de 2006 en que dijo: “9. *La unificación de la jurisprudencia por parte de los altos tribunales tiene un papel muy importante en la interpretación y la aplicación de las disposiciones jurídicas por parte de los jueces, en cuanto garantiza los principios de seguridad jurídica y de igualdad de las personas. (...) Con el fin de lograr tales objetivos, en ejercicio de la mencionada libertad de configuración normativa, el legislador puede establecer mecanismos procesales de unificación de la jurisprudencia, mediante recursos o trámites especiales ante las altas corporaciones judiciales, y, así mismo, puede modificar o suprimir los existentes, con los límites superiores indicados*”; o como la C-836 de 2001 en la que expresó: “*La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda actividad estatal, está consagrada en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la igualdad ante la ley y la igualdad de protección y trato por parte de las autoridades. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad en la interpretación y aplicación de la ley.*” (negritas mías)⁴.

• **3** Véanse en la Sentencia de la Corte Constitucional **Sentencia C-713/08** los argumentos para sustentar la inexecutable, entre otros: “Al respecto la Corte debe declarar inexecutable la expresión “*el Consejo de Estado también podrá actuar como Corte de Casación Administrativa*”, pues, como se expuso al examinar el inciso 1º del artículo, esa Corporación no puede fungir como Corte de Casación ya que constitucionalmente no le fue asignada dicha función, sino la de actuar como “*Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo*” (art.237-1 CP)”.

4 Sobre el tema de precedente judicial ha sido abundante la jurisprudencia de la Corte Constitucional y entre muchas otras pueden consultarse las siguientes sentencias: T-321 de 1998. T-949 de 2003, SU-049 de 1999, SU-1720 de 2000, C-252 de 2001, T-468 de 2003, T-292 de 2006, C-820 de 2006, T-162 de 2009, T-123 de 1995, T-292 de 2006, SU-640 de 1998 y T-462 de 2003.



1.4. La unificación de la jurisprudencia en la ley 1437 de 2011. Las sentencias de unificación jurisprudencial

Con el objeto de darle un tratamiento uniforme y coherente al tema de la unificación de la jurisprudencia y poder apreciar sus efectos benéficos tanto en relación con la seguridad jurídica y el respeto a los derechos de las personas que acuden en busca de que se les dispense justicia contencioso administrativa, como respecto de la agilización de los procesos que en ella se ventilan con la consecuente descongestión, se impone partir en este análisis del concepto de sentencias de unificación, que se introduce en la nueva legislación que se estudia.

Tal concepto no es nuevo en el Derecho Público colombiano toda vez que en relación con las acciones de tutela ha venido siendo utilizado por la Corte Constitución cuando en ejercicio de su facultad de revisión eventual, se presentan discrepancias interpretativas respecto de las normas jurídicas, entre las diversas Salas de revisión, caso en el cual compete a la Sala Plena del Alto Tribunal emitir un fallo unificador. El artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 establece, sin definir las, las sentencias de unificación señalando que ellas son:

- a) Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia;
- b) Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios (de revisión y de unificación de jurisprudencia) y
- c) Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009 (respecto de acciones populares y de grupo)

A su turno el artículo 271 *ibídem*, señala que al Consejo de Estado le corresponde asumir el conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o sub-secciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público, cuando por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, advierta la necesidad de expedir una sentencia de unificación jurisprudencial.

En tales casos la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado deberá dictar la sentencia de unificación jurisprudencial respecto de los asuntos que provengan de las secciones, en tanto que éstas deben hacerlo con relación a los asuntos que provengan de las sub-secciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.



2. El recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia.

Como se dijo, este recurso extraordinario es uno de los varios mecanismos que se diseñaron en el Nuevo Código con el objeto de unificar la jurisprudencia y su regulación normativa presenta las particularidades que a continuación se reseñan de manera descriptiva.

2.1. Fines del recurso:

A voces del artículo 256 de la Ley 1437 citada este recurso extraordinario se establece con el fin de asegurar la unidad de la interpretación del derecho y su aplicación uniforme, así como garantizar los derechos de las partes y de los terceros que resulten perjudicados con la providencia recurrida y, cuando fuere del caso, reparar los agravios inferidos a tales sujetos procesales.

2.2. Causal para interponerlo.

Según el artículo 258 *ibídem*, el recurso puede interponerse cuando la sentencia impugnada contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado.

A este respecto y también en relación con el cumplimiento del requisito previsto en el numeral 4 del artículo 262 de la ley en comento sobre “la indicación precisa de la sentencia de unificación jurisprudencial que se estima contrariada y las razones que le sirven de fundamento”, es necesario precisar que la disparidad de interpretación que se advierta entre la sentencia recurrida y la de unificación que se repute contrariada, debe estar referida esencialmente a la “*ratio decidendi*” de una y de otra y no a cualquier otro tipo de consideración o motivación presente en ellas. Por considerar ilustrativa en grado sumo de la cuestión, se transcriben a continuación apartes de la **Sentencia de la Corte Constitucional T-766/08** en que se fija el criterio que sirve de base al diseño de la causal del recurso: Ha dicho la Corte:

“7. Como se vio, la sentencia C-590 de 2005, precisó que el desconocimiento del precedente constituye una causal de procedibilidad de la acción de tutela cuando la decisión judicial ordinaria o contencioso administrativa afecta derechos fundamentales de las partes. En efecto, en especial, respecto del precedente vertical[1] (La sentencia T-468 de 2003 definió el precedente horizontal como la “sujeción de un juez a sus propias decisiones y precedente vertical a la situación de los jueces inferiores respecto de lo decidido por los superiores funcionales dentro de su jurisdicción”), la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en sostener que el juez no sólo está vinculado por el artículo 13 de la Carta que impone la igualdad de trato jurídico en la aplicación de la ley, sino también que su autonomía se encuentra limitada por la eficacia de los derechos fundamentales y, en particular, del debido proceso judicial.



“En este contexto, la jurisprudencia sostiene que el respeto por las decisiones proferidas por los jueces de superior jerarquía y, en especial, de los órganos de cierre en cada una de las jurisdicciones (ordinaria, contencioso administrativa y constitucional) no constituye una facultad discrecional del funcionario judicial, sino que es un deber de obligatorio cumplimiento. A esta conclusión se ha llegado en consideración con, al menos, cinco razones: i) el principio de igualdad que es vinculante a todas las autoridades e, incluso, a algunos particulares, exige que supuestos fácticos iguales se resuelvan de la misma manera y, por consiguiente, con la misma consecuencia jurídica; ii) el principio de cosa juzgada otorga a los destinatarios de las decisiones jurídicas seguridad jurídica y previsibilidad de la interpretación, pues si bien es cierto el derecho no es una ciencia exacta, sí debe existir certeza razonable sobre la decisión; iii) La autonomía judicial no puede desconocer la naturaleza reglada de la decisión judicial, pues sólo la interpretación armónica de esos dos conceptos garantiza la eficacia del Estado de Derecho; iv) Los principios de buena fe y confianza legítima imponen a la administración un grado de seguridad y consistencia en las decisiones, pues existen expectativas legítimas con protección jurídica; y iv) por razones de racionalidad del sistema jurídico, porque es necesario un mínimo de coherencia a su interior. De hecho, como lo advirtió la Corte, “el respeto al precedente es al derecho lo que el principio de universalización y el imperativo categórico son a la ética, puesto que es buen juez aquel que dicta una decisión que estaría dispuesto a suscribir en otro supuesto diferente que presente caracteres análogos”[2] ([2] Sentencia C-447 de 1997.)

“8. Ahora bien, como lo ha advertido esta Corporación en reiteradas oportunidades[3], ([3]En este sentido, entre muchas otras, pueden verse las sentencias SU-049 de 1999, SU-1720 de 2000, C-252 de 2001, T-468 de 2003, T-292 de 2006 y C-820 de 2006) el precedente judicial vinculante está constituido por aquellas consideraciones jurídicas que están cierta y directamente dirigidas a resolver el asunto fáctico sometido a consideración del juez. Así, el precedente está ligado a la ratio decidendi o razón central de la decisión anterior, la que, al mismo tiempo, surge de los presupuestos fácticos relevantes de cada caso[4] ([4] Al respecto, puede verse la sentencia T-049 de 2007). De esta forma, la Sala Novena de Revisión recordó que la ratio decidendi “i) corresponde a la regla que aplica el juez en el caso concreto, ii) se determina a través del problema jurídico que analiza la Corte en relación con los hechos del caso concreto y iii) al ser una regla debe ser seguida en todos los casos que se subsuman en la hipótesis prevista en ella”[5] ([5] Sentencia T-117 de 2007)

“En otra ocasión, la Sala Novena de Revisión explicó que la correcta utilización del precedente judicial implica que:

““un caso pendiente de decisión debe ser fallado de conformidad con el(los) caso(s) del pasado, sólo (i) si los hechos relevantes que definen el caso pendiente de fallo son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcan el caso del pasado, (ii) si la consecuencia jurídica aplicada a los supuestos del caso pasado, constituye la pretensión del caso presente y (iii) si la regla jurisprudencial no ha sido cambiada o ha evolucionado en una distinta o más específica que modifique algún supuesto de hecho para su aplicación.””[6] ([6] Sentencia T-158 de 2006).



2.3. Procedencia del recurso

De acuerdo con lo regulado por el artículo 257 *ibídem*, el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia procede, en general, contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los tribunales administrativos.

No obstante, cuando se trata 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:

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.

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.

Adicionalmente dispone la norma comentada, que este recurso no procederá en relación con las sentencias que dicten los Tribunales administrativos en los asuntos previstos en los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución Política, esto es acciones de tutela, acciones populares, acciones de grupo y acciones de cumplimiento, ello en razón de la particular naturaleza de tales acciones y de su regulación especial.

2.4. Justiprecio pericial del interés para recurrir

A su turno, el artículo 263 determina que cuando sea necesario tener en cuenta el valor del interés para recurrir y éste 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 recu-



rente. Si por culpa de éste, 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.

2.5. Competencia

Establece el artículo 259 *ibídem*, que el recurso debe ser conocido y resuelto por una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en atención a la especialidad de la materia de la sentencia recurrida (responsabilidad contractual y extracontractual, tributario, electoral, laboral, etc.) de conformidad con lo que disponga la misma Corporación, en Acuerdo reglamentario sobre la distribución del trabajo.

2.6. Legitimación. Titulares para interponer el recurso.

El recurso puede ser interpuesto, según lo que dispone el artículo 260, por las partes o los terceros procesales agraviados por la providencia.

Se deberá actuar por medio de apoderado a quien se haya otorgado poder suficiente, sin que se requiera otorgar uno nuevo distinto al que se otorgó para interponer la demanda, o para contestarla o, en general, para hacerse parte.

Igualmente, establece esta norma, que no podrá interponer este recurso extraordinario, quien no hubiere apelado la sentencia de primer grado ni hubiere adherido a la apelación de la otra parte, cuando el fallo de segundo grado sea exclusivamente confirmatorio de aquélla

2.7. Interposición y requisitos del escrito de recurso

El artículo 261 *ibídem*, enseña que el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia debe interponerse por escrito ante el Tribunal que expidió la providencia, dentro de los 5 días siguientes a su ejecutoria. Indica, además, que en el auto en el que el Tribunal, en Sala de Decisión, lo conceda, ordenará dar traslado por 20 días al recurrente o recurrentes para que lo sustenten y que dentro de los cinco 5 días siguientes, si el recurso se sustentó, remitirá el expediente a la respectiva sección del Consejo de Estado. Si no se sustentó dentro del término establecido, se declarará desierto por el mismo Tribunal.

Así mismo, el artículo 262 fija los requisitos que deberá contener el escrito por medio del cual se interpone el recurso, ellos son:

- a. La designación de las partes
- b. La indicación de la providencia impugnada



- c. La relación concreta, breve y sucinta de los hechos en litigio
- d. La indicación precisa de la sentencia de unificación jurisprudencial que se estima contrariada y las razones que le sirven de fundamento

2.8. Efecto en que se concede el recurso. Ejecución de la sentencia recurrida

La concesión del recurso, señala el artículo 261 *ibídem*, 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 aún en este caso si el recurso no comprende todas las decisiones, deberá cumplirse la sentencia en lo no recurrido.

Empero, de acuerdo a lo establecido por el artículo 264 *ibídem*, el recurrente único podrá solicitar que se suspenda el cumplimiento de la providencia, previa caución cuya naturaleza y monto serán fijados por el ponente.

En caso de que no se otorgue la caución en los términos ordenados, continuará el trámite del recurso SIN suspensión de la ejecución de la sentencia.

El tribunal calificará la caución prestada, si la considera suficiente decretará la suspensión del cumplimiento de la sentencia y en caso contrario la denegará.

2.9. Admisión y trámite del recurso

Los artículos 265 y 266 *ibídem*, establecen el procedimiento para la admisión y el trámite del recurso disponiendo que concedido el recurso por el Tribunal se debe someter a reparto en la sección correspondiente del Consejo de Estado.

En caso de que reúna los requisitos legales, el ponente lo admitirá. Si carece de ellos los señalará para que se subsanen en el término de 5 días. Si no se subsanaren dentro del término concedido, el magistrado ponente inadmitirá el recurso y devolverá el expediente al Tribunal de origen.

El recurso será inadmitido, además, cuando fuere improcedente, por no ser recurrible la providencia o no reunir los requisitos del art. 262 o cuando no se cumpliera la regla de cuantía

2.10. Efectos particulares y contenido de la sentencia

En el artículo 267 se regulan los efectos particulares de la sentencia que resuelve el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, estableciendo que si prospera



el recurso, total o parcialmente, la sala anulará, en lo pertinente, la providencia recurrida y dictará la que deba reemplazarla o adoptará las decisiones que correspondan. Si el recurso es desestimado, se condenará en costas al recurrente.

Así mismo, 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. 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.

Si el recurso de unificación de jurisprudencia no prospera, la caución prestada seguirá respondiendo por los perjuicios causados, los cuales se liquidarán y aprobarán ante el juez de primera instancia mediante incidente que deberá proponerse dentro de los sesenta (60) días siguientes a la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

2.11. Efecto general y automático de la sentencia

La sentencia que desata este recurso extraordinario se habilita automáticamente como sentencia de unificación de jurisprudencia, según lo dispuesto por el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011 y, en consecuencia, debe ser tomada en cuenta por los jueces y magistrados de la jurisdicción contencioso administrativa como precedente vertical, en los fallos que profieran en lo sucesivo siempre que en ellos se debatan iguales circunstancias de hecho y de derecho. Igualmente, de conformidad con lo que establece el artículo 102 de la misma ley las autoridades administrativas deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, cuando quienes lo soliciten acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.



El contencioso electoral en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Por: Mauricio Torres Cuervo

Magistrado de la Sección Quinta del Consejo de Estado

El nuevo código a la acción de nulidad electoral la califica como mera pretensión en el acápite de Medios de Control, cuando el parágrafo del artículo 264 de la Constitución Política alude expresamente al vocablo “acción electoral”, que se debe resolver en un año para las de doble instancia y en seis meses para los de única instancia. Así se advirtió, pero la comisión en su autonomía optó por calificarla como un medio de control. Así mismo, la constitución hace referencia a esta acción en el artículo 237 que consagra el requisito procedibilidad que adelante explicamos.

1. Características de la nulidad electoral

El derecho de acción es reconocido universalmente como un derecho objetivo, derivado del derecho de petición, mediante el cual cualquier persona puede pedir a la jurisdicción que, previo juicio, dirima una controversia, declare un derecho y en nuestro campo que anule un acto administrativo.

En materia de lo contencioso administrativo existen las tradicionales acciones de simple nulidad, según la cual toda persona puede solicitar en cualquier tiempo la nulidad de actos administrativos generales, abstractos e impersonales por violación de normas legales de superior jerarquía, que se falla con efectos *erga omnes* y sin restablecer derechos particulares y concretos. Y la acción de plena jurisdicción, hoy de restablecimiento del derecho, mediante la cual la persona titular de un derecho lesionado o afectado puede solicitar la nulidad de un acto de carácter individual, concreto y particular, dentro del lapso de 4 meses por violación de normas de superior jerarquía, el restablecimiento de su derecho individual, particular y concreto conculcado.

La nulidad de carácter electoral es una especie de la acción de simple nulidad y sin embargo contiene algunas características del restablecimiento del derecho, en la medida que, como la primera la puede ejercer cualquier persona, se resuelve con efecto *erga*



omnes, sin lugar a restablecer derecho alguno y, por otra parte, la sentencia recae sobre actos administrativos individuales, particulares y concretos (elección o nombramiento), tiene caducidad pues se debe ejercer dentro de los 30 días siguientes a la publicación, lo último para dar garantía y certeza a la representación popular o al ejercicio de función pública por parte del funcionario o empleado nombrado.

1.1. Definición

Este medio de control se define en el artículo 139 con las siguientes características: *“la nulidad electoral: cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento...” que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Agregó que se pueden demandar los actos de llamamiento para proveer vacantes en corporaciones públicas. Al final dispone que contra los actos de elección y nombramiento no proceden las acciones populares.*

1.2. Sujeto activo

El sujeto activo es cualquier persona y como se ha criticado que tratándose del derecho fundamental y político de elegir y ser elegido se debería entender que sólo podría formularlo quien es titular de derechos políticos y tenga ciudadanía, lo cual no se predica de personas jurídicas, menores de edad y extranjeros residentes. En principio pareciera válida la objeción por el hecho de que se legitima a cualquier persona; de manera que el sujeto activo puede ser una persona natural o persona jurídica, es más puede ser un nacional o un extranjero, un mayor o un menor de edad que por carecer de la ciudadanía no puede ejercer derechos políticos. Pero existe suficiente fundamento, así: en cuanto a menores de edad, existen los Consejos de Juventudes que eligen sus representantes a nivel municipal para coadyuvar funciones públicas de educación, cultura, recreación y deporte y en su composición suelen ser en su mayoría menores de edad. Por tanto, si ellos pretenden reclamar un derecho en el proceso de estas elecciones, si bien no pueden comparecer directamente en un proceso sí tienen quien los represente, por ende no se les puede negar este derecho. A los extranjeros residentes en Colombia, la ley los autoriza para que participen en consultas populares y en elecciones de carácter local (ediles, concejales, alcaldes Ley 1070 de 2006). Por tanto, la calidad de residentes los autoriza a decidir asuntos propios de la administración municipal, de manera que ellos también tienen legitimidad.

En cuanto a las personas jurídicas, la reforma política de 2003 estableció que las curules en las corporaciones públicas no son de los titulares elegidos sino de los mismos partidos y movimientos políticos; de suerte que éstos igualmente tienen derecho de accionar. En conclusión con buen juicio la comisión reiteró la noción de cualquier persona como sujeto activo de la acción.



1.3. Objeto

¿Sobre qué recae la acción de nulidad electoral? Pues precisamente, primero, sobre los actos: de elección popular, que es la que procede para corporaciones públicas, alcaldes, gobernadores, presidente, etc., y elecciones por cuerpos electorales que básicamente son entes colegiados o suma de varias voluntades individuales que verifican elecciones de funcionarios, tales como las altas cortes cuando eligen a magistrados, cuando postulan candidatos a la Procuraduría y Contraloría, los Consejos y Juntas Directivas y Consejos Superiores que eligen rectores, representantes legales y otros funcionarios, etc. Se trata entonces de corporaciones que eligen en esa medida que son cuerpos electorales.

Adicionalmente la acción procede frente a los actos de nombramiento de cualquier autoridad pública, donde el nominador no es cuerpo colegiado sino una persona u autoridad uninominadora.

2. Causales de anulación electoral

Hay que distinguir las causales de nulidad en el proceso electoral de las reclamaciones que proceden ante las autoridades electorales en el actual Código Electoral (Decreto 2141 de 1986), artículo 192 existen las causales de reclamación que no son constitutivas de causales de nulidad y difieren de estas. Son 12 causales y los únicos legitimados para reclamar, en sede administrativa, son los partidos políticos, los candidatos sus testigos y apoderados. Pero en la medida que estas son resueltas mediante actos administrativos, si ellos contienen un vicio que afecte de nulidad del acto de elección, la jurisprudencia en aplicación del artículo 84 del C.C.A, impone demandar estos actos junto con el acto de elección. Lo cual reitera el nuevo código.

Por otra parte las causales de nulidad de anulabilidad de la elección están contenidas en el artículo 275 del nuevo código y las podemos agrupar conceptualmente, así:

2.1. Violencia

Que puede recaer: **a)** sobre las personas tales como nominadores, autoridades electorales o sobre los propios electores y **b)** sobre las cosas, tales como documentos electorales, sabotaje contra los sistemas de votación, información y transmisión de resultados.

2.2. Vicios en los resultados

Que se presenta en dos modalidades: **a)** APOCRIFICIDAD cuando los resultados o guarismos electorales son ajenos a la realidad o verdad electoral sin que obre necesaria-



mente un elemento de dolo o mala fe, pueden ser errores comunes de los jurados, de los escrutadores, etc.; y **b)** la FALSEDAD, cuando se modifican los guarismos o resultados electorales de manera intencional o dolosa para cambiar el contenido del acto que declara la elección.

2.3. Violación del sistema electoral

Cuando la declaración de la elección es violatoria o contraria al sistema electoral adoptado por la constitución o por la ley. Esto es que en la asignación de curules desconozca, inaplique o modifique el sistema electoral adoptado en la ley. Hoy tenemos de un umbral o número de votos mínimo de los partidos o movimientos políticos para tener derecho a la asignación de curules, la cifra repartidora, que reordena el orden de inscripción de candidatos para declarar la elección según el total de votos obtenidos por cada uno de estos; cuando antes se aplicaba de manera general el sistema de cociente electoral y el de mayor residuo para adjudicar curules.

2.4. Vicios subjetivos del elegido o nombrado

Es causal de nulidad de los elegidos o nombrados cuando no cumplen los requisitos constitucionales o legales exigidos o por estar incurso en inhabilidades que la jurisprudencia denomina causales subjetivas, porque las lleva el sujeto que resulta elegido o nombrado.

2.5. Jurados parientes del elegido

Se tipifica cuando actúan jurados de mesa de votación parientes hasta el tercer grado, cónyuges, “segundo grado de afinidad” o único civil, que genera la nulidad de los votos pero - según la jurisprudencia- exclusivamente del candidato pariente de manera objetiva, por el solo hecho de tener ese vínculo de parentesco o de afinidad.

2.6. Trashumancia de electores

Es el conocido “trasteo de votos” inicialmente previsto y prohibido en el artículo 306 de la Constitución - para el orden municipal- con el fin de evitar que electores no residentes o extraños en un municipio decidan los asuntos de la vida municipal o participen en las consultas locales. Éste código como novedad extiende la causal de nulidad a lo que se llamaría la trashumancia departamental.

Por tanto, el tránsito o trashumancia de electores de un departamento a otro, en elecciones como la de gobernador, representantes a la cámara, etc., es causal de nulidad en la medida en que se logre probar este hecho y su incidencia efectiva en los resultados electorales.



2.7. Doble militancia política

Se agregó como la causal de nulidad la llamada “*doble militancia política al momento de la elección*” y habrá que interpretar en qué eventos se tipifica, porque la Constitución prohíbe pertenecer a dos partidos políticos (art. 107) pero no consagra la consecuencia, razón por la cual la jurisprudencia ha concluido finalmente las sanciones serían las previstas en los estatutos de los partidos.

No obstante a partir de la reforma de 2009 resulta posible aludir a la doble militancia política como causal de nulidad en otros eventos como el caso de los precandidatos que participan en la consulta popular de un partido que y posteriormente tienen prohibido inscribirse por otro partido (art. 107 CP). Otra modalidad que también se podría calificar de doble militancia, salvo mejor opinión, es el de aquellos elegidos que ejercen de una curul no pueden inscribirse válidamente por otro partido -en el siguiente periodo o elección- si no han renunciado 12 meses antes de la terminación del periodo de la inscripción.

3. Sujetos procesales y notificaciones

El auto admisorio de la demanda (Art. 277) relaciona una serie de sujetos que pueden participar en el contencioso electoral:

Primero, el elegido o nombrado que sigue siendo el demandado y se le debe notificar personalmente.

Cuando se demanda la elección de una persona en concreto, por causales de carácter subjetivo, es decir inhabilidad o falta de requisitos, se le debe notificar personalmente si no se hace en el lapso de dos días procede aviso que se debe publicar 2 veces en diarios de circulación nacional o en la respectiva circunscripción electoral. En el mismo aviso se informará a la comunidad la existencia del proceso.

Tratándose de elección por voto popular por causales que la jurisprudencia denomina objetivas, es decir, vicios en el proceso de votación y escrutinios, cuyo resultado podría modificar o afectar los guarismos o resultados electorales se entienden demandados todos los elegidos en el acto que se demanda. Valga decir en el Senado serían los 100 senadores y a ellos se les notifica mediante aviso publicado en periódicos de circulación nacional o de igual a la órbita del elegido.

Asimismo, con buen criterio, ordena notificar personalmente a la entidad que profirió el acto y a quienes hubieren intervenido en su adopción. Ejemplo la elección del procurador o del contralor requieren de ternas, y pueden comparecer al proceso quienes postulan y quien elige; por tanto, se debe notificar al buzón electrónico para notificaciones judiciales para que intervengan en el proceso si tienen a bien y ejerzan la defensa del acto.



Además, a los partidos y movimientos políticos porque las curules pertenecen a los partidos y movimientos políticos, que tienen interés legítimo para defender las que se demandan o procurar por las que no les fueron asignadas. A estos sujetos se les notifica mediante el aludido aviso.

Al actor o parte demandante la admisión se le notifica por estado.

Al representante del Ministerio Público se le notifica personalmente.

Cuando se trata de elección por voto popular se le informará al presidente de la respectiva corporación pública para que por su conducto se entere a los miembros de la corporación que han sido demandados.

Finalmente a la comunidad por tratarse de acción pública se le “informa” mediante la página web del Consejo de Estado, la televisión institucional para que cualquier persona, en aras del interés general, pueda concurrir para coadyuvar u oponerse a la demanda.

4. Requisito de procedibilidad

A diferencia del proceso ordinario, en el contencioso electoral no se requiere agotamiento de la vía gubernativa ni menos conciliación previa como requisito de procedibilidad. Sin embargo el parágrafo del artículo 236 de la Constitución señaló que para ejercer el contencioso electoral contra el acto de elección cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y 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 – CNE-.

Lo anterior por cuanto el CNE, máxima autoridad electoral, jamás contaba o escrutaba votación alguna, y los escrutinios se inician por los jurados de mesa, luego los escrutadores zonales o municipales (a cargo de jueces y notarios) enseguida el escrutinio a nivel departamental (a cargo de los delegados departamentales del CNE) para llegar a un consolidado a nivel nacional, según la clase de elección a declarar.

Como el sistema electoral colombiano es un procedimiento manual, arcaico y obsoleto que data desde 1986 (Decreto 2241), con cerca de 26 formularios de los cuales los más importantes (E11, E14 y otros) se diligencian manualmente por jurados no especializados ni capacitados; existe un altísimo margen de error humano en el diligenciamiento manuscrito de nombres de electores, sus números de identificación, sumas de guarismos parciales, subtotales y totales por partidos, a la vez discriminados por cada uno de los candidatos de todos y cada uno de los distintos partidos cuando



existe voto preferente. Lo cual aunado a que excepcionalmente se efectúan recuentos de tarjetas electorales, fue necesario consagrar este requisito para que antes de que se declare la elección, las autoridades electorales pudieran verificar el *in situ* los errores, subsanar irregularidades, excluir las tarjetas no válidas, etc., de esta manera ajustar los resultados a la verdad electoral y a la voluntad popular expresada en las urnas.

No contiene entonces este requisito ninguna facultad para que autoridades administrativas electorales declaren la nulidad parcial o total de la elección sino de ajustar su declaración a los verdaderos resultados, sin esperar a que después de varios meses lo haga la jurisdicción previo trámite de un juicio de carácter electoral con todas las etapas y cumplimiento del debido proceso.

Tenido en cuenta el precedente de que para avalar las firmas para el referendo reeleccionista se cumplió la labor de examinar la validez y autenticidad de cerca de 5 millones de firmantes, durante un lapso superior a un mes, con voluntad política bien podría la Organización Electoral verificar las irregularidades que cualquier ciudadano pusiera en su conocimiento, para que la elección se ajustara a la verdad electoral y fuera reflejo real de la voluntad popular. Máxime si se tiene en cuenta que en ese proceso participan cerca de 500 mil jurados, todo el personal de la Registraduría Nacional y se contratan por varios meses más de 10.000 supernumerarios.

5. Medidas cautelares

En el contencioso electoral procede, por una sola vez, la suspensión provisional, que se debe solicitar en la demanda o en escrito separado y se resuelve en el auto admisorio. En este proceso no proceden esa serie de medidas cautelares que tan ingeniosas y osadas se han establecido en el artículo 230 del nuevo código y menos en las distintas oportunidades como ahora se autoriza. Porque de lo contrario nunca terminaría un proceso en el que una de las formas indebidas del mal ejercicio de defensa es pretender la demora y el retraso del fallo definitivo.

La suspensión provisional (art. 231) procede por violación de las disposiciones legales invocadas sin acreditar prueba de perjuicio alguno con la advertencia de que se suprimió como requisito la “violación manifiesta” y que para ello es viable el examen de las pruebas aportadas; de manera tal que ahora el examen jurídico de esta cautela otorga al juez un mayor margen de examen para su procedencia, sin el rigorismo de la “violación directa y ostensible” frente a la ley. Tema a desarrollar con buen criterio por la jurisprudencia, pues tratándose de una medida cautelar no puede ser tan amplia y evitar excesos que ab initio impida al elegido o nombrado el ejercicio de su derecho.



6. El procedimiento especial y fetichismo de la ley.

En síntesis los requisitos de la demanda son los mismos establecidos en el artículo 162 de la Ley 1437, el procedimiento lo podemos calificar mixto, en la medida en que se debe actuar por escrito para la demanda, la contestación y la participación de terceros intervinientes que pueden hacerse parte hasta el día inmediatamente anterior a la primera audiencia.

La primera audiencia se tramita al igual que en el procedimiento ordinario con el objeto de subsanar errores o nulidades, fijar el litigio o marco jurídico y fáctico de la controversia, el tema *probandum* y decretar pruebas.

La segunda audiencia al igual que en el procedimiento ordinario tiene por objeto recaudar pruebas en un término improrrogable de 15 días.

La tercera audiencia se ocupa de las alegaciones de las partes y el juzgamiento mediante fallo, pero el juez se reserva la facultad de prescindir de esta audiencia para correr traslado a las partes y posteriormente dictar fallo volviendo a la actuación escrita.

Si a lo dicho agregamos -como se anotó al principio- que la Constitución ordena que el trámite en única instancia no puede exceder de 6 meses y que el código establece términos perentorios de 15 días para la práctica de pruebas y en el lapso de 20 días efectuar la audiencia de alegaciones y juzgamiento es perfectamente previsible anunciar que la realidad del Sistema Electoral Colombiano impide cumplir los términos constitucionales y legales si se tiene en cuenta que procesos como las demandas contra la elección del Senado de la República 2010-2014, en la actualidad se impugnan cerca de 40.000 mesas de votación cuando en el país funcionaron un total de 76.000 mesas; que para los escrutinios participaron 500.000 jurados (los jueces y notarios de cada municipio del país) y que el CNE además del personal del despacho de sus nueve magistrados requirió el concurso del personal de la Registraduría y más 200 supernumerarios durante 4 meses y adicionalmente consultas de dactiloscopia y grafología con pantallas con un sistema en línea, sin que lograran cumplir o resolver todas las reclamaciones y requisitos de procedibilidad que le fueron formulados; en los procesos judiciales resulta improbable que las pruebas procedentes de toda la geografía nacional se puedan recaudar en 15 días improrrogables y que transcurridos 20 días después un tribunal o la sala especializada del Consejo de Estado, con 4 magistrados y 5 profesionales de apoyo, pueda revisar los formularios y documentos electorales pertinentes de 40.000 mesas que obran como pruebas y de contera dictar en la misma audiencia el fallo de juzgamiento. Se puede decir, en síntesis que la Constitución y la ley ignoran cuál es la realidad de los trámites y complejidad de nuestras elecciones -manual, desueto y obsoleto- para pretender una decisión de 6 meses, menos cuando el código consagra una serie de actuaciones del debido proceso con garantía del derecho de defensa mediante recursos e incidentes.



Es importante destacar, como se dijo, que hoy existen las 12 causales de reclamación del art. 192 del Código Electoral -que solo presentan los partidos, los candidatos y los testigos electorales- que no son constitutivas de nulidad y por tanto no se deben confundir con el requisito de procedibilidad, pues en el último evento la demanda electoral es admisible sin que se acredite procedibilidad previa. Por el contrario, para los demás vicios o irregularidades en la votación o los escrutinios constitutivos de nulidad -distinto de las reclamaciones- se debe acreditar que se formuló este requisito junto con el escrito de demanda para que proceda la admisión.

7. Acción popular

Previsión sabia es la prohibición de las acciones populares contra actos de naturaleza electoral, porque frente a una elección hoy coexisten la tutela, la acción popular (que no tiene caducidad) y la acción de nulidad electoral que causan desorden y crisis institucional e incluso han enredado a nuestras corporaciones judiciales con decisiones encontradas e inestabilidad institucional. El tema de la acción popular es complejo frente a actos de elección; por ejemplo, podría pensarse que la elección de presidente o congresistas -vencido el término de caducidad de la acción electoral- no impide iniciar en cualquier tiempo la acción popular, de suerte que se podría cuestionar esa elección y la legitimidad en defensa de la moralidad, en contra de la seguridad jurídica y la estabilidad institucional de la representación popular.

8. Remisión a normas generales

Finalmente, en cuanto a lo no previsto en el nuevo código (art. 296) se autoriza la remisión solo a las normas generales del mismo y en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral. Se excluyó en esta norma la remisión al Código de Procedimiento Civil. La Ley 1395 de 2010, vigente, de descongestión dispone que en tratándose del contencioso electoral la remisión se haría a la parte general de lo contencioso y al código de procedimiento “en lo estrictamente compatible con la naturaleza de esta acción”. Porque es frecuente el mal ejercicio del derecho de defensa mediante el abuso de incidentes y recursos no regulados en el código de lo contencioso y nulidades inexistentes y reiteradas por tener intervinientes.

En síntesis, éste es el breve panorama de lo que en mi criterio es el contencioso electoral en el nuevo código.



Extensión de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en el campo laboral a la luz de la Ley 1437 de 2011

Por: Gustavo E. Gómez Aranguren
Vicepresidente del Consejo de Estado

Contenido 1.- El componente cuantitativo de lo laboral en lo Contencioso Administrativo. 2.-Evolución del control judicial de la administración pública durante la existencia de lo Contencioso Administrativo como Jurisdicción especializada. 3.- Retos principales del nuevo Código en la complejidad del orden jurídico nacional. 4.- Las controversias laborales en función del objeto de la Jurisdicción de acuerdo a la Ley 1437 de 2011.

1. El componente cuantitativo de lo laboral en lo Contencioso Administrativo.

Cuando se emprende una reforma a un sector del orden jurídico de una Nación resulta como imperativo fundamental, la verificación del asunto referido a la reforma en atención al área de la vida de relación que se pretende afectar, de lo contrario la dinámica de las modificaciones de los órdenes jurídicos se limitarían exclusivamente al interés creativo de los legisladores, o en el peor de los casos, a simples inquietudes renovadoras de un sector de la intelectualidad.

Significa lo precedente, que cualquier remodelación del orden jurídico debe necesariamente explicarse en una necesidad sentida por la población, de manera que los cambios a introducir respondan a realidades claras, que por lo mismo merezcan ser atendidas por una regulación novedosa.

Así, las motivaciones que se encuentran en la base de la expedición del nuevo Código han de ser explicadas no solo en la necesidad de armonizar el ordenamiento que guía la actividad de la administración pública y su órgano de control judicial al los rasgos propios de la Carta de 1991, sino porque en el desenvolvimiento de la vida de los ciudadanos se presentan contingencias reales que hacen necesaria la modificación del orden jurídico.



En esta medida antes de cualquier análisis que nos permita acercarnos a la trascendencia del nuevo Código Contencioso Administrativo es indispensable verificar cuáles son las características esenciales que afronta la Nación en el área que describe el objeto del Código.

La información que al respecto posee el Consejo Superior de la Judicatura es suficientemente ilustradora de cómo aproximadamente en un periodo de 13 años la demanda de justicia contencioso administrativa se ha incrementado de un total que se contabilizaba en 1997 de 25.552 procesos, a 167.595 procesos en el año 2009, lo cual refleja una diferencia de 142.043 expedientes, dato que facilita comprender que la demanda de justicia se ha incrementado por lo menos en un 600% en un periodo de 13 años. Entre tanto, la forma como el sistema de justicia contencioso administrativa evacua esa creciente demanda de justicia nos muestra que en los diferentes Tribunales y Juzgados, mientras los ingresos están en un porcentaje de 2 dígitos, los egresos no superan un dígito, lo que evidentemente demuestra el sedimento de una demanda acumulada de justicia no resuelta que sin mayor argumentación es suficiente para concluir una situación de crisis no solo en la capacidad del sistema para operar en una necesidad de justicia de una población creciente, sino quizá lo más grave para la justicia contenciosa, el surgimiento de un paulatino debilitamiento del orden jurídico medido en la capacidad de controlar el funcionamiento de la administración pública.

En términos muy simples la realidad que se nos presenta demuestra en el fondo una crisis del Estado de Derecho incapaz no solo de regularizar el comportamiento de la administración sometida a la legalidad, pues recordémoslo, es este un principio básico del derecho administrativo, sino además un creciente número de conflictividad en la actividad administrativa que por su incremento pareciera mostrar que el sistema de Justicia Contencioso Administrativo no logra mediar adecuadamente lo que resta la contundencia necesaria en todo orden de derecho que ciertamente cifra su fortaleza en su capacidad de ser eficaz.

En cuanto a los tiempos que se toma la justicia contenciosa para resolver, se observa, que sin que el Consejo Superior de la Judicatura posea información confiable que nos permita con certeza establecer la duración de un proceso desde su inicio hasta su terminación con sentencia o decisión análoga; no obstante, es posible ponderar en un término de 10 años en el agotamiento de todas las instancias, término que es de simple referencia porque existen ocasiones en que la duración puede ser superior o levemente inferior; en todo caso estos tiempos ofician como un factor indicativo del incremento de demanda de justicia, en cuanto la demora en el fallo definitivo impide que éste pueda corregir los desafueros en que incurre la administración, lo cual le sustrae por completo de los efectos restauradores de la decisión judicial en lo que concierne al privilegio del respeto por la legalidad y los derechos de los ciudadanos.

En concreto, acerca de los procesos de restablecimiento en el derecho de contenido laboral, a su turno y esta vez por datos consolidados por la unidad de estadística del



Consejo Superior de la Judicatura, es posible concluir que en todos los departamentos del país el porcentaje de los procesos laborales supera ampliamente el 50% de los activos, cuestión que por supuesto se ve proyectada en el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso, que en el año anterior en cuanto a los ingresos de procesos, mostró que la Sala Laboral Sección Segunda admitió 2.477 procesos contra 2.193 en la Sección Tercera, 1.008 en la Sección Primera, 507 en la Sección Cuarta, 151 en la Sección Quinta y 122 en la Sala de Consulta y Servicio Civil. De esta manera sin incurrir en la compleja divagación de los datos de las estadísticas, no es difícil afirmar que la mayor cantidad de demanda de justicia en lo Contencioso Administrativo apunta al campo de lo laboral.

Lo precedente nos habilita para postular, como tesis dentro del contexto del nuevo Código, que históricamente el componente laboral en la actividad de la administración pública y la relación de los ciudadanos con el Estado representa uno de los principales desafíos que ha de atender el orden jurídico colombiano para mediar la vigencia plena del principio de legalidad en la administración pública y la eficacia de los derechos de las personas como consigna fundamental de nuestro sistema constitucional; quizá por ello como lo veremos más adelante, en lo sustancial es esta área la que representa una de las modificaciones de mayor calado en la nueva Ley, lo que torna saludable el examinar no sólo dichas modificaciones por razones puramente cuantitativas sino verificar en el campo de lo axiológico, los contenidos que animan el nuevo estatuto sin que desde luego en este momento podamos identificar sus efectos y transformaciones en la dogmática del derecho administrativo en Colombia, que es otra variable que es necesario por lo menos convocar en este análisis y que enseguida comenzaremos a pergeñar.

2. Evolución del control judicial de la administración pública durante la existencia de lo contencioso administrativo como jurisdicción especializada.

Pese a que la historia sobre lo Contencioso Administrativo de nuestro país ubica el origen del Consejo de Estado en la Carta de 1821, la verdad es que la mención que se hace en el Siglo XIX de esta Institución, no se compadece con la existencia de un sistema Contencioso Administrativo, no cabe duda entonces que es a partir del Acto Legislativo No. 3 de 1910 en que verdaderamente se implantan en Colombia instituciones nacionales, época en la que el Consejo de Estado es atribuido de las funciones de Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, competencia que se atempera con la expedición de la Ley 130 de 1913, norma en la que el eje de lo Contencioso Administrativo se centró en la aplicación de una especie del principio de legalidad



enfocado sobre los actos de las corporaciones administrativas y los empleados de la administración, es decir, nos atrevemos a señalar que el primer indicio operativo del derecho administrativo de nuestro país tiende a configurar lo que ya por aquél entonces se denominaba como función pública, cuyo control apuntó a la ejecución del recurso por exceso de poder que ofrece un esquema atribuido básicamente a la manera como la función pública desarrolla las actividades de la administración acatando directamente la ejecución de la Ley, y dentro de un cuadro objetivo de competencias.

Posteriormente la Ley 60 de 1914 orgánica del Consejo de Estado, distribuyó el elenco de competencias para ejercer un control formal sobre los actos de la administración permitiendo una relevancia de carácter territorial que justificó la existencia de las dos instancias de juzgamiento con que inicia la Jurisdicción Contenciosa.

Fue entonces la Ley 167 de 1941, como un segundo Código de lo Contencioso Administrativo, en donde se registra una preocupación más amplia que desborda el límite de la estructura orgánica y funcional para entenderse además de la función pública, de la actividad administrativa propiamente dicha lo que permite atribuir al objeto de la administración un sistema de derechos ciudadanos y de controles judiciales y administrativos cuyo suceso en lo sustancial transcurre con la aplicación del principio de la jerarquía normativa que se incrusta en el sentido de control, una racionalidad enteramente positivista.

Apreciamos por consecuencia, el inicio de una especie de control material sobre la actividad de la administración pública enfocada en el trámite administrativo, sometida al principio de legalidad, y la restricción de cualquier abuso de función. Por esta circunstancia podemos reconocer que fue el Código Contencioso de 1941 el que agregó al estatuto por exceso de poder, su complemento de plena jurisdicción que por aquélla época permitió descubrir en sede judicial el funcionamiento práctico de un esquema de responsabilidad de la administración en la perspectiva de la protección de los derechos de las personas.

En forma análoga, este Código nos permitió reconocer la regulación de un procedimiento administrativo con relevancia en los controles judiciales, es decir, una especie de vía gubernativa en la que el derecho administrativo adquiere la posibilidad de operar con las reglas propias de esta rama del derecho en la labor conciliadora de los conflictos entre los ciudadanos y la administración del Estado, y al mismo tiempo, la identificación del objeto de lo que posteriormente vendría a ser el control Contencioso Administrativo, de forma que también en este Código es donde se nutre el surgimiento entre nosotros de un procedimiento Contencioso con capacidad de otorgar la identidad suficiente a una jurisdicción especializada, bien diferenciada de la justicia ordinaria.

No podemos olvidar, que entre tanto la responsabilidad pura de la administración por hechos y contratos, fue extraña a la Justicia Contenciosa, y el suceso de sus desen-



volvimientos jurisprudenciales encontraron efecto en la actividad de la justicia ordinaria, pues sólo hasta la expedición de la Ley 27 de 1963 que operó como base jurídica del Decreto 528 de 1964, se implementó la concepción de un criterio orgánico de la administración en sus dos acepciones de descentralización territorial y funcional, lo que ciertamente facilita la posibilidad de aplicar los conceptos de responsabilidad del Estado en los términos propios de las normas de derecho público.

Finalmente, fue el Decreto 01 de 1984 expedido con facultades de la Ley 58 de 1982, el estatuto que adecuó los principios de la actuación administrativa identificando su actividad con el cumplimiento de los cometidos Estatales y la adecuada prestación de los servicios públicos que entre sí representan la efectividad de los derechos e intereses de los administrados. En esta concepción es evidente que el derecho administrativo se revitaliza y casi podríamos reconocer sin temor a exagerar, que es por este estatuto de 1984, que el control judicial de la administración adquiere la relevancia que hoy representa dentro del patrimonio institucional de los Colombianos. Paradójicamente los atractivos de la modernización que representa el Código de 1984, en el ser y el hacer de la administración pública en Colombia, marca sus propios niveles de insuficiencia ante la demanda de justicia, pues desde entonces empieza a presentarse como situación crónica eventos en principio aislados y luego generales de congestión, que por supuesto no han logrado ser resueltos por el Estado Colombiano.

En la regulación de la actividad de la administración, es importante reseñar la implantación de un procedimiento administrativo a partir del derecho de petición con una fundamentalidad material que constituyó un buen acervo histórico para lo que posteriormente vendría a definirse por la Carta de 1991 como derecho esencial dentro del conjunto de los derechos fundamentales. La parte técnica de la actividad administrativa fue regulada con un buen expediente teórico para crearle al acto administrativo un régimen compatible con la doctrina sobre el asunto, e igual lo pertinente a los esquemas de responsabilidad en el ejercicio de la actividad de la administración de forma que la actuación administrativa representa un expediente relativamente moderno, lo que le ha permitido a las agencias Estatales expresarse con mayor proximidad a los mandatos de ejecución de los elementos propios del Estado de Derecho previstos desde 1886.

En lo Contencioso, el Código del 1984 y sus múltiples reformas registraron una enorme preocupación orgánica y procesal que culminó con la identidad del proceso Contencioso Administrativo para diferenciarse del proceso civil y los tres niveles de la jurisdicción en un claro equilibrio con la justicia ordinaria, lo cual, en términos históricos implicó que por este Código de 1984 se consolide la existencia de una Jurisdicción especializada en el control de la actividad de la administración pública y la protección de los derechos ciudadanos, claro está, superando los niveles puramente formalistas de la relación administración-administrado en el antiguo rol del Estado Clásico de De-



recho hacia la relación administración pública protectora de derechos fundamentales, que identifica la noción de Estado Social de Derecho.

3. Retos principales del nuevo Código en la complejidad del orden jurídico nacional.

En este repaso de lo que representa de manera sintomática el escenario donde emerge un nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, encontramos que la sociedad de ahora, contrastada con la de 1913, resulta cuantitativa y cualitativamente distinta: además del incremento poblacional que como realidad aplastante refleja los enormes compromisos de la sociedad y del Estado, las transformaciones del país en todos sus órdenes ponen de presente que el centro de las dificultades de estos tiempos se localizan en el logro de una convivencia ciudadana armónica bien regulada por el derecho y proyectada a la creación de espacios en los que el crecimiento económico y el desarrollo humano hagan parte esencial de lo público.

No obstante, la sociedad que integramos, se encuentra bien distante de la vigencia del derecho como norma reguladora del comportamiento social, y los espacios públicos, en todos sus ámbitos, ante la ausencia de derecho representan una especie de Ley de Facto en donde buena parte de los conflictos de la convivencia no los regula el Estado y mucho menos los esquemas de una sociedad ordenada, para en consecuencia presentar en hipótesis una realidad decepcionante de violencia matizada con un conflicto político no resuelto y una situación de concentración de la riqueza que aplaza el progreso y el desarrollo humano de la mayoría de los habitantes del país.

Si bien es cierto los problemas de Colombia en los comienzos del Siglo XXI no son extraños a las contingencias de sistemas económicos mundiales y los alineamientos que se producen geográfica y regionalmente, tampoco es menos cierto, que los retos del derecho en nuestro país condensan el denominador común a la solución de las dificultades de convivencia social; es decir, la capacidad del derecho para regular la convivencia y efectivizar los derechos, inequívocamente constituye la principal alternativa para condicionar el progreso y facilitar el desarrollo humano. Nos parece en consecuencia que contiene una consigna necesaria en todo aquél Agente de la actividad pública o privada que represente una expresión de la Institucionalidad, pues ella permitirá otorgarle objetividad a la capacidad del derecho para vitalizar los órdenes sociales sin los que es imposible la equidad y la justicia.

De otro lado la expedición de la Ley 1437 de 2011 ocurre en instantes en donde el mundo del derecho se matiza con teorías jurídicas novedosas que ponen en crisis paradigmas tradicionales cifrados en la noción de Estado-Nación, dado que a la par de la globalización en lo económico, en lo jurídico se homogeniza una carta de navegación



universal apoyada en el vigencia de los derechos fundamentales, fuente primigenia de todos los órdenes jurídicos y cometido básico de los Estados, lo que de contragolpe hipertrofia las funcionalidades públicas dando una sensación de ambigüedad que impide diferenciar con precisión el terreno específico de la actividad administrativa de aquéllos segmentos propios de la iniciativa privada.

En este campo existen tendencias en el derecho administrativo que pugnan por reconocer una especie de claudicación de lo público que permite un desplazamiento del derecho administrativo hacia las áreas propias del derecho privado en toda su amplia gama de expresiones y conforme a poderes no Estatales pero suficientemente contrastados con el Estado en cuanto a su capacidad para subordinar y regular la vida ciudadana, por encima de los principios del derecho público.

Sin duda el panorama que le espera a la aplicación de la Ley 1437 de 2011 no es sencillo, pues este nuevo Código crea la expectativa cierta de la eficacia en la decisión judicial enfrentada a niveles enormes de congestión, y en lo material, en cuanto, la doctrina del derecho administrativo que por estos tiempos la conmueven toda serie de corrientes que pareciera en momentos liquidar su identidad para ceder paso al mundo de la iniciativa privada o en ocasiones recostarse plácidamente en el ámbito del derecho constitucional.

En fin, solamente el futuro nos dará respuestas respecto a la capacidad de esta Ley para regular las expectativas y materializar las esperanzas de quienes ciframos en ella un mejor estar de la justicia de lo Contencioso Administrativo.

4. Las controversias laborales en función del objeto de la Jurisdicción de acuerdo a la Ley 1437 de 2011.

Las premisas de lo laboral en lo Contencioso Administrativo se cifran en dos elementos que marcan la historia del capitalismo en el Siglo XX: por una parte, el duro proceso en el que el trabajo humano alcanza la jerarquía de un derecho, y luego, los rasgos de un derecho fundamental. Esta lucha por dignificar al hombre en la expresión más profunda de su ser en cuanto le permite salir de su subjetividad para integrarse a la vida colectiva a través de la capacidad creadora y productiva, principia con la tesis sociológica del derecho en el derecho administrativo, preconizadas por Maurice Hauriou y León Duguit, quienes reconocieron en la función del derecho administrativo la posibilidad de crear un sistema de defensa a la actividad humana en contraposición a los poderes subordinantes de la sociedad representados en el Estado, y que luego fueran bien definidos por los aportes que para el derecho administrativo mundial significó el grupo de juristas que integró la Escuela de Burdeos.



En lo mundial, la guerra de 1914 representó para la humanidad la necesidad de reconocer que las sociedades del Siglo XX sólo se construirían a partir de la concertación de los 3 componentes esenciales que las integran: la actividad económica que representa la industria y los empresarios, la capacidad reguladora de los Estados y la importancia de la clase trabajadora sobre la que descansa el desarrollo de las sociedades. Se trata en consecuencia, del tripartismo que permitió darle contexto a la Organización Internacional del Trabajo en 1919 y, que por supuesto, tiene singular significación para el reconocimiento de lo laboral como un derecho fundamental en la relación de derecho privado y obviamente en las relaciones de derecho público.

Ya atrás lo habíamos indicado que la dimensión del derecho al trabajo en la función pública permitió el avance en lo Contencioso Administrativo del simple exceso de poder a la noción de plena jurisdicción, cuestión que nos permite de nuevo comprobar la razón por la que lo laboral posee tanto peso en la realidad de la Jurisdicción Contenciosa.

Particularmente cabe señalar que lo laboral en el Código de 1984 presenta una característica a nuestro juicio equívoca, que la Ley 1437 de 2011 pretende resolver. Se trata de la confusión que el Código de 1984 establece entre función pública y los contenidos del derecho laboral, pues las normas de este Código, artículos 128 numeral 2º, 131, 132 y 134D, organizan la competencia de la Jurisdicción con conceptos equívocos al regular una especie de restablecimiento del derecho de actos no laborales, diferenciándolos de los actos referidos a contenido laboral, pero al mismo tiempo fusionándolos con actos que implican retiro del servicio pero que carecen de cuantía, es decir, la distribución de las competencias en el campo laboral aproxima a la función pública cierta identidad con lo laboral, que en el fondo, además de los problemas ya conocidos para diferenciar competencias en este ámbito, lo que muestra es que para el Código de 1984 función pública es lo mismo que derecho laboral, y las diferencias competenciales se fundan exclusivamente en los supuestos en los que se pretenden reivindicaciones económicas, las cuales, paradójicamente se aplican a constituir la esencia del contenido laboral de la acción.

En esa misma dimensión de ambigüedad los elementos derivados de la fundamentalidad del derecho laboral como son la protección social y la seguridad social imputables al Estado y a la Sociedad, ingresan al conocimiento de la Justicia Contencioso Administrativa bajo la perspectiva de la plena jurisdicción o del exceso de poder, en cuanto la jurisdicción juzga actos, hechos, omisiones, operaciones y contratos atribuidos a los entes públicos o a personas privadas con funciones administrativas.

En una palabra el Código de 1984 omitió en distinguir las fronteras entre derecho laboral y función pública, y mucho menos se interesó por los efectos primordiales de la relación laboral implicados en la seguridad social y en los deberes de protección social que dimanaban de lo público.



Este panorama contrastado con el artículo 103 del nuevo Código, nos permite descubrir que el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso se concreta en la efectividad de los derechos y la preservación del orden jurídico, es decir, representa un indicio cierto de una estructura formal y un contenido apuntados a un supuesto básico de seguridad jurídica y de precedente unitario; ahora bien, el artículo 104 es plausible en definir la extensión de la jurisdicción en el conocimiento sobre los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones reguladas por el derecho administrativo atribuidas a las Entidades Públicas y a los particulares con funciones administrativas más la numeración correspondiente para particularizar el sustrato específico de la competencia que para el caso laboral, a nuestro entender, termina con la fusión entre derecho laboral y función pública para señalar como objeto de la competencia, los conflictos surgidos de la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado, como una entidad propia de la función pública propiamente dicha, y en su complemento los conflictos de la seguridad social de los servidores públicos lo que comprende a los empleados, los trabajadores y otras formas de vinculación siempre que el Ente obligado esté administrado por una persona de derecho público, en cuyo caso se considera persona de derecho público todo órgano, organismo o Entidad Estatal, con independencia de su denominación en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital o con aportes o participación Estatal igual o superior al 50%.

En nuestra perspectiva el componente laboral que hace objeto a la función de lo Contencioso Administrativo no se agota tan solo en la función pública sino que por decisión expresa del propio Legislador, compromete los elementos integradores del derecho laboral en sí mismo dado que de otra forma no existiría el derecho laboral como garantía fundamental, si paralelamente no se lo complementa con la derivación que éste proyecta en la protección social radicada en la seguridad social, los sistemas de riesgos profesionales y la salud. Cabe destacar, que las amplitudes del derecho laboral pierden su contenido si únicamente se las visualiza en el mero acto productivo dotado de la derivación de las consecuencias del mismo en el ámbito del salario, la jornada laboral, el derecho de sindicación y la regulación del ejercicio de la actividad productiva; es necesario entonces, el salto que estamos registrando para consolidar una Justicia Contencioso Administrativa en una base cualitativa que supera la disquisición formalista de la simple función pública.

Esperamos que ese cambio sea adecuadamente asimilado y supere el nivel de una nueva carga al haz de competencias de lo Contencioso para que en su aplicación práctica facilite una consolidación real del derecho administrativo que además de contrastar la diferencia con la suma de competencias propias de la justicia ordinaria, permita una convergencia de contenidos, pero una diferencia de procedimientos dentro de los que la justicia especializada represente el hito transparentador de lo que en una sociedad contemporánea implica lo público para guiar la actividad privada que como en el caso del derecho de petición conforme se regula en la nueva Ley, se proyecta en el campo de los entes privados como una extensión garantista para una sociedad más equilibrada



a una situación de subordinación igual, cabe procurar entonces niveles de protección análogos; así, la extensión y especificidad de la Jurisdicción Contenciosa en el campo laboral afinca como tarea del provenir comunicar en las relaciones laborales de derecho privado los mismos niveles de amparo y protección que seguramente construirá la justicia de lo Contencioso Administrativo, en el área de lo público.



El contencioso laboral

Por: Alfonso Vargas Rincón

Magistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado
Miembro de la Comisión de Reforma

El nuevo estatuto contiene novedades en todas sus dimensiones, entre las cuales obviamente, se encuentra lo relativo al contencioso administrativo laboral, en el cual se dibuja una línea coherente, bien definida en sus aspectos esenciales.

En materia de distribución de competencias, aparece nítidamente demarcado el papel que cumple el Consejo de Estado como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo tanto en su función unificadora de jurisprudencia, como en el conocimiento que asume privativamente y en única instancia y como Tribunal Supremo de segunda instancia.

Aspiramos a que la historia, en tiempo breve, nos demuestre que la función unificadora que cumple el Consejo de Estado, garantice a la sociedad una efectiva realización de principios y derechos fundamentales, la aplicación del ordenamiento jurídico en condiciones uniformes y como consecuencia, sentencias de unificación ceñidas al contenido del artículo 230 de la Carta Política, cuya extensión a terceros sea realmente efectiva.

Actualmente el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo conoce privativamente y en única instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional, con excepción de los de carácter laboral (C.C.A. artículo 128, subrogado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998).

La excepción antes indicada generaba interrogantes en situaciones en las que en ejercicio del contencioso de nulidad y restablecimiento del derecho sin cuantía, se controvirtieran actos expedidos por autoridades del orden nacional de carácter laboral y que por su naturaleza, debía juzgarlos el Consejo de Estado en su condición de Tribunal Supremo, tales como el que modifica la planta de personal de un ente público nacional.

Para evitar tales interrogantes y hasta confusiones, el nuevo código elimina la excepción. En consecuencia, en adelante el Consejo de Estado conoce en única instancia de los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía en los cuales se controviertan actos expedido por autoridades del orden nacional incluidos los de carácter laboral (Nuevo estatuto, artículo 149-2).



Trae igualmente otra novedad en la misma disposición, la cual acoge el criterio jurisprudencial que viene prohiendo la Sección Segunda del Consejo de Estado, relativa a la competencia para el juzgamiento de actos relacionados con sanciones disciplinarias administrativas expedidas por la Procuraduría General de la Nación. Su texto es el siguiente:

Artículo 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus secciones, subsecciones o salas especiales, con arreglo a la distribución del trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

...

2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controvertan actos administrativos, expedidos por autoridades del orden nacional.

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 profieran como supremo director del Ministerio Público.

En materia de conocimiento de acciones de nulidad y restablecimiento del derecho susceptibles de cuantificación, se establece una distribución racional entre jueces, Tribunales y Consejo de Estado, que contribuirá a la elaboración de criterios jurisprudenciales en los diversos aspectos de índole laboral, en iguales condiciones en todo el territorio nacional, garantizando así la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico en situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos, como se desprende, en su orden, de los siguientes preceptos:

Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación por parte de los tribunales, o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se concedan los extraordinarios de revisión o de unificación de jurisprudencia.

Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

...



2. De los 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, cuando la cuantía exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

2. De los 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, cuando la cuantía no exceda de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Un tema que demandó profundo examen y en el cual está comprometida en su integridad la competencia del aparato contencioso administrativo, fue el relativo a la resolución de controversias y litigios de la seguridad social de los servidores regulados por el instituto de la relación legal y reglamentaria, cuando estén afiliados a una entidad de derecho público, el cual quedó definido en el artículo 104-4 del nuevo Código, cuya literalidad, es la siguiente:

Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. 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.

Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

...

4. 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.

Por regla general, los conflictos que surgen entre las entidades públicas y los empleados públicos, los dirime la jurisdicción contencioso administrativa, pues la relación legal y reglamentaria es, por excelencia, una expresión de derecho administrativo. (Es la función pública).

Cuando la seguridad social de los empleados públicos está administrada por una entidad de derecho público, el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa adquiere mayor relevancia, pues no sólo se trata de los derechos de un empleado pú-



blico, sino de la función administrativa que cumple la entidad pública encargada de administrar el sistema.

Es pues una línea de técnica y coherencia jurídica que la Jurisdicción Contencioso Administrativa juzgue las controversias relativas a la seguridad social de los empleados públicos cuando estén afiliados a una entidad pública.

Por otra parte, dado que la responsabilidad del Estado está fundamentada en el artículo 90 de la C.N., su aplicación uniforme es relevante en la garantía de los derechos sustanciales de los asociados, por ello, esa responsabilidad, incluida aquella derivada del acto médico que se produce dentro del marco de la seguridad social, debe ser definida por la misma jurisdicción, la contencioso administrativa, especializada en el tema.



Régimen probatorio, nulidades e incidentes en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Por: Alvaro Namén Vargas

Magistrado Auxiliar de la Sección Tercera del Consejo de Estado
Secretario Técnico de la Comisión de Reforma

La Ley 1437 de 18 de enero de 2011, que adoptó el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, introdujo una serie de reformas y modificaciones importantes al régimen probatorio, de nulidades y de incidentes, cuyos alcances en líneas generales se desarrollarán a continuación.

I. Aspectos probatorios

El derecho a probar y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en los procesos contenciosos administrativos, fue uno de los temas que más ocupó la atención de la reforma, en el entendido de que se trata de una manifestación del derecho al debido proceso y sus corolarios de defensa y contradicción (art. 29 C.P). Antes de entrar a describir las novedades que se presentan en este ámbito del derecho a aportar la prueba y a que sea admitida, practicada y valorada, para su correcto entendimiento es necesario señalar aquellos propósitos más relevantes que orientaron la concepción del nuevo régimen de pruebas en el código, y que resultan transversales y aplicables a toda la reforma.

La nueva filosofía que inspiró La Reforma

En primer lugar, en su elaboración **se persiguió actualizar el régimen probatorio con el nuevo esquema constitucional.**

En efecto, la influencia marcada de la Constitución Política de 1991 en todos los ámbitos del derecho, del cual no escapa el orden jurídico procesal, ha implicado que exista una tendencia de la jurisprudencia a superar el rigor formalista, para ir directamente a aplicar los principios constitucionales del debido proceso, la igualdad, el acceso a la Administración de Justicia, la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; la presunción de buena fe y la equidad y la jurisprudencia como criterios auxiliares de la actividad judicial, entre otros (Arts. 2, 4, 13, 83, 122, 228, 229 y 230 C.P.);



por tanto, la nueva legislación debía acoger de manera clara y precisa esta tendencia y la importante construcción jurisprudencial en la que se ha privilegiado en materia de pruebas los principios consagrados en la Carta Política de 1991, con el fin de brindar seguridad jurídica, en especial a aquella parte que dentro del proceso puede verse sorprendida con el cambio en la interpretación¹.

En segundo lugar, **se buscó fortalecer el régimen de pruebas con la utilización de las nuevas tecnologías de la información**, con el objetivo de hacer más ágil y eficiente el proceso, así como para facilitar a los usuarios y a la Administración de Justicia el debate probatorio.

En tercer lugar, **se pretendió su armonización con el esquema mixto de proceso contencioso administrativo adoptado en el Código**, que conjuga elementos escritos y orales. En efecto, el proceso mediante audiencias orales presenta una serie de elementos que inciden en el régimen probatorio adoptado, en especial en cuanto a la carga de la prueba que atañe a las partes, el principio de inmediación de la prueba, la prueba anticipada o extraproceso, los acuerdos de las partes en materia de hechos ciertos y probados, la garantía del cumplimiento del principio de concentración, el derecho a la exclusión de pruebas ilegales o viciadas, la prevalencia del derecho sustancial, el robustecimiento de los poderes del juez para la dirección del proceso y la garantía de los derechos en conflicto y su debida armonización con los anteriores elementos.

Con el anterior enfoque, el nuevo Código regula lo atinente al régimen probatorio en el Capítulo IX del Título X de la Parte Segunda, artículos 211 a 222. No obstante, conviene advertir que esta materia no se agota con estas normas, sino que a lo largo del articulado del código se establecen una serie de disposiciones que tienen que ver con dicho régimen, entre otros, los artículos 1 No. 3 (principio del debido proceso); 5 N°8 (derecho de aportar pruebas en las actuaciones administrativas); 9 (prohibición a la autoridad); 11 (en causal de impedimento); 20 (perjuicio irremediable para la atención prioritaria); 40 (pruebas en la actuación administrativa); 48 (período probatorio en procedimiento administrativo sancionatorio); 55 (documentos públicos en medio electrónico); 57 (acto administrativo electrónico); 62 (en procedimiento por medios electrónicos); 77 y 79 (trámite de los recursos ante la administración y pruebas); 86 (en silencio administrativo de recursos); 102 No. 2 (Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros); 103 inc. final (objeto y principios de la jurisdicción); 117 (comisión para la práctica de pruebas); 132 (en el trámite de recusaciones); 142 (repetición); 160 inc. Final (derecho de postulación); 162 No. 5 (demanda); 166 (anexos de la demanda); 173 No. 2 (reforma de la demanda); 175 Nos. 4 y 5 y parágrafo (contestación de la demanda); 176 (allanamiento de la demanda); 178 (desistimiento tá-

• **1** Cfr. CORREA, Palacio, Ruth Stella, Magistrada del Consejo de Estado, Sección Tercera, en Jornadas del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Aspectos Procesales y Probatorios en la Jurisprudencia Contencioso Administrativa.



cito); 179 inc. final (etapas del proceso); 180 (decreto de pruebas); 181 (audiencia de pruebas); 183 lit. d) (contenidos de las actas); 184 No. 5 (en el proceso de nulidad por inconstitucionalidad); 185 No. 4 (en el control inmediato de legalidad de actos); 187 (contenido de la sentencia); 231 inc. 1 y No. 1 (requisitos para decretar las medidas cautelares); 242 Nos. 8 y 9 (apelación); 247 (trámite del recurso de apelación de sentencias); 250 No. 2, 252 y 254 (en el recurso de revisión); 269 inc. 2 (procedimiento de la unificación de jurisprudencia); 283 y 285 (audiencias de decreto y de pruebas en el proceso judicial electoral).

Las medidas adoptadas y las modificaciones introducidas

En líneas generales, las disposiciones citadas relativas al proceso contencioso administrativo regulan e introducen novedades, de las cuales se destacan los siguientes nueve (9) temas a saber:

1. El fortalecimiento del Régimen Probatorio Especial en el Contencioso Administrativo y en lo no previsto, remisión al Régimen Probatorio del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 211 (régimen probatorio), señala que:

“En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en lo que no esté expresamente regulado en este Código, se aplicarán en materia probatoria las normas del Código de Procedimiento Civil.”

Como puede apreciarse, no existe una ruptura total del tema probatorio con el régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil, tal como se concebía en el artículo 168 del Decreto 01 de 1984, decisión que se adoptó tanto por razones prácticas, como jurídicas, porque la remisión a los principios (necesidad de las pruebas, contradicción, intermediación, autoresponsabilidad, preclusión, comunidad, entre otros); los hechos exentos de prueba (presunciones, hechos notorios, afirmaciones y negaciones indefinidas, entre otros); medios de pruebas (documentos, testimonios, indicios, declaración de parte, juramento, etc.²); su conducencia, pertinencia, utilidad y valoración de la prueba y en general en todo lo relacionado con la forma de practicarlas³; así como los criterios de valoración y los demás aspectos sobre la materia, no se oponían a la estructura del proceso con elementos orales que se concibió en la Ley 1437 de 2011⁴.

• **2** Se entiende que se trata de una enunciación no taxativa, esto es, sin perjuicio de cualquier otro medio distinto a los señalados que esté previsto en la ley, necesario para la formación del convencimiento del juez (art. 175 C. de P. Civil), pues existe libertad probatoria.

3 Arts. 174 y ss. del C. de P. Civil.

4 Por ejemplo, la práctica de las pruebas muestra que se realiza en buena parte de manera oral, mediante audiencia.



Sin embargo, aunque a primera vista pudiera pensarse que el artículo 211 del nuevo Código no presenta un cambio sustancial a lo que ya traía el artículo 168 del anterior Código Contencioso Administrativo⁵, en tanto que se mantuvo el criterio en cuanto a la observancia de la regulación de las pruebas en el régimen procesal civil, una lectura detenida de la nueva norma del código, permite extraer dos modificaciones trascendentales:

La primera consiste en que trae en sí una redacción o, mejor aún, remisión más precisa que la de la disposición anterior, considerando que expresa un mayor grado de generalidad en cuanto al régimen probatorio se refiere, dado que no pocas dificultades podía ofrecer el artículo 168 del anterior código que sujetaba esa remisión con la expresión siempre que *“resulten compatibles con las normas del código”* y la descripción de las materias que contemplaba (forma de practicarlas, medios de pruebas y criterios de valoración), lo que condujo a hacer claridad de que la remisión es en relación con todo ese régimen del procesal civil, salvo lo expresamente regulado en el nuevo Código Contencioso. Es decir, circunscribe la remisión al Código de Procedimiento Civil única y exclusivamente cuando la materia no sea regulada por el Código Contencioso Administrativo y no para cuando resulten compatibles con las normas del código, expresión que utilizaba esa norma anterior.

La segunda, y como corolario de lo anterior, es que de entrada se puntualiza que existen disposiciones especiales sobre la materia en el contencioso administrativo. En efecto, teniendo en cuenta las escasas normas existentes en cuanto a las pruebas se refiere en el anterior código y dada la necesidad de establecer algunas reglas especiales por la especificidad del contencioso administrativo, se incluyeron en la Ley 1437 de 2011 una serie de prescripciones en el tema probatorio aplicables por su naturaleza al nuevo proceso contencioso, evitando hacer una remisión integral a la normativa procesal civil, lo cual resulta particularmente cierto en pruebas de común y frecuente utilización, tales, como los documentos y los dictámenes periciales, como se verá, a continuación.

2. La carga probatoria bajo el principio dispositivo

El proceso judicial en su faceta probatoria es, en esencia, una actividad de reconstrucción de hechos, cuya demostración permite encuadrarlos o subsumirlos en el supuesto de las normas, para aplicar los efectos jurídicos que en las mismas se consagran y solucionar así una determinada controversia. De ahí que, excepto en los conflictos

- **5** A cuyo tenor: ~~“ARTICULO 168. PRUEBAS ADMISIBLES. En los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de este Código, las del Procedimiento Civil en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.”~~ (Lo tachado muestra las diferencias con el nuevo artículo).



de puro derecho, la prueba tiene una importancia vital. Si el proceso es regido por el principio dispositivo, las partes deben llevar al juez los elementos de convicción de los hechos que afirman, para sustentar el derecho pretendido o para oponerse al mismo; o, en cambio, si se trata de un proceso regido por el principio inquisitivo, la iniciativa probatoria no está a cargo de éstas y será entonces el juez quien debe ejercer una amplia investigación de los hechos materia del proceso.

Luego de un amplio debate en relación con estos principios y su incidencia en materia contencioso administrativa, **en el inciso final del artículo 103**, que regula el objeto y principios de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, expresamente se estableció que:

“Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.”

Es decir, la reforma se inclinó por el principio dispositivo para la impulsión del proceso contencioso administrativo y el debate probatorio, o sea, que la parte que alega el hecho y reclama el derecho o se opone a él está obligada a suministrar la prueba (art. 177 C.P.C), aunque conservando -como es la tendencia del derecho procesal moderno- elementos del sistema inquisitivo, tales como el poder para decretar pruebas de oficio en primera y segunda instancia. En tal virtud, la tarea investigativa se deja, en principio, a las partes, sin perjuicio de que, excepcionalmente, el juez cuando sea estrictamente necesario decreta de oficio las pruebas que demanden la efectividad de los derechos de las partes, la justicia y la defensa del orden jurídico.

Otra cuestión que en esta materia resolvió la comisión de reforma, es si debía implementarse la figura de la carga dinámica de la prueba en Colombia, como sucede en algunos países como España y Argentina y como en algún tiempo la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado la aplicó para casos de responsabilidad por daños producidos con ocasión de la actividad médica. Se propuso, a los inicios de la discusión, si era pertinente regular esta figura con el ánimo de morigerar la carga probatoria que incumbe a las partes, cuando quiera que una de ellas está en mejor posición de probar, sea por superioridad técnica, o dado sus conocimientos especiales, o porque se encuentra en su esfera jurídica la producción de la prueba y, por consiguiente, la otra en una situación de dificultad razonable para aportar la prueba. Como se sabe, se trata de un sistema de redistribución de la carga procesal o de inversión de la carga, en la que en las condiciones anotadas, el juez traslada al inicio del litigio la obligación de demostrar la verdad de lo alegado a la contraparte de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte y con independencia de quien haya alegado el hecho dentro del proceso. Sin embargo, la comisión no estuvo de acuerdo con implementar la carga dinámica de la prueba, considerando que no es posible conjugarla con los principios de igualdad, debido proceso y derecho de defensa.



En síntesis, la adopción de un proceso contencioso administrativo bajo un sistema mixto fuertemente marcado por elementos de oralidad, implica pasar de uno que tenemos fuertemente inquisitivo, en el que el juez tiene amplias posibilidades de decretar pruebas de oficio, a un proceso predominantemente dispositivo, conforme al cual a cada una de las partes corresponde la prueba de los hechos en que funda sus pretensiones o excepciones o defensas. Esta orientación, de dejarle a las partes el impulso del tema probatorio, se refleja en varias reglas que se fijan en el nuevo código, entre otras:

2.1. Primera regla:

El aporte de las pruebas documentales y anticipadas en poder del demandante o del demandado en el momento de la presentación de la demanda o de su contestación, según el caso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 162 numeral 5 (demanda), 166 numeral 2 (anexos de la demanda) y 175 numeral 4 (contestación de la demanda)⁶.

En el Código se asigna una amplia facultad a las partes para constituir y aportar pruebas anticipadas, de manera que se alleguen a las audiencias debidamente producidas para el debate, pero que, con todo, están sujetas a la inmediación y la contradicción durante la respectiva audiencia que se adelante ante el juez.

La idea es que el decreto de las pruebas de oficio quede reducido a los casos en que el juez lo considere estrictamente necesario. Hoy en día, cada vez más, se busca que el juez solamente sea fallador y que la carga de conseguir las pruebas esté en cabeza de las partes antes del proceso.

- **6** “ARTÍCULO 162. Contenido de la demanda. Toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá: 5.- La petición de las pruebas que el demandante pretende hacer valer. En todo caso, éste deberá aportar todas las documentales que se encuentren en su poder.”

“ARTÍCULO 166. Anexos de la demanda. A la demanda deberá acompañarse: 1. Copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. Si se alega el silencio administrativo, las pruebas que lo demuestren, y si la pretensión es de repetición, la prueba del pago total de la obligación (...). 2.- 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.

“ARTÍCULO 175. Contestación de la demanda. Durante el término de traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito que contendrá: 4.- La relación de las pruebas que se acompañen y la petición de aquellas cuya práctica se solicite. 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.” (Subrayado por fuera del texto original)-



2.2. Segunda regla:

El aporte de los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho o para oponerse a las pretensiones de la demanda, en el momento de la presentación de la demanda o de la contestación, según se establece en los artículos 162 -numeral 5- y 175 -numeral 5-.

Cabe anotar que, siguiendo la estructura que se le da a la etapa probatoria, se establece que en el evento en que el demandado en la contestación de la demanda manifieste que va a presentar dictamen pericial para demostrar su derecho, se le ampliará el término para contestarla hasta por treinta (30) días más contados a partir del vencimiento del término inicial, con el fin de que cuente con un plazo adecuado para su elaboración teniendo en cuenta la complejidad del asunto materia de la controversia y los trámites que deba adelantar para tal efecto; no obstante, se prevé que, en caso de que el demandante se valga de la ampliación del término para contestar, y no aporte con la contestación el dictamen pericial, se entenderá que la misma fue presentada en forma extemporánea (No. 5 art. 175).

2.3. Tercera regla:

La obligación de la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado de allegar durante el término para dar respuesta a la demanda cierta prueba documental en su poder que interesa al proceso; en particular, según el parágrafo primero del artículo 175 del nuevo Código, la siguiente:

(i).- El expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso. Recuérdese que en el Código anterior (art. 207 No. 6), dichos antecedentes administrativos, se pedían por el juez en el auto admisorio de la demanda.

(ii).- En los procesos de responsabilidad médica 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. Con lo cual este tipo de procesos contará con una prueba vital para los mismos que se encuentra en la esfera de producción del demandado y que las más de las veces era de difícil consecución para el demandante.

Estas disposiciones son además desarrollo del principio de economía procesal y para forzar su cumplimiento, se establece que la inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado de asunto.

(iii).- En esta misma línea, se establece en el art. 285 íbidem que el Registrador del Estado Civil o el Consejo Nacional Electoral, en los procesos con pretensiones electorales, estarán en la obligación de remitir los documentos antecedentes del acto de elección demandado.



2.4. Cuarta regla:

La obligación de la entidad demandante cuando ejerza la pretensión autónoma de repetición, contra al funcionario responsable del daño antijurídico por el cual fue condenada como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa (inc. 2º. Art. 90 C.P), **de adjuntar la prueba del pago total de la obligación**, la cual podrá acreditarse con el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones, en el cual conste que la entidad realizó el pago, de acuerdo con lo previsto en los artículos 142 (repetición) y 166 numeral 1 (anexos de la demanda).

En suma, este principio dispositivo en materia probatoria se refleja en las anteriores reglas que imponen el deber a las partes de aportar las pruebas documentales y anticipadas que están en su poder; incluir dentro de la demanda y contestación de la demanda los dictámenes periciales que pretendan hacer valer; aportar el expediente administrativo de la actuación controvertida, la historia clínica fidedigna en los procesos de responsabilidad médica, etc.

3. La oportunidad para hacer valer los medios probatorios

En virtud del artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, 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, así:

3.1. En la primera instancia

Son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: “la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvenición 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.”

3.2. En la segunda instancia

Cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas en el término de ejecutoria del auto que admite el recurso, 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.

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.

Parágrafo.- Si las pruebas pedidas en segunda instancia fueren procedentes se decretará un término para practicarlas que no podrá exceder de días (10) días hábiles”.

3.3. Por una parte, es pertinente resaltar que no existía en el antiguo código una norma como la contenida ahora en el artículo 212, en la que se recogen todos los momentos en los cuales pueden ser pedidas las pruebas⁷, similar a la que existe en el Código de Procedimiento Civil en el artículo 183. En el antiguo código sencillamente uno tiene que abarcarlo todo para poder encontrar dónde están las oportunidades para pedir pruebas. Por tal razón, con el ánimo de garantizar el debido proceso (art. 29 C.P.), en especial, la publicidad y contradicción de las pruebas, generar certeza jurídica y por técnica legislativa, se concretó en una sola norma, esto es, en el artículo 212 del nuevo Código, todas las oportunidades que aparecen como propicias para poder pedir la práctica de pruebas en primera y en segunda instancia.

Por otra parte, en cuanto a las pruebas en segunda instancia se tomó casi el texto del artículo 214 actual⁸, en sus numerales 1 a 4, es decir, “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.”

7 Entre otras normas para la primera instancia: (i) los artículos 59 y 60 de la Ley 1395 de 2010, con el fin de incorporar preceptos que se encontraban en la reforma al Código, adicionaron los artículos 139 y 145 del C. C. A. y el artículo 144 del mismo código, en el sentido de que es obligatorio que el demandante y el demandado aporten los documentos y pruebas anticipadas que pretendan hacer valer y que se encuentren en su poder; (ii) el artículo 207 numeral 5 (subrogado por el artículo 58 de la Ley 446 de 1998), según el cual en el auto admisorio de la demanda se indicará que al ordenar que se fije en lista por el término de diez (10) días, los demandados tienen la oportunidad de contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar pruebas y para que los terceros intervinientes la impugnen o coadyuven; y (iii) las demás que por remisión se aplicaban en el Contencioso Administrativo, como el artículo 135 y ss. del Código de Procedimiento Civil en materia de incidentes.

8 Disposición cuya fuente a su vez se encuentra en el artículo 361 del C. de Procedimiento Civil.



Pero, se le hicieron cuatro modificaciones a saber: **la primera** en cuanto se introdujo un numeral nuevo, que es el primero, esto es, cuando las partes pidan las pruebas de común acuerdo, porque no se observó la razón de que si las partes de común acuerdo piden una prueba en segunda instancia no les pueda ser decretada y recibida por el juez, condicionada a que en caso de que existan terceros diferentes al simple coadyuvante o impugnante los mismos expresen su anuencia, pues esos terceros tienen intereses propios en las resultas del proceso. **La segunda**, en el numeral 4 -antes 3- se cambia la palabra “documentos” por la de “pruebas” y por lo tanto, se amplía el supuesto de esa hipótesis a otros medios de convicción diferentes a la prueba documental (testimonios, declaración de parte, etc.) que no pudieron solicitarse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria. **La tercera**, en relación con el numeral 5 se extiende la posibilidad de que aquél a quien se le aduce una prueba en segunda instancia, pueda pedir pruebas para contraprobar, no solamente cuando se trate de documentos -ahora pruebas en general- que no fueron aportados por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria, como sucede en la norma precedente, sino también cuando se trate de la prueba de hechos sucedidos con posterioridad a la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia. **Y la cuarta**, se fija expresamente un término para practicar estas pruebas que no podrá exceder de diez días, que se traslada del artículo 212 del anterior código.

4. Los poderes del juez

Son varios los poderes en materia probatoria de que dispone el juez en el nuevo código. Veamos:

4.1. Primer poder: la potestad de decretar pruebas de oficio

De acuerdo con el **artículo 213** del nuevo Código (antes artículo 169 del Decreto 01 de 1984, Mod. por el Art. 37 del Decreto 2304 de 1989), en cualquiera de las instancias el juez puede decretar de oficio, conjuntamente con aquellas solicitadas por las partes, las pruebas que considere estrictamente necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Igualmente, puede también hacer uso de este poder cuando el proceso ya esté para sentencia en cualquiera de las instancias y una vez oídas las alegaciones, con el fin de esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez días. Basta observar que hasta aquí corresponde en líneas generales al artículo 169 del anterior código, pero se vislumbran las siguientes modificaciones:

Primera. Las pruebas de oficio se pueden decretar en cualquiera de las instancias para esclarecer la verdad en dos momentos: a) en la primera instancia en la audiencia inicial, pero sólo si las partes piden pruebas y conjuntamente con éstas; en efecto, al suprimirse la expresión de la anterior norma según la cual “pero si



estas no la solicitan, el ponente solo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista”, significa que no se puede en esa etapa del proceso decretar pruebas de oficio si las partes no han solicitado pruebas; y b) en la segunda instancia, cuando procedan las peticiones por las partes de acuerdo con las causales establecidas en esa instancia para el efecto, tal y como atrás se anotó.

Segunda. Cuando sean decretadas por el juez pruebas de oficio una vez oídas las alegaciones y antes de proferir sentencia, se circunscribe a puntos oscuros o “difusos”, esta última expresión sustituyó la palabra “dudosos”, pues se consideró que el primer vocablo resulta más adecuado al propósito de este tipo de pruebas en tanto hace referencia a un hecho poco claro o preciso mientras el segundo hace relación a un hecho eventual e inseguro que implica de por sí un juicio mucho más complejo por parte del juez para decretar la prueba.

Tercera. La modificación fundamental estriba en que cuando se decreten pruebas de oficio antes de fallar las partes pueden, por una sola vez, aportar o solicitar nuevas pruebas que consideren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio, las cuales serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decreta. La finalidad de esta oportunidad probatoria es la de garantizar a las partes sus derechos de defensa y contradicción frente a tipo de prueba, pero condicionada a las pruebas relacionadas con la decretada de oficio y no a otras, pues de otra forma existiría una prolongación del debate probatorio inicial.

Cuarta. Otro ejemplo de estos poderes se puede encontrar en el artículo 176 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con el cual 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.

No obstante lo anterior, se precisa que el hecho de que el juez tenga ese poder de decretar pruebas de oficio no le resta el carácter de dispositivo al proceso, ni releva de la carga probatoria a las partes, a quienes les corresponde imprimir dinamismo al debate probatorio y darle al juez los elementos de convicción necesarios para resolver de fondo su controversia.

En resumen: pese a acoger un sistema marcado por la oralidad y bajo un principio dispositivo de la carga probatoria, se dejaron las pruebas de oficio pero únicamente en dos hipótesis: (i) en la audiencia inicial al decretar las pruebas peticiones por las partes en primera instancia o cuando procedan las peticiones por las partes en segunda instancia como atrás se anotó y (ii) una vez oídas las alegaciones en la audiencia final y antes de dictar sentencia; pero siempre en uno y otro caso, con posibilidad de que las partes puedan controvertir las pruebas de oficio durante las instancias.



4.2. Segundo poder: el decreto y práctica de pruebas en las audiencias

Para poder desarrollar elementos de oralidad en el proceso contencioso administrativo los artículos 180, 181 y 182 del Código, establecieron tres audiencias: una primera inicial donde el juez fijará el litigio, decidirá las excepciones previas, saneará el proceso y decretará las pruebas pedidas por las partes; una segunda para la práctica de pruebas y una tercera para presentar las alegaciones y proceder al juzgamiento. Es decir, la prueba será practicada y recaudada de forma oral (testimonios, declaración de parte, peritaje, etc.), con sujeción a los principios de inmediación, contradicción, publicidad y concentración y su controversia exige que se haga en presencia del juez.

Se asevera que la oralidad privilegia el principio de inmediación entre el juez y las pruebas, porque, en rigor, el juez debe asistir personalmente al desarrollo y evacuación de las pruebas de las cuales deriva su convencimiento para poder pronunciarse en la sentencia; es decir, tiene el juez la obligación de entrar en relación directa con las partes, los testigos, los peritos y con los objetos del juicio, etc. apreciando sus declaraciones y las condiciones de las personas, sitios y cosas, para darse una inmediata impresión de ellos.

Durante las audiencias y bajo la dirección y decisión del juez se pueden presentar las siguientes situaciones que inciden en materia de decreto y práctica de pruebas:

Primera: Dentro de la audiencia inicial el juez puede prescindir de la audiencia para la práctica de pruebas cuando se trate de asuntos de puro derecho (por ejemplo una nulidad simple), **o en los que no fuere necesario decretar pruebas** (porque las partes están de acuerdo con los hechos) y proceder a dictar sentencia, dando a las partes la posibilidad de presentar alegatos de conclusión, de conformidad con el inciso final del artículo 179 *ibidem*.

Segunda: Dentro de la audiencia inicial el juez al fijar el litigio señalará los hechos que quedan pendientes de prueba en el curso del proceso, después de escuchar a las partes y de indagar sobre aquellos hechos en que están de acuerdo, para no practicar pruebas sobre esos puntos, según se desprende del numeral 7 del artículo 180 *ejusdem*. En el sistema oral, bajo la dirección del juez, existe un acuerdo sobre los hechos que no se discuten y los que sí y en este evento de aquellos que ameritan pruebas.

Tercera: Dentro de la audiencia inicial, el juez decretará sólo “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”, de acuerdo con el numeral 10 del artículo 180 *Ibidem*.



Cuarta: Dentro de la segunda audiencia, esto es la de pruebas, según señala el artículo 181 de nuevo Código, bajo la dirección del juez –inmediación-, se recaudarán y practicarán todas las pruebas oportunamente solicitadas y decretadas, sin interrupción durante los días consecutivos que sean necesarios, sin que la duración de esta pueda, por regla general, exceder de quince (15) días -concentración-⁹; en esta misma audiencia el juez y al momento de finalizarla, como producto de su desarrollo y la profundidad del debate probatorio, señalará fecha y hora para la audiencia de alegaciones y juzgamiento, si la considera necesaria u ordenará la presentación por escrito de los alegatos de conclusión (en un plazo de diez días) para dictar sentencia (dentro de los veinte días siguientes).¹⁰

En suma, hay un proceso que es oral, primera audiencia para la fijación del litigio, segunda destinada a la práctica de pruebas, tercera de alegaciones y sentencia, pero es posible que el juez decida, dependiendo de que se necesite o no la práctica de pruebas o como consecuencia del debate de las mismas, en relación con la segunda y tercera prescindir de ellas, según el caso y, en cambio, adoptar la forma escrita para alegaciones y para poder dictar sentencia. **Por consiguiente, del manejo de la prueba depende el manejo de las audiencias en el proceso y si a éste debe dársele curso oral o escrito.**

5. La exclusión de la prueba por la violación al debido proceso

El artículo 214 del Nuevo Código Contencioso contempla la exclusión de la prueba por la violación al debido proceso, en los siguientes términos:

“Toda prueba obtenida con violación al debido proceso será nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

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.

La prueba practicada dentro de una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de contradecirla.”

5.1. Este novedoso precepto en el contencioso administrativo es desarrollo de lo previsto en el artículo 29 de la C.P.¹¹, el cual consagró una causal específica de nulidad

- **9** Este principio exige que las audiencias sean continuas hasta resolver.
- 10** Se reconoce que excepcionalmente este término puede ser precario, razón por la cual permite que se pueda suspender cuando: 1. 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.
- 11** El artículo 29 de la Carta Política, en el inciso final señala: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”



que opera de pleno derecho, para aquella “prueba obtenida con violación al debido proceso”, esto es, “sin la observancia de las formalidades legales esenciales requeridas para la producción de la prueba, especialmente en lo que atañe con el derecho de contradicción por la parte a la cual se opone ésta”¹². Es entendido, porque así se discutió en la comisión, que las pruebas obtenidas ilícitamente, esto es, con grave violación a los derechos constitucionales fundamentales (verbigracia aquella obtenida por medios fraudulentos o por tortura o tratos crueles), caben dentro del concepto de pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

La norma recoge los pronunciamientos de la Corte Constitucional en el sentido de que la prueba ilícita debe ser excluida del proceso, pero sin que ello implique que las que no dependen necesariamente de ella o no sean producto de la misma resulten afectadas.¹³

Ahora bien, ¿en qué momento debe ser excluida la prueba obtenida con violación al debido proceso? Si el juez advierte de la ilicitud al momento de admitirla en la audiencia inicial del proceso o en el trámite incidental, según el caso, deberá abstenerse de hacerlo y proceder a rechazarla (art. 178 C.P.C.); y si se percata luego, bien durante su práctica ora al momento de las alegaciones, está en el deber de excluirla inmediatamente antes del fallo; en uno y otro caso, existe una constatación por parte del juez de la operancia de la sanción constitucional de pleno derecho que conduce a su exclusión en el proceso.

5.2. Así mismo, dispone la norma en comento que la prueba practicada en una actuación declarada nula, conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron la oportunidad de contradecirla, disposición que se inspira en la primacía del derecho sustancial, pues lo que le imprime legalidad a la prueba es, precisamente, su contradicción dentro del proceso.

6. El valor probatorio de las copias

La comisión discutió la conveniencia de consagrar **la presunción legal del valor de las copias de los documentos aportados al proceso**, cualquiera que sea la forma de su reproducción, innovación que quedó incluida en el nuevo código en el artículo 215, así:

“Valor probatorio de las copias. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto por el Código de Procedimiento Civil.”

• 12 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-491 de 2 de noviembre de 1995

13 Vid. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia SU-159 de 2002 y Sentencia T-302 de 2003.



6.1. La regla que ha regido en el régimen procesal imperante ha sido la contraria, es decir, que las copias, para que tengan valor probatorio, tienen que ser auténticas, según los eventos de que trata el art. 254 del C. de P.C.¹⁴ Sin embargo, es frecuente que las partes acompañen a la demanda o a su respuesta los actos administrativos, los contratos, los documentos de pagos, etc., omitiendo la formalidad de la autenticación, lo que conduce a que el juez, en aplicación de la norma del régimen procesal civil, decida de manera adversa a quien incumplió con la carga de aportar regularmente la prueba documental. En estas hipótesis, tanto para los jueces como para las partes queda la sensación de un excesivo formalismo, que no privilegia el derecho sustancial sobre el adjetivo y menos aún el principio de buena fe en la aportación de las pruebas.

Por eso, la jurisprudencia del Consejo de Estado empezó a encontrar en casos de inequidad procesal, que el rigor de la norma procesal debía ser atemperada con la aplicación directa de los principios constitucionales, el respeto al debido proceso, las garantías procesales, el equilibrio de las partes, el deber de colaboración con la administración de justicia y en especial el principio de la buena fe, para aceptar como prueba unas copias simples de documentos cuyo original debía reposar en los archivos de la entidad demandada, sin que ésta, a pesar de los requerimientos que se le hicieron en el curso del proceso, hubiera procedido a remitirlos.

En efecto, en Sentencia de 16 de abril de 2007¹⁵, la Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que “cuando una de las partes no cumple con el deber de aportar la copia auténtica de un documento cuyo original se encuentra en su poder o legalmente bajo su guarda y archivo, corre con el riesgo y los efectos que con su conducta omisiva pretendió evitar, que, en el presente caso, se concreta en tener como susceptible de valoración la copia remitida por la parte que desplegó todas las gestiones que estuvieron dentro de su esfera material y jurídica para que la misma fuera remitida al proceso en las condiciones formales requeridas, y dado que el estudio de la misma interesa al proceso en su conjunto.”

Este cambio previsto en el nuevo Código, que generaliza una tendencia jurisprudencial, es estructural, porque modifica para el contencioso administrativo la regla establecida en el artículo 254 del estatuto procesal civil para otorgar valor probatorio a las copias. ¿Qué es lo dice la norma? Que cualquier clase de copia vale, incluyendo entonces las simples y las auténticas, y el que diga que no vale que lo demuestre, me-

- **14** El art. 254 del C. de P.C. sólo otorga a las copias el mismo valor probatorio del original, cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada; cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente; o cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.

15 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 16 de abril de 2007, Exp. No. AG-25000-23-25-000-2002-00025-02, Actor: Jorge Bernal Mazabel y otros.



dante el trámite de la tacha de falsedad previsto en el artículo 289 del C. de P. Civil. Su fundamento, estriba en la aplicación de los principios de buena fe en la aportación de las pruebas (83 C.P.); y de prevalencia del derecho sustancial (art. 228 C.P.), en el entendido de que el fin de las normas procesales consiste en la realización de los derechos reconocidos en la ley.

Los controles ante las falsedades de los documentos aportados en copias informales son la tacha de falsedad, el cotejo de documentos para establecer ésta y el reconocimiento de los mismos. De todos modos, en el evento de que se hubiese dictado sentencia con fundamento en documentos falsos o adulterados la parte agraviada podrá interponer el recurso extraordinario de revisión dentro del año siguiente a su ejecutoria, según se establece en los artículos 248 y ss. del nuevo Código.

6.2. Finalmente, esa norma tiene un inciso segundo a cuyo tenor: *“La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley”*, excepción que resulta razonable, porque en esos eventos la naturaleza y los elementos de un documento de recaudo forzoso, o sea, de documento que contiene una obligación clara, expresa y exigible que emana del deudor (art. 489 C. P. C.), demanda de esa formalidad.

7. La utilización de medios electrónicos con incidencia en las pruebas

La tecnología se encuentra al servicio de la administración de justicia, en las voces de los artículos 4 (modificado por el artículo primero de la Ley 1285 de 2009) y 95 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. En efecto, la aplicación de los avances tecnológicos en la actividad judicial, especialmente en materia de comunicaciones (la red de internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, etc. -artículo 2 -ordinal a.- de la Ley 527 de 1999, así como las video conferencias o las teleconferencias), han permitido que, por ejemplo, la jurisprudencia del Consejo de Estado tenga en cuenta dentro de los procesos actos administrativos de carácter general e incluso particular que las entidades hayan puesto a disposición del público en el sitio web de la respectiva entidad.

Al resolver una acción popular, la Sección Tercera, en aplicación de la Ley 527 de 1999 (art. 10), que otorga valor a los mensajes de datos y de la Ley 962 de 2005 (arts. 6, 7 y 8) que obligó a los organismos y entidades de la Administración Pública la utilización de medios tecnológicos, decidió tener como prueba un plan de desarrollo departamental contenido en un acto que se encontró publicado en la página web de la entidad territorial con fundamento en que *“el Juez y los operadores jurídicos pueden acudir a otros elementos y herramientas de publicidad que permiten verificar el contenido de tales normas de*



*carácter territorial con alcance de autenticidad y para todos los efectos legales*¹⁶, pronunciamiento que atemperó lo establecido en los artículos 188 del Código de Procedimiento Civil y 141 del antiguo Código en materia del aporte de la prueba de las normas de carácter local, ante la realidad de la expansión de la información a través de los medios tecnológicos.

Siguiendo la línea del criterio jurisprudencial, para poner a tono el ordenamiento contencioso administrativo que tiene incidencia en la actividad probatoria con los avances tecnológicos propios de la denominada “*sociedad de la información*”, el nuevo código incorpora un conjunto de reglas, a saber:

7.1. La primera **es aquella regla general que se encuentra en el artículo 216, según la cual** es posible la utilización de los medios electrónicos para efectos probatorios:

“ARTÍCULO 216. 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 de este Código y las del Código de Procedimiento Civil.

7.2. La segunda se extrae de **los artículos 55 y 57** de la primera parte del Código, según los cuales **los documentos públicos expedidos, autorizados o suscritos por medios electrónicos tienen validez y fuerza probatoria**, siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad; y entre ellos la reproducción del acto administrativo expedido en esas condiciones, se reputa auténtica para todos los efectos legales.

“ARTÍCULO 55. Documento público en medio electrónico. Los documentos públicos autorizados o suscritos por medios electrónicos tienen la validez y fuerza probatoria que le confieren a los mismos las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

“ARTÍCULO 57. Acto administrativo electrónico. Las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley. Las reproducciones efectuadas a partir de los respectivos archivos electrónicos se reputarán auténticas para todos los efectos legales.”

7.3. La tercera, en el artículo 166 No. 1, de conformidad con el cual si bien a la demanda debe acompañarse la copia del acto acusado, con las constancias de publicación, comunicación, notificación o ejecución según el caso, cuando el acto no se ha publicado o se niegue la copia o certificación de publicación, **también se podrá**

• **16** CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 15 de agosto de 2007, Exp. AP 993.



indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio Web de la respectiva entidad para todos los fines legales.

7.4. La cuarta, en el artículo 167, de acuerdo con el cual, aun cuando se preserve la obligación de acompañar a la demanda o allegar al proceso el texto de las normas jurídicas de alcance no nacional que se invoquen como violadas, **no será necesario acompañar su copia, en el caso de que las normas de carácter local que se señalen infringidas se encuentren en el sitio Web de la respectiva entidad**, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente.

Finalmente, y de conformidad con las normas que reglamenten estos mecanismos y que se expidan para el efecto, las partes y el juez pueden hacer uso de los medios que proporciona la informática y las telecomunicaciones, no sólo para el recaudo de la prueba documental, sino también para otro tipo de pruebas, como podría ser la práctica de los testimonios, las declaraciones de parte, las inspecciones judiciales, etc., mediante videoconferencias o teleconferencias o cualquier medio que garantice los principios de inmediación, concentración y contradicción.

8. Los medios probatorios y las entidades públicas

El artículo 217 del nuevo Código regula lo atinente a la declaración de los representantes de las entidades públicas en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 217. 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.

Sin embargo, podrá pedirse que el representante administrativo de la entidad rinda informe escrito bajo juramento, sobre los hechos debatidos que a ella conciernan, determinados en la solicitud. El juez ordenará rendir informe dentro del término que señale, con la advertencia de que si no se remite en oportunidad sin motivo justificado o no se rinde en forma explícita, se impondrá al responsable una multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.”

8.1. Por una parte, el inciso primero del **artículo 217** del nuevo Código, prevé que, por regla general, 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, como una forma de protección del interés público.

Este evento legal que prohíbe la confesión de los representantes de las entidades públicas no es nuevo, porque tiene como antecedente el texto del artículo 199 del Código de Procedimiento Civil; sin embargo, se introducen modificaciones sustancia-



les a esa disposición que se trajo del estatuto procesal civil, dado que se generaliza la prohibición de confesar en forma espontánea o provocada a los representantes administrativos o judiciales de todo tipo de entidades públicas, incluyendo en éstas los de las empresas industriales y comerciales del estado y las sociedades de economía mixta, mientras que anteriormente sólo se contemplaba para los representantes judiciales o administrativos de la Nación, los departamentos, los distritos especiales, los municipios y los establecimientos públicos.

Son dos los fundamentos de esta prohibición a los representantes legales, según lo ha indicado la jurisprudencia¹⁷ con apoyo en la doctrina, así: i) *el interés general y el patrimonio público* confiado a los agentes del Estado (arts. 1 y 2 Constitucionales) que se podrían comprometer seriamente con la declaración de los mismos; y ii) *el principio de legalidad* que gobierna las actuaciones de todas las autoridades de la República (artículos 1, 2, 3, 4, 6, 121 y 122 Constitución Nacional), pues una manifestación de parte de éstos sin la observancia de las normas “*destruiría la base institucional de la competencia de los órganos administrativos, y el valor y la eficacia de las formas esenciales de los actos administrativos.*”¹⁸

De todos modos, como alternativa para no desechar en el proceso el conocimiento que tuvieran los representantes de la entidad sobre las circunstancias que rodean el litigio, el inciso segundo de la disposición en estudio, permite que el juez pueda pedirle al representante administrativo de la entidad rendir un informe escrito bajo juramento, dentro del término que señale, sobre los hechos debatidos que conciernan a la entidad, determinados en la solicitud, so pena de multa de cinco a diez salarios mínimos mensuales legales vigentes, en caso de incumplimiento injustificado. Por supuesto, las respuestas contenidas en dicho informe no podrán ser constitutivas de prueba de confesión.

8.2. Empero, el artículo 217 del nuevo Código que proscribe la confesión del representante de una entidad pública sobre la base de que carece de la facultad de disposición del derecho, tiene que ser armonizado con el artículo 176 del mismo Código (antes Art. 218 Dec. 01/84), en tanto éste permite el allanamiento a la demanda y la transacción, cuando la pretensión comprenda aspectos que por su naturaleza son conciliables, en cuyo caso la Nación requerirá autorización del Gobierno Nacional y las demás entidades públicas de la autoridad que las represente (ministro, jefe de departamento administrativo, gobernador o alcalde que las represente o a cuyo despacho estén adscritas o vinculadas o por el servidor de mayor jerarquía en la entidad). Por tanto, este evento, al cumplir con las formalidades prescritas y la previa autorización,

• **17** CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, Sentencia de 12 de octubre de 2006, Radicación número: AP-15001-23-31-000-2004-00833-01, Actor: JOSÉ OMAR CORTES QUIJANO, Demandado: MUNICIPIO DE CHINAVITA.

18 BIELSA, Rafael, Sobre lo contencioso administrativo, Casstellvi, Buenos Aires, 3ª ed., p. 259.



se constituye en un supuesto excepcional a la regla del artículo 217 que prohíbe la confesión, en el entendido de que el allanamiento es una renuncia a proseguir con la controversia, acto dispositivo en el que se hace una aceptación de los hechos afirmados por el demandante que implican admisión de responsabilidad; dicho de otra forma, se trata de una confesión espontánea de los representantes de las entidades, pero con restricciones, pues sólo procede en aquellas controversias que por su naturaleza son conciliables y siempre que previamente haya sido autorizada por la autoridad que señala la norma.

8.3. Finalmente, otra novedad importante en este ámbito es aquella prevista en forma optativa en el inciso segundo del artículo 160 *ibídem* (derecho de postulación), que permite a los abogados vinculados a las entidades públicas que las representen en los procesos contenciosos administrativos, acreditar o probar esta condición no sólo mediante poder otorgado en forma ordinaria, sino también -y ahí viene lo nuevo- mediante delegación general o particular efectuada en acto administrativo, en el que se deben expresar las facultades que se confieren al apoderado, documento público que se estimó idóneo para demostrar tal calidad dentro del proceso.

9. La prueba pericial

En los artículos 218 a 222 de la Ley 1437 de 2011 se reguló lo relacionado con la prueba pericial en el contencioso administrativo.

De acuerdo con **el artículo 218 del nuevo Código Contencioso Administrativo**, *“la prueba pericial se regirá por las normas del Código de Procedimiento Civil, salvo en lo que de manera expresa se disponga en este Código sobre la materia.”* Es así como, se contempla un tratamiento especial de algunos aspectos de la prueba pericial, para que un medio de convicción tan importante en el proceso contencioso y de suyo complejo por su naturaleza técnica, cuente con unas reglas coherentes, en cuanto a su oportunidad, debate y contradicción, en el marco de un sistema mixto de proceso oral y escrito.

9.1. Oportunidad:

En realidad, el proyecto de ley que dio lugar al nuevo código se concibió bajo la dogmática de que las partes al inicio del proceso debían presentar los dictámenes periciales necesarios para probar su derecho, toda vez que dicha prueba no podía ser pedida por las mismas o decretada a solicitud de éstas dentro del proceso.¹⁹ De ahí que, como atrás se comentó, se promueva porque los dictámenes periciales sean aportados por

• **19** Cfr. Gaceta el Congreso No.440 de 22-jul-2010, texto aprobado en Plenaria Senado del Proyecto de ley 198 de 2009 Senado No. 315 2010 Cámara – .



las partes con la demanda y su contestación y debatidos, previo su conocimiento, en las respectivas audiencias (arts. 166 No. 2, 175 No. 5, 218 a 222).

Sin embargo, en el último debate del proyecto ley, en la Cámara de Representantes, se realizó el siguiente ajuste al inciso tercero del artículo 212 del nuevo Código, para permitirle a las partes solicitar la práctica de dictámenes periciales en el transcurso del proceso, inciso que entonces quedó así: *“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.”*²⁰

9.2. Presentación de dictámenes por las partes

El artículo 219 reitera la facultad que tienen las partes para aportar al inicio (demanda-contestación) dictámenes periciales emitidos por instituciones o profesionales especialistas e idóneos, figura sumamente novedosa en el contencioso administrativo, que resulta armónica con la conjugación escogida para la estructura del proceso escrito y oral y recoge la tendencia actual consagrada en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010²¹.

La idea es darle valor a ése dictamen presentado por las partes, respetando por supuesto el debido proceso, la contradicción de la prueba y sin desequilibrar el principio de paridad de partes que debe primar en el proceso, pues hasta antes de la Ley 1395 de 2010, solamente tenían el valor de alegaciones de parte, en conformidad con el artículo 238 numeral 7 del Código de Procedimiento Civil²².

Igualmente, si bien se le da valor a los dictámenes que alleguen las partes al proceso se establecen serias exigencias para salvaguardar la independencia de los peritos, su objetividad y la eficacia de la prueba, como sujetos que son del régimen de responsabilidad consagrado para los auxiliares de la justicia. En este sentido, los peritos deben: (i) ser especializados e idóneos, tanto es así que en el inciso segundo del artículo

● **20** Cfr. Gaceta el Congreso No.1068 de 9-dic-2010, Proyecto de ley 198 de 2009 Senado No. 315 2010 Cámara – aprobado en Plenaria Cámara.

21 En efecto, el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, señala que “la parte que pretenda valerse de una experticia podrá aportarla en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas, acompañada de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y la información que facilite su localización, para que, si el juez lo estima necesario o la parte contra la cual se aduce lo solicita, pueda ser interrogado acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen en audiencia pública, cuya inasistencia por parte del perito se sanciona dejando sin efectos la experticia.”

22 “7. Las partes podrán asesorarse de expertos, cuyos informes, serán tenidos en cuenta por el juez, como alegaciones de ellas.” Empero ya el artículo 183 del mismo estatuto procesal civil, modificado por el artículo 18 de la Ley 794 de 2003 señalaba que cualquiera de las partes, en las oportunidades procesales para solicitar pruebas, podían presentar experticios emitidos por instituciones o profesionales especializados y que de existir contradicción entre varios de ellos, el juez procedería a decretar el peritazgo correspondiente.



218 *ibídem*, se estableció que el juez excepcionalmente puede 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 mismo así lo amerite o ante la ausencia de un perito o por falta de aceptación de éste; (ii) manifestar que no se encuentran incursos en las causales de impedimento que se consagran en la disposición; (iii) señalar los documentos con base en los cuales rinden su dictamen; y (iv) prestar juramento acerca de su imparcialidad y de que todos los fundamentos del dictamen son ciertos y fueron verificados personalmente por ellos. Igualmente, se dispone que la configuración de cualquiera de las causales de impedimento tanto de carácter subjetivo como objetivo (falta de idoneidad de los peritos), dará lugar a la tacha del perito, la cual deberá ser formulada antes de la realización de la audiencia siguiente a la aportación del dictamen por las partes y se decidirá en ésta, y cuando se trate de la tacha de perito designado por el juez se seguirá el trámite establecido por el Código de Procedimiento Civil.

Es de advertir que **en el párrafo tercero del artículo 175** se señala que 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, previsión que tiene como fin que este último tenga la ocasión de enterarse de su contenido a efectos de la tacha de perito si así lo estima o para que se prepare en el futuro ejercicio de contradicción del dictamen en la audiencia de pruebas.

9.3. Contradicción del dictamen aportado por las partes

En el nuevo código se mantienen los tres tipos de control al dictamen pericial a saber: (i) la solicitud de aclaraciones o complementaciones; (ii) la objeción de error grave; (iii) la valoración y control que sobre esta prueba realiza el juez dentro del proceso y en especial respecto de su claridad, firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso, medios de control estos que tienen como propósito la garantía plena del derecho de defensa y contradicción de la prueba, procurando que se realice en forma oral dentro de las audiencias y que puedan resolverse, en lo posible, dentro de las mismas. Lo anterior en el entendido de que cada uno de estos controles tiene objetivos claros que los individualizan y permiten la completa y coherente contradicción de este medio de prueba.²³

- **23** La reforma con el ánimo de contar con los espacios procedimentales más garantistas en el debate probatorio, se apartó en este punto de la tendencia de la Ley 1395 de 2010 que en su artículo 25 modificó el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, eliminando la posibilidad de objetar por error grave el dictamen pericial en los procesos verbales de mayor y menor cuantía, precisamente al considerar que la objeción se trata de un valioso control que pueden ejercer las partes para la mejor contradicción de la prueba y que no resulta incompatible con el trámite con elementos orales adoptados.



En el artículo 220, se formulan las reglas para la contradicción del dictamen pericial, teniendo en cuenta las oportunidades para la aportación y práctica del mismo y los tres controles aludidos, así:

a) Si se trata de dictámenes aportados con la demanda o con su contestación, será durante la audiencia inicial, en la que las partes deben formular las objeciones al dictamen y solicitar las aclaraciones y adiciones, que pueden apoyarse en un nuevo dictamen que se aporte o se solicite o incluso con la declaración de testigos técnicos. Y durante la audiencia de pruebas se discutirán los dictámenes periciales, con intervención de los peritos, de manera que en el transcurso de ésta expresen la razón y las conclusiones a las que llegaron y puedan ser interrogados por el juez y las partes (numerales 1 y 2).

b) Si la prueba pericial fue decretada por el Juez de oficio o a solicitud de las partes dentro de las etapas respectivas, se cumplirá el debate correspondiente en la audiencia de pruebas y es en esa misma audiencia, en la que las partes podrán solicitar adiciones o aclaraciones verbales al dictamen y formular la objeción por error grave (numeral 3), sin perjuicio de que dada su complejidad puedan pedir la ampliación del término hasta por diez días más, o que el juez de oficio decrete esa prórroga, según lo previsto en el artículo 222 del Código.

9.4. Honorarios de los peritos

En el artículo 221, se contemplan las hipótesis referentes a los honorarios de los peritos, así:

(i) Oportunidad para fijar los honorarios

(a) Si se decreta el dictamen, los honorarios los fija el juez en el auto de traslado de las aclaraciones o complementaciones si han sido solicitadas; en caso contrario, una vez vencido dicho término.

(b) Si el dictamen fue presentado por las partes, sólo se fijarán honorarios en caso de que lo amerite las aclaraciones o complementaciones a que haya lugar.

(ii) Límites a la fijación de honorarios

(c) En uno y otro evento, se hará con sujeción a la tarifa oficial, salvo que el asunto sea de especial complejidad, evento excepcional en el que el juez podrá fijarlos por fuera de esa tarifa. Cuando el dictamen se decrete de oficio se determinará lo que de ellos deba pagar cada parte.

(iii) Oportunidad para el pago de honorarios y efectos del incumplimiento de esta carga.

(d) Con antelación al vencimiento del traslado del escrito de objeciones, el objetan-



te, so pena de que se entienda desistida la objeción, debe presentar el comprobante de 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.

(iv) Devolución de los honorarios y sanciones

(e) Si prospera la objeción el perito deberá restituir los honorarios en el porcentaje que se determine dentro de los diez días siguientes a la comunicación que se haga de la decisión o, en su defecto, le serán cobrados ejecutivamente y será disciplinado y excluido de la lista de auxiliares de la justicia.

El espíritu que anima esta disposición consiste en que así se objete el dictamen se le pague al perito, pero si la objeción prospera, el perito tiene la obligación de reintegrarlos. Actualmente, por cuenta de una objeción por error grave, que según la legislación se resuelve en la sentencia, el pago de los honorarios queda en suspenso (arts. 238-6 y 239 C.P.C.), lo que repercute negativamente en la tarea de los peritos y por ende en la gestión judicial.

En conclusión, el régimen probatorio del nuevo Código Contencioso Administrativo consagra una serie de disposiciones especiales frente al del Procedimiento Civil, en las que fundamentalmente se desarrollan principios constitucionales como los del debido proceso, la igualdad, el acceso a la Administración de Justicia, la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; la presunción de buena fe y la equidad como criterio auxiliar, recogiendo jurisprudencia sentada a partir de la Carta Política de 1991; además, tiene en cuenta las herramientas que proporciona la informática y se adapta al modelo de proceso con elementos de oralidad.

II. Nulidades e incidentes

El Capítulo VIII, arts. 207 a 210, Título X de la Segunda Parte del nuevo Código, regula lo correspondiente a las nulidades e incidentes en el proceso contencioso administrativo.

1. Las nulidades y el control de legalidad del proceso

La nulidad procesal es una institución que se encuentra fundamentada en el artículo 29 de la Constitución Política, con el objeto de garantizar el derecho constitucional al debido proceso y a la defensa de quienes intervienen en él y es, por regla general, desarrollada en la Ley, la cual indica los vicios del proceso que permiten su invocación y declaración judicial. En efecto, las nulidades procesales, están instituidas para asegurar la validez del proceso, pues su objetivo es evitar que en las actuaciones judiciales se incurra en irregularidades de tal entidad que comprometan su eficacia, esto es, que le resten los efectos jurídicos al acto o actos que integran el proceso.



1.1. Régimen de las nulidades

En el artículo 208 del nuevo Código se indicó que *“serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el Código de Procedimiento Civil y se tramitarán como incidente.”*

Es decir, a la manera del código anterior (art. 165 Dec. 01/84), se estimó que, en principio, el Código Contencioso Administrativo no debía regular las nulidades procesales sino remitirse expresamente a las del Procedimiento Civil, que tiene todo un régimen al respecto; de ahí que, con sustento en esta remisión, los artículos 140 y 141 del C. de P. Civil disponen las causales de nulidad, algunas saneables y otras no, en virtud de las cuales el proceso contencioso es inválido en todo o en parte, causales que son taxativas, de interpretación estricta y requieren de declaración por parte del juez.

1.2. Control de legalidad del proceso

El artículo 207 del nuevo código ordena que: *“[a]gotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarreen nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.”* El texto de esta norma encuentra su fuente en lo señalado en términos similares en el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009, “Por la cual se reforma la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia”.

El propósito de esta disposición es asegurar la validez de los procesos, procurar su celeridad y la eficacia de la Administración de Justicia. En efecto, en el nuevo Código se impone al juez de la causa la obligación al cierre de cada etapa del proceso de verificar oficiosamente la legalidad de lo actuado a fin de sanear los vicios que puedan presentarse en el trámite o de declarar las nulidades insaneables a que haya lugar, con la consecuente prohibición de reclamar posteriores nulidades saneables (salvo la existencia de nuevos hechos), evitando así que se adelanten actuaciones o procesos que estén condenados al fracaso o las dilaciones injustificadas en su ejecución. Igualmente, se pretende evitar con la norma la presentación por las partes de peticiones impertinentes e improcedentes de nulidad con el ánimo de dilatar el proceso.

Para efectos de la aplicación de esta disposición, es menester tener en cuenta varios aspectos:

En primer lugar, cuando la norma se refiere a las etapas del proceso debe entenderse que se trata de aquellas tres previstas en el artículo 179 del Código, esto es, (i) la primera que va desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial; (ii) la segunda desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas; y (iii) la tercera, desde la terminación de la anterior, comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y culmina con la notificación de la sentencia. **En segundo lugar**, cabe anotar que una vez agotada cada una de tales etapas opera la preclusión respecto de la oportunidad para invocar los hechos que puedan configurar



nulidades susceptibles de saneamiento, pues ejercido el control sin que nadie se hubiese percatado de las mismas no se podrán invocar en las etapas siguientes, excepto que se fundamenten en hechos posteriores, lo que significa que quedan saneadas en virtud del principio de convalidación que rige ese tipo de nulidades (144 C.P.C). **En tercer lugar**, esta disposición en manera alguna releva al juez, cuando advierta de una situación irregular que constituya nulidad del proceso o de una actuación antes de finalizar una de tales etapas en las que se compone el mismo, a adoptar las medidas conducentes al saneamiento de la nulidad si es subsanable o a declarar la nulidad en caso de que no lo sea²⁴, tal y como lo manda el art. 145 del C. de P. Civil que continuará siendo aplicable en el contencioso administrativo; como tampoco cercena la posibilidad de que se promueva incidente por una de las partes (143 ejusdem) o el Ministerio Público con esa misma finalidad, sólo que en uno y otro caso teniendo en cuenta eso sí la preclusión que respecto de las nulidades saneables contempla la nueva disposición del Código. **En cuarto lugar**, *“la lectura correcta de la norma no puede llevar al extremo de excluir la posibilidad de declarar la nulidad del proceso en cualquier etapa del mismo, cuando se determine la existencia de irregularidades que comporten una grave afectación al núcleo esencial de las garantías constitucionales de las cuales son titulares los sujetos procesales”*, tal y como lo señaló la Corte Constitucional al revisar el ajuste del artículo 25 de la Ley 1285 de 2009 con la Carta Política²⁵.

Así mismo, en materia de control de legalidad, debe tenerse en cuenta lo preceptuado en el numeral 5 del artículo 180 del Código, según el cual en la audiencia inicial, el juez deberá decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios presentados y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar sentencias inhibitorias. La idea es que en esa audiencia el juez saneará o advertirá y decidirá de entrada en torno a todos los hechos que a esa altura del proceso puedan constituir nulidades y conducir a un proceso y un fallo irregular y viciado, pues se persigue que el proceso sea eficaz y efectivamente concluya con una sentencia regular y respetuosa de las formas propias de cada juicio y en general del debido proceso, con el objeto de que no se desperdicie a la Administración de Justicia y se logre la tutela judicial efectiva. De ahí que, incluso, en todas las actas en las que se registren las audiencias y diligencias deberá dejarse constancia sobre el cumplimiento de las formalidades esenciales de cada acto procesal surtido en la audiencia (literal g. del numeral 1 del art. 183 *ibídem*).

Además, en esta misma dirección y con el fin de agilizar el proceso contencioso

- **23** La reforma con el ánimo de contar con los espacios procedimentales más garantistas en el debate probatorio, se apartó en este punto de la tendencia de la Ley 1395 de 2010 que en su artículo 25 modificó el artículo 432 del Código de Procedimiento Civil, eliminando la posibilidad de objetar por error grave el dictamen pericial en los procesos verbales de mayor y menor cuantía, precisamente al considerar que la objeción se trata de un valioso control que pueden ejercer las partes para la mejor contradicción de la prueba y que no resulta incompatible con el trámite con elementos orales adoptados.

24 De acuerdo con el inciso final del art. 144 C.P.C., no podrán sanearse las nulidades provenientes de (i) falta de jurisdicción o, (ii) carencia de competencia funcional, o (iii) cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite



electoral, que tiene términos cortos para su resolución, se consagra en el artículo 284 *ibídem*, que si bien las nulidades se regirán por lo anteriormente dispuesto, la formulación extemporánea de nulidades se rechazará de plano y se tendrá como una conducta dilatoria del proceso, decisión que no tendrá recurso alguno.

Finalmente, cabe observar que la nulidad originada en la sentencia que ponga fin al proceso ordinario y contra la que no procede el recurso apelación, podrá alegarse como causal del recurso extraordinario de revisión, en los términos del No. 5 del artículo 250 del nuevo Código; y en el proceso contencioso electoral, en el artículo 294, se determina que la nulidad procesal generada en la sentencia sólo 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, situaciones por fuera de las cuales se rechazará de plano cualquier otra solicitud de nulidad.

2. Los incidentes

Los incidentes, esto es, las cuestiones accesorias pero de importancia que sobrevienen o se forman durante el curso del proceso, y que requieren de solicitud, pruebas y decisión previa a la sentencia o dentro de ésta cuando estén pendientes de resolver, en el Código de 1984, según se aprecia del artículo 167, seguían la orientación del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a su trámite, preclusión y efectos. Empero, en el artículo 166 del anterior código, se indicaba que se tramitarían como incidente las cuestiones accesorias que se presentaran dentro del proceso y que ese código expresamente ordenara tramitar en esta forma, y las demás se decidirían de plano.

Entre las cuestiones que ese código indicaba se encontraban: las condenas en abstracto (art. 172, mod. por el art. 56 ley 446/98); el pago de costas y perjuicios de sentencias adversas en el extinto recurso extraordinario de súplica (art. 205, derogado por el Dec. 597/88); la recusación o impedimentos en proceso contencioso incluyendo el electoral (arts. 160, 242 y 243) trámite luego reformado por la Ley 446 de 1998 (arts. 50 a 54); las nulidades procesales, según remisión para su trámite al C. de P. Civil (art. 165) y el trámite incidental de excepciones en el procedimiento de jurisdicción coactiva (art. 252, sub por el art. 63 De.2303/89); aunque en la práctica se aceptó que ciertas cuestiones sin remisión explícita se tramitaran como incidentes de acuerdo con el C. de P. Civil, tales como, la liquidación de honorarios de abogado, el amparo de pobreza, la objeción por error grave, la tacha de falsedad, etc.

Esta situación propició que, **contrario a lo sucedido en relación con las nulidades, en materia de incidentes el nuevo Código se desligara del procedimiento civil**, estableciendo un régimen propio, principal e independiente en cuanto a los eventos que se tramitan como tales, su oportunidad, trámite, efectos de los mismos y otras cuestiones accesorias, con fundamento en la especialidad del contencioso admi-



nistrativo y con el fin de agilizarlo evitando que a través de la recurrente utilización de esta figura se demoren y entorpezcan los procesos, mediante estrategias procesales dilatorias y de mala fe desplegadas por las partes, contrarias al principio a que alude el artículo 83 de la Carta Política y en desconocimiento de los deberes para con la Administración de Justicia de que tratan los numerales 1 y 7 del artículo 95 superior.

Con la anterior orientación, el **artículo 209 –incidentes–** del nuevo Código, estableció en forma taxativa los siguientes nueve asuntos que se tramitarán como incidentes:

- “1. Las nulidades del proceso.
2. 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. [Regido bajo la cuerda del ejecutivo de mayor cuantía].
3. La regulación de honorarios de abogado, del apoderado o sustituto al que se le revocó el poder o la sustitución.
4. La liquidación de condenas en abstracto.
5. 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. [Por ejemplo en procesos de tenencia y restitución, incumplimiento de contratos con bienes afectos a su desarrollo, etc.]
6. La liquidación o fijación del valor de las mejoras en caso de reconocimiento del derecho de retención. [Verbigracia en procesos como los anteriores]
7. La oposición a la restitución del bien por el tercero poseedor. [Ídem]
8. Los consagrados en el capítulo de medidas cautelares en este Código. [Responsabilidad por revocatoria de medidas cautelares improcedentes y por desacato en el cumplimiento de las mismas].
9. Los incidentes previstos en normas especiales que establezcan procesos que conozca la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.” [Por ejemplo: en procesos de restitución de bien arrendado]

La tendencia al momento de elaborar la norma fue la de evitar que una cantidad considerable de asuntos que no lo ameritaran se tramitaran como incidente para que el fallo se pueda proferir con la mayor celeridad. Así, el anterior listado se elaboró luego de revisar en el C. de P. Civil y en el mismo contencioso administrativo cuáles asuntos se tramitaban mediante incidente, resultando una cantidad de por los menos 38; y posteriormente, se analizaron cuáles de ellos eran indispensables y conexos con



los procesos contenciosos. En definitiva, la norma es producto de un ejercicio de depuración que se hizo con el ánimo de racionalizar el proceso contencioso administrativo y no dejarlo expuesto a un sinnúmero de cuestiones que pudieran atentar contra la celeridad y eficacia que se persigue en su tramitación.²⁶

De otro lado, esta regulación también se concibió teniendo en cuenta que el trámite incidental debía ser armónico y congruente con el sistema de audiencias y en general con los mecanismos de oralidad que se adoptaron en el Código para adelantarlos. En este contexto, **el artículo 210 reguló la oportunidad, trámite y efecto de los incidentes y de otras cuestiones accesorias**, bajo estas características:

(i).- Oportunidad. Las partes pueden proponer incidentes verbalmente o por escrito, durante las audiencias o una vez dictada la sentencia, según el caso.

(ii).- Petición. La solicitud se debe fundamentar con base en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación, por cuanto luego no se admitirá incidente similar, salvo que se sustente en hechos nuevos ocurridos con posterioridad. Es decir, opera la preclusión respecto de la oportunidad para promover un incidente por hechos que no se tuvieron en cuenta al momento en que se formuló otro de manera precedente. Así mismo, deberá estar acompañada de las pruebas que se pretendan hacer valer.

(iii).- Trámite. Si el incidente se promueve en audiencia se correrá traslado durante la misma a la parte contraria a la que la solicita para que se pronuncie y en seguida se podrán decretar y practicar las pruebas necesarias.

(iv).- Efectos y decisión. 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.

(v).- Trámite de incidentes finalizado el proceso. Cuando el incidente, por su naturaleza, se promueva después de proferida la sentencia o de la providencia con la cual se termine el proceso, el juez lo resolverá previa la práctica de las pruebas que estime necesarias, para lo cual podrá citar a una audiencia especial, si lo considera procedente.

(vi).- Cuestiones accesorias. Por último, las cuestiones accesorias que no deban tramitarse como incidente, serán decididas de plano por el juez, salvo que el Código de Procedimiento Civil establezca un procedimiento especial o que hubiere hechos que probar.

- íntegramente la respectiva instancia, o (iv) cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde. De manera que son saneables las demás, esto es: (i) adelantar un proceso suspendido o interrumpido; (ii) la supresión de términos probatorios o para alegatos; (iii) la indebida representación de las partes; (iv) la indebida notificación de quien deba ser vinculado al proceso como demandado; (v) la indebida notificación a otros sujetos que deben ser citados dentro del proceso.

*La incidencia del nuevo Código
de Procedimiento Administrativo
y de lo Contencioso Administrativo
en el Fortalecimiento
del Ordenamiento Jurídico*





Legitimidad, validez y eficacia del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Por: Danilo Rojas Betancourth

Magistrado de la Sección Tercera del Consejo de Estado

Una visión panorámica del nuevo código puede lograrse a través de los conocidos conceptos de teoría jurídica y política de legitimidad, validez y eficacia. Para lo que aquí interesa destacar, asumiremos el entendimiento más elemental de tales conceptos. Así, *legitimidad* se entenderá como el elemento democrático y participativo de la producción normativa, *validez* la expedición de la norma por el órgano competente, atendiendo el procedimiento establecido y con respeto de la jerarquía normativa, y *eficacia* como la capacidad de poner en funcionamiento lo producido, de hacer cumplir las reglas, así sea por la fuerza. La maximización de estos fenómenos es un propósito de toda organización estatal que aspire a que sus dictados sean aceptados y obedecidos.

Como se sabe, se trata de nociones analíticamente diferentes que poseen estrechas relaciones y no son infrecuentes las dependencias que muestran unas a otras. Así, si bien la validez normativa no depende, *prima facie*, de su legitimidad, dicha relación permite preferir una norma expedida en un ambiente democrático que en uno autoritario y por ello, p.e., tienen más pedigrí las normas expedidas por el parlamento que aquellas dictadas por el gobierno en estados de excepción. Tampoco la validez depende de la eficacia, pero un desconocimiento normativo general y consciente –como la desobediencia civil a la manera Gandhi p.e.– estremece las bases del Estado de derecho. Menos parece depender la eficacia de la legitimidad, pero será más perdurable aquella norma –y aquel sistema jurídico– cuyo obedecimiento no dependa solo de la amenaza de la sanción, sino del convencimiento. O como señaló Hart, aquel en el que prevalezca el punto de vista interno de la norma: me detengo ante el semáforo en rojo no porque vea al policía vigilando sino porque creo que es lo debido.

Si estas nociones de **legitimidad**, validez y eficacia las usamos como criterios que conformen un test de análisis, el nuevo código sale, en general, bien librado. Así lo deja ver el *iter* como se adelantó el trámite de la nueva normatividad, en donde se destaca la **participación activa** no solo de las tres ramas del poder público, sino de otros



sectores relevantes como la academia y las agremiaciones jurídicas¹. Esta legitimación augura –no asegura– el buen suceso de su obediencia. Pero como la eficacia de las normas no debe dejarse a la mera inercia, será necesario avanzar en estrategias institucionales y en cambios culturales apuntalados en convicciones éticas.

El ambiente democrático en que se desarrolló el nuevo código –entonces el carácter legítimo que posee–, no solo irradia la eficacia, como se indicó, sino también la **validez**, si se tiene en cuenta que, con toda certeza, las discusiones propiciadas y generadas por la Comisión de Reforma no solo tuvieron como objetivo cumplir el **rito procedimental** del producido legislativo (validez formal), sino también el examen de **constitucionalidad que prima facie** requiere toda producción legal, pues obrar de manera diferente en circunstancias en donde existe el control jurídico de normas, sería no solo irresponsable sino además torpe. En tales condiciones y sin perjuicio de lo que adelante se dirá, puede afirmarse que el nuevo código superará los principales ataques a que será sometido por la vía del control de constitucionalidad.

Sirva este abre bocas para ambientar lo que será la pregunta central de este breve texto: ¿cuál es el grado de legitimidad y validez –y con ello de eficacia futura– que puede atribuirse al nuevo código? La respuesta inicial a esta pregunta, que enlaza lo antes dicho, es trivial pero orientadora y es la siguiente: un código legítimo, válido y eficaz (esto es, con buenas posibilidades de ser obedecido), está llamado a tener una influencia importante no solo al interior del ordenamiento jurídico colombiano, sino de las prácticas jurídico administrativas y sociales.

Para sustanciar esta idea, es pertinente ampliar el entendimiento de las nociones de legitimidad y validez antes esbozadas, aplicadas al interior del ordenamiento jurídico en general. Para ello, en primer lugar sostendré que la transnacionalización jurídica –por la ruta de la noción del bloque de constitucionalidad– amplía de forma significativa las nociones de validez y eficacia del “ordenamiento jurídico de un país”. Posteriormente, afirmaré que un adecuado juicio de validez del nuevo código debe tomar en consideración no una sino distintas concepciones del derecho –positivistas, iusnaturalistas, realistas y críticas–. Por último, concluiré que, el nuevo ordenamiento jurídico colombiano ahora reconfigurado con la Ley 1437 de 2011, representa entonces un reto no solo para la teoría y la dogmática jurídica vigente (p.e. para el sistema de fuentes que consagra el nuevo código), sino especialmente para sus principales operadores: administración y jueces. Todo ello con un propósito: el fortalecimiento de nuestro frágil sistema democrático y la reivindicación de la dignidad de las personas.

- **1** Una síntesis del espíritu participativo que tuvo el nuevo código puede verse en la presentación que al mismo hizo el entonces presidente del Consejo de Estado Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo en la edición hecha por esta Corporación. Ver *Presentación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Bogotá, Sala de Consulta y Servicio Civil, Colección de textos jurídicos n.º 1, páginas 19 a 24.



1. La reconfiguración del ordenamiento jurídico por la vía del bloque de constitucionalidad

La parte que le corresponde al ordenamiento jurídico de un país en relación con el *factum* de la globalización, puede verse en la transnacionalización jurídica; y la noción que quizá mejor describe esa práctica es la de bloque de constitucionalidad. A través de ella se intenta la integración del ordenamiento jurídico interno con el internacional a efectos de estructurar un cuerpo jurídico de mayor fuerza y legitimidad para resolver casos concretos. Se trata de una integración normativa en el más amplio sentido del término, pues involucra no solo normas positivas como los tratados y convenios, sino también lo que de ellas dicen intérpretes autorizados como las cortes internacionales a través de su jurisprudencia y aún por la ruta de la costumbre, como lo demuestra la aplicación creciente del *ius cogens*.

Entonces puede afirmarse que en el estado de cosas actual, ningún ordenamiento jurídico interno es impermeable al contexto normativo internacional; o al “multiculturalismo” jurídico, para utilizar la expresión de Taruffo. Pero esta suerte de enlace por la vía del monismo jurídico exige una mejor caracterización, propiciada por análisis sociológicos y políticos que tratan de mostrar las múltiples vías –al menos una doble vía– por las que circula el pensamiento jurídico en el mundo. La influencia de los tratados de derechos humanos en los ordenamientos de los Estados –especialmente los periféricos– es indudable, pero también mucha de nuestra jurisprudencia garantista y con pretensiones emancipatorias ha dejado de ser vista como una excentricidad más del Sur, manes del tropicalismo, y ha pasado a integrar el debate sobre el *corpus iuris* de los derechos humanos, merced al diálogo propiciado por organismos judiciales de carácter internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En ese sentido, adquiere cada vez más importancia la distinción analítica hecha por Boaventura de Souza Santos entre globalización hegemónica y contra hegemónica o lo que sería lo mismo, entre globalismos localizados y localismos globalizados.

En suma, la configuración de un ordenamiento jurídico interno no es ajena al derecho internacional y comparado y éstos tampoco lo son respecto del derecho de los Estados que integran el orden mundial. En ese sentido los ordenamientos jurídicos nacionales, interestatales e internacionales son permeables mutuamente aunque en grado y forma diferente. De la manera como se configure en cada caso esta doble vía, depende en buena medida la legitimidad, la validez y la eficacia de los respectivos ordenamientos jurídicos que pretendan aplicarse. Así, un ordenamiento interno impermeable al orden jurídico internacional, es ilegítimo como lo sería aquel orden internacional que simplemente pretenda arrasar con el orden interno. Esta doble vía es menos nítida en el análisis de la validez, pues mientras el orden interno puede estar sujeto al internacional, resulta difícil imaginar lo contrario. Y algo semejante ocurre con la eficacia, pues el obediencia de un ordenamiento interno puede verse presionado



por la coerción internacional, pero no a la inversa. Todo ello con arreglo a la posición central o periférica que los Estados tengan en el concierto mundial.

Con algo de retórica diré, para concluir este apartado que, cuando en el mundo nace a la vida jurídica una norma, todos los ordenamientos jurídicos están potencialmente afectados –positiva o negativamente- en grados y formas diferentes. Lo propio ocurre cuando desaparece. Se trata de una especie de panjuridicismo evocador de aquella meditación del poeta inglés John Donne (*Devotions Upon Emergent Occasions, Meditación XVII, 1624*) que hiciera famosa Hemingway en su obra *cumbre*: “Nadie es una isla, completo en sí mismo; cada hombre es un pedazo de continente, una parte de la tierra.; si el mar se lleva una porción de tierra, toda Europa queda disminuida, como si fuera un promontorio, o la casa de uno de tus amigos, o la tuya propia. La muerte de cualquier hombre me disminuye porque estoy ligado a la humanidad; por consiguiente nunca hagas preguntar por quién doblan las campanas: doblan por ti.”

2. La mixtura teórica presente en el nuevo código

Decir que un código –como este que se examina- es positivista, es una perogrullada. Pero también lo es afirmar, en el estado actual de la evolución jurídica y la técnica legislativa, que es no positivista –iusnaturalista o iusracionalista, para utilizar la terminología estándar- aquél código que incorpora principios, por cuya ruta la norma positiva adquiere ribetes morales, según lo ha señalado Alexy. Si aplicásemos la tesis débil de la vinculación entre derecho y moral defendida por Alexy, habría que decir entonces que el nuevo código es no positivista, en el sentido de que ninguna de sus disposiciones sobrepasa el umbral de la injusticia.

Por el contrario, en el nuevo código se reiteran conocidas reglas de nuestro ordenamiento jurídico que potencian decisiones justas, como aquella que impone a las autoridades “actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin ningún género de discriminación” (art. 3 del código vigente y del nuevo) o la que ordena a la administración que sus decisiones sean adecuadas a los fines de la norma que las autorizan y proporcionales a los hechos que le sirven de causa (art. 44 nuevo y 36 del vigente código), o la concesión de plazos razonables a los particulares para cumplir lo ordenado (art. 90).

Además, si adoptásemos aquella tesis que asimila justicia con igualdad, se trata de un tema particularmente resaltado en el nuevo código, como lo muestra no solo el hecho de estar incorporado el principio constitucional de igualdad (art. 3.2), sino al asegurarse también la introducción de varios mecanismos para hacerlo eficaz, como la reivindicación de la discriminación positiva (art. 3.2 segunda parte y 5.6), el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia (art. 10) y la extensión de la jurisprudencia a terceros (arts. 102 y 269) –esa suerte de positivación del efecto *inter pares* establecido por la Corte Constitucional en algunas de sus sentencias-



Es notoria entonces la existencia combinada de reglas perentorias –p.e. las que establecen términos- y mandatos de optimización como los principios y otras normas de textura abierta como las mencionadas, con lo cual tanto iuspositivistas como ius-naturalistas o iusrracionalistas adoptarían sin ambages el nuevo código.

Pero también el realismo jurídico encontraría espacio en el nuevo código, a juzgar por la decidida pretensión de alterar nuestro sistema tradicional de fuentes formales del derecho, en donde la jurisprudencia abandona su sitio de “criterio auxiliar” y pasa a convertirse en un elemento central para justificar la decisión administrativa en aquellos casos en donde la administración deba actuar con base en los mismos supuestos fácticos que llevaron al pronunciamiento judicial del Consejo de Estado; en suma, cuando deba hacer extensiva la jurisprudencia a casos semejantes no controvertidos judicialmente (arts. 102 y 269). Allí se aplicaría aquél brocardo con el que se ha simplificado el realismo jurídico: la norma es lo que el juez diga que es.

Por último, habría que decir que incluso un partidario de las teorías críticas del derecho tendría motivos para creer que el nuevo código incorpora elementos normativos prometedores para quienes ven en la producción y aplicación de normas una lucha ideológica. No sería arriesgado incluir allí, entre otras, aquellas normas que (i) dan espacio a la participación ciudadana (art. 3.6, 8.8 –proyectos específicos de regulación, 35 inciso final –audiencia en el procedimiento administrativo-, 36 inciso final, 46 –consulta previa obligatoria, cuya omisión genera una nulidad de pleno derecho-), (ii) las relativas al conjunto de deberes que se imponen a las autoridades cuando atienden público, en especial aquel que las obliga a “*expedir, hacer visible y actualizar anualmente una carta de trato digno al usuario*” (art. 7.5), (iii) la que impone la atención prioritaria de ciertas peticiones (art. 20), (iv) la imposición de medidas cautelares a la administración por parte del juez –el *mandamus et prohibimos* que no ha sido ajena a nuestra tradición jurisprudencial- (art. 229 y ss), (v) la aplicación del principio según el cual los procesos contenciosos “*tienen por objeto la efectividad de los derechos*” (art. 103) y (iv) a la obligación que tiene la administración de pedir el consentimiento para revocar actos frente a los cuales se “*haya creado o modificado una situación jurídica particular y concreta o reconocido un derecho de igual categoría*”, cuya negativa obligaría igualmente a la administración a demandar su propio acto.

De modo que las distintas escuelas jurídicas encontrarán en el nuevo código elementos para justificar y ampliar sus marcos teóricos. A partir de esta constatación, puede afirmarse la existencia de una amalgama o conrescencia teórica que conjuga las concepciones estándar acerca del derecho. De ello se sigue que el código no es tributario de una particular teoría jurídica sino que es habitáculo de variadas tendencias teóricas que la práctica irá mostrando. El énfasis teórico por el que se decante corresponderá entonces no a una cuestión conceptual y apriorística, sino al registro de su aplicación. Habrá que afinar nuestro conocimiento sobre el “pragmatismo jurídico” a fin de dar cuenta del aspecto dinámico propio de la aplicación del código.



3. La incidencia de la Ley 1437 de 2011 en el ordenamiento jurídico

Si se admite lo dicho en torno a la forma como se configuran actualmente los ordenamientos jurídicos internos (apartado I); esto es, a partir de un mutuo carácter permeable, y se admite igualmente la conclusión última sobre la amalgama teórica que habita el código (apartado II), lo cual tiene como principal consecuencia la existencia de una suerte de empate o trivialización ideológica –o si se quiere una desideologización *prima facie*–, es posible afirmar que el nuevo código tiene un efecto irradiador en distintas direcciones:

- Teniendo en cuenta la jerarquía de la norma expedida –una ley ordinaria–, el nuevo código está llamado a modificar radicalmente los procedimientos administrativos y contencioso administrativos establecidos en normas de la misma naturaleza (ver art. 309). Con esto simplemente se afirma la tesis general –nada novedosa ni misteriosa– según la cual la puesta en vigencia de cualquier norma jurídica modifica en algún sentido el ordenamiento jurídico de un país, en la jerarquía correspondiente al de la norma expedida. A mayor jerarquía de ésta, mayor es el nivel de incidencia en el ordenamiento. Por ello la **validez constitucional** de la derogatoria de normas consagradas en leyes estatutarias –esto es, de mayor jerarquía que las ordinarias– como la 270 de 1996 y la 1395 de 2010 por cuenta del nuevo código, dependerá de considerar si las normas derogadas, a pesar de estar formalmente incluidas en normas estatutarias, tienen o no tal carácter.

Por cierto que también será válida aquí la pregunta acerca de si todas las cuestiones reguladas por el nuevo código, podían hacerse por la vía de la ley ordinaria, o algunos de ellos –como lo relativo a la regulación de derechos fundamentales o a la directa alteración de nuestro sistema de fuentes– requerían el trámite propio de ley estatutaria.

- Por cuenta de la jerarquía que posee el nuevo código, se prevé una verdadera transformación de la burocracia estatal –en sentido weberiano– y su actitud, pues además de tener que cambiar todos (i) los ritualismos normativos para atender la ciudadanía, se requerirán (ii) distintos tipos de infraestructura –desde la física hasta la electrónica– para cumplir con eficacia muchos aspectos dispuestos en los nuevos procedimientos administrativo y contencioso; pero especialmente, (iii) se necesitará avanzar decididamente en relación con las actitudes de los funcionarios, pues como es sabido, los mejores arreglos institucionales pueden y suelen irse al traste merced al desajuste ético o simplemente práctico generado por quienes deben ponerlos en funcionamiento. Si bien los ajustes institucionales están motivados por la búsqueda de la justicia y el bien común, también hay que tener en cuenta, como nos lo recuerda Amartya Sen,



que *“La justicia guarda relación en última instancia, con la forma en que las personas viven sus vidas [esto es, cuestiones relacionadas con el comportamiento o con las vidas que las personas son realmente capaces de vivir] y no simplemente con la naturaleza de las instituciones que las rodean”*². En suma, es necesario avanzar para acortar la brecha entre la práctica y la norma; entre el ser y el deber ser. Ello impone entonces no solo una estrategia de difusión y aprendizaje normativo, sino también un repique constante en materia de ética pública y, especialmente, el aseguramiento de condiciones dignas para el desempeño de los cargos públicos. Solo el cumplimiento de, al menos, estos tres aspectos –modificación de los ritualismos procesales, cambios en la infraestructura burocrática y estrategia para el cambio de comportamientos–, podrá garantizar un nivel de **eficacia razonable** del nuevo código.

Aquí resuena la importancia de hacer efectivo el derecho a la participación que consagra el código y la carta de trato digno al usuario.

- **La eficacia razonable** del código igualmente se verá potenciada si es consciente de su carácter permeable en el sentido normativo ya explicado en el primer apartado. Como hay que dar por descontado la sensibilidad hermenéutica del código a normas de superior jerarquía como la Constitución o los tratados internacionales de derechos humanos, quizá el punto que mayor vigilancia requiere es el de la sensibilidad constitucional de la jurisprudencia que se produzca por vía de unificación, a través de la cual se pretende no solo resolver problemas concretos³ sino imponer al extensión de sus efectos a terceros por parte de las autoridades; esto es, como e vio, incidir notoriamente en el sistema de fuentes.

Y es que la importancia y capacidad de influencia de una sentencia de unificación del Consejo de Estado no puede ser ajena al producido jurisprudencial de la Corte Constitucional, no solo en relación con las sentencias de constitucionalidad –que resulta obvio–, sino también respecto de las sentencia de tutela, por lo menos mientras se mantenga el arreglo institucional según el cual la Corte, como guardián de la Constitución, es un intérprete autorizado de la misma. Es bastante previsible que la constitucionalidad (validez) de las normas pertinentes del nuevo código, se condicionen en tal sentido.

- **2** *La idea de la justicia*, traducción de Hernando Valencia Villa, Bogotá, Taurus, p. 15.
- 3** Resueltos por El Consejo de Estado por importancia jurídica, trascendencia económica o social, por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia, no solo con ocasión de resolver recursos extraordinarios –revisión y unificación de jurisprudencia–, y las acciones populares y de grupo que sean eventualmente revisadas; sino también mediante la potestad que tiene el Consejo de Estado de arrogarse el conocimiento y fallo de cualquier asunto que se esté tramitando ante los tribunales.



También es previsible la constitucionalidad (validez) de la nueva entidad que como fuente principal adquiere la jurisprudencia extensiva a terceros, a despecho del carácter de “criterio auxiliar” que consagra nuestra Constitución (art. 230) para la jurisprudencia en general. La razón no es otra que el *factum* de lo que ha estado ocurriendo en nuestro sistema de fuentes en los últimos cuatro lustros, en donde por la vía hermenéutica del derecho positivo vigente, la jurisprudencia se ha repositionado como una auténtica fuente formal de derecho.

Puede concluirse entonces que las previsiones del nuevo código acerca de la extensión de los efectos de sus sentencias de unificación (art. 102, 260 y 270) enriquecen (inciden) notoriamente (en) nuestro sistema de fuentes y, en consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico. No debe olvidarse, en todo caso, los precedentes de esta nueva normatividad: la audacia de la Corte Constitucional cuando habló por primera vez en Colombia de los efectos *inter pares* de las sentencias de tutela.

Estas breves reflexiones permiten enfatizar la conclusión preliminarmente esbozada: el carácter legítimo, válido y eficaz del nuevo código, su mixtura teórica y la manera como actualmente transitan por el mundo las ideas y las normas jurídicas, auguran una influencia importante no solo en el ordenamiento jurídico interno a secas, sino también en nuestras instituciones y nuestros comportamientos como funcionarios y como personas. Todo ello estará justificado si contribuye más que al perfeccionamiento de la justicia, a la neutralización de ciertas injusticias reparables. O para decirlo en palabras de Amartya Sen: *“Lo que nos mueve, con razón suficiente, no es la percepción de que el mundo no es justo del todo, lo cual pocos esperamos, sino que hay injusticias claramente remediables en nuestro entorno que quisiéramos suprimir”*⁴.



Aportes del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al ordenamiento jurídico colombiano

Por: Susana Buitrago Valencia

Magistrada de la Sección Quinta del Consejo de Estado

El contenido normativo de la parte 1ª del código que concierne al procedimiento administrativo permite apreciar claramente que ostenta una orientación dirigida a proteger a los particulares, a las personas¹ (emplea ambos vocablos) en sus relaciones y solitudes frente ante las autoridades públicas, como manera de precaver posibles abusos, retardos o extralimitación en sus actuaciones. De la 2ª parte que atañe a lo contencioso administrativo, es decir, al procedimiento propiamente judicial, se evidencia que propende por facilitar la garantía del derecho fundamental de acceso a administración la justicia y por atender a los principios de celeridad, eficacia y economía.

El enfoque o matiz que caracteriza la 1ª parte del Código es consecuente y coherente con la teleología que precisamente señala el artículo 1º: “propender por un funcionamiento **eficiente¹ y democrático** de la administración”, sólo es posible lograrlo estableciendo un rígido régimen de deberes a cargo de las autoridades públicas.

- **1** Recaséns Siches al conceptualizar la palabra persona señala que “es aquel ente que tiene un fin propio que cumplir por propia determinación, aquel que tiene su fin en sí mismo y que cabalmente por eso, posee dignidad”. Burgoa Ignacio. Las Garantías Individuales. 291 ed. Edit. Porrúa, México. P. 1997. Pág. 16.

Sin embargo, el estudio terminológico tiene diversas perspectivas remite al estudio Kantiano sobre la importancia de la autonomía para que se configure la concepción de persona, no obstante por la amplitud de la materia terminaré refiriendo el aspecto dado por la investigadora Miriam Hoyos, quien considera que “la persona es el ser humano concreto; en sentido jurídico no designa el papel, la función que el hombre cumple en sociedad; no se trata del autor de la vida jurídica, que tiene una dignidad propia que el derecho debe reconocer y respetar. Se trata de un titular diferente y único, irreductible a cualquier otro. Si la realidad jurídica es un entramado de relaciones jurídicas, la persona es el sujeto de la relación jurídica como titular de derechos y deberes”. Hoyos Castañeda. Ilva. Los derechos Humanos en una época de crisis. En Javier Saldaña. Coord. Problemas actuales sobre derechos humanos. Edit. UNAM. México 2001. Pág. 146.

2 Omar García ha señalado que “Los conceptos de *eficacia, efectividad y eficiencia* de las normas nos remiten a sus efectos y consecuencias, es decir, a la conexión misma entre normativa jurídica y realidad social, relación por la cual Elster las ha calificado como “cemento de la sociedad”, lo que anticipa la idea de su relevancia epistemológico-práctica, fundada, entre diversas razones, en el valor que las normas tienen para inspirar y guiar la vida social, porque hacen posible, en definitiva, la integridad y la subsistencia de las sociedades en virtud del papel que ellas juegan para hacer más eficiente un grupo social.



Muestra de ello en la reglamentación del procedimiento administrativo son los artículos: 5º: “derechos de las personas ante las autoridades”; 7º: “deberes de las autoridades en la atención al público”; 8º: “deber de información al público” y 9º: “prohibiciones especiales a las autoridades”. Esta detallada regulación del comportamiento que se impone deben asumir las autoridades públicas en las actuaciones que posparticulares tramiten, permite asegurar que la filosofía que inspiró a las comisión redactora y al legislador estuvo motivada en la consideración de que las personas, los particulares, están en desventaja ante una posible posición dominante que asuma la administración, y que, debido a ello, de forma preventiva, se hace necesario brindarles especial protección contra los posibles abusos.

Especial importancia como elemento propiciador de orden en el Estado, de garante del derecho a la igualdad de las decisiones de la administración frente al reconocimiento de derechos a los particulares, e igualmente como ejemplarizante muestra de que se impone acatar las decisiones judiciales lo representa el novedoso deber “**de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia**” que a cargo de las autoridades públicas administrativas consagra el artículo 10º.

Se les impone la obligación de que resuelvan los asuntos que los particulares tramiten, dando aplicación a lo que dispone el ordenamiento jurídico pertinente, “**de manera uniforme**”, cuando las situaciones presenten iguales supuestos fácticos y jurídicos. En el cumplimiento de resolución uniforme de las peticiones el nuevo código en este artículo les exige tener en cuenta **las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado** que determinen la manera de aplicar y de interpretar la normatividad de que se trate.

- La relevancia del tema requiere tomar en cuenta la recomendación de Capella acerca de evitar la confusión entre estos conceptos, problema corriente entre los términos *eficacia* y *efectividad* y, en menor medida aunque también presente, entre *efectividad* y *eficiencia*. Por ejemplo, en la utilización teórica de estos conceptos, se suele identificar, indistintamente, tanto a la eficacia como a la efectividad con la aplicación real de las normas por los órganos competentes y su cumplimiento por parte de los destinatarios.

Para el mismo Capella, *eficacia* se identifica con el logro de los propósitos perseguidos por el legislador; y *efectividad* implica el reconocimiento real de la norma como tal por parte de sus destinatarios y su real aplicación. Con estos significados coincide Díez-Picazo, para quien la *efectividad* depende de dos tipos de factores: que los destinatarios adopten las conductas que la norma dispone (la *espontánea absorción* de la norma por la vida social) y que la norma sea de hecho aplicada por los jueces y órganos de aplicación en general. Así también, para Jeammaud, la idea de eficacia de las normas responde a la pregunta por si se han logrado o no, de hecho, los resultados socioeconómicos buscados por quienes las legislaron (fines del legislador); mientras la *efectividad* pone en evidencia la relación de conformidad o no contrariedad con las normas, de las situaciones, los actos o los comportamientos que se encuentren o tengan lugar en su ámbito de aplicación, independientemente de los resultados concretos y demás consecuencias de su eventual observancia. García. Omar Héctor. Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición. Apuntes críticos. Pág. 2. En:

http://www.cta.org.ar/base/IMG/pdf/GARCIA_-

[Eficacia efectividad y eficiencia de las normas sobre huelga_DT_.pdf](#)



Como se observa, de paso, con la consagración de acatamiento de este novedoso e importantísimo deber a las autoridades administrativas no sólo se le otorga relevancia a la función que día a día cumple la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el Consejo de Estado a la cabeza, Tribunal Supremo y Órgano de cierre, en su misión de ejercer control judicial a los actos de gobierno, la más significativa ratificación de que Colombia es un Estado Social de Derecho y de que los principios que lo caracterizan están vigentes y se cumplen; sino que también con la imposición de éste deber de aplicación uniforme del ordenamiento jurídico a situaciones iguales, basado en la unificación de jurisprudencia, se les garantiza a los ciudadanos recibir el mismo trato en la decisión de sus asuntos ante la administración.

Por ello, adquiere un mayor reto a partir de ahora el Consejo de Estado en el desarrollo de tan trascendente función como órgano unificador de jurisprudencia y orientador de la labor de la administración pública en sus relaciones con los particulares.

El deber a cargo de la administración al que nos venimos refiriendo, a su vez esta reglamentado en el artículo 102 que se titula **“extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades”**. En esta norma se señalan los requisitos que el interesado debe reunir al presentar su petición ante la autoridad competente para reconocerle un derecho, cuando considere que se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho de otro demandante al que se le reconoció la misma pretensión en sentencia de unificación.

Ahora bien, en lo que concierne al artículo 6° del nuevo Código: Deberes de las personas en sus actuaciones ante las autoridades, esto es, las obligaciones que de manera correlativa con los derechos de que gozan, se les impone a los particulares, es una enumeración que pareciere ser taxativa, la que incluye: acatar la constitución y las leyes, obrar de buena fe, no emplear maniobras dilatorias, no hacer afirmaciones temerarias, ni aportar a sabiendas documentos falsos, ejercer con responsabilidad sus derechos y abstenerse de reiterar solicitudes improcedentes. Y por último, comportarse de manera respetuosa frente a los servidores públicos.

Pero en el párrafo del mismo artículo se señala que en todo caso, no obstante que los particulares incumplan estos deberes la administración no puede desconocerles el derecho que reclaman pretextando dicho incumplimiento.

Estas reglas quizás un poco extremas que en todo caso conceden preeminencia a los reclamos y peticiones de los ciudadanos ante las autoridades, pese a que los solicitantes no acaten los deberes que correlativamente se les imponen en contraprestación a los derechos de que disfrutaban, no deja de presentar serias inquietudes.

La preocupación surge por que puede propiciar poco interés de los particulares en el acatamiento de los deberes que les asisten en sus relaciones con las autoridades administrativas ya que en todo caso aunque actúen de mala fe o utilicen maniobras



dilatorias etc., obtendrán de la administración el trámite de su solicitud. Por ello tal vez podría resultar más eficaz exigirles que para obtener que se de curso a la petición y se decida de fondo, necesariamente tienen el deber de dirigirse a las autoridades de manera respetuosa, obrando de buena fe, sin temeridad, acatando la constitución y las leyes de la República, sin reiterar peticiones iguales las que ya les hayan sido denegadas por su manifiesta improcedencia.

Otra importante muestra que contiene la primera parte del Código en dirección a favorecer a los particulares en sus actuaciones ante las autoridades administrativas y a “meter a éstas últimas en cintura”, conminándolas para que desarrollen las funciones a su cargo en forma oportuna y eficaz, la representa lo que se establece en el artículo 14, según el cual, cuando se trate de “petición de documentos” la solicitud deberá ser atendida dentro de los 10 días siguientes, pues si en ese lapso no se ha dado respuesta, **“se entenderá para todos los efectos legales que la solicitud ha sido aceptada”**.

Aunque como regla general no se estatuyó el silencio administrativo positivo³, la anterior disposición es una especie o modalidad de éste. Frente a este tópico cabe la reflexión acerca del entendimiento que debe otorgarse a esta consecuencia a favor del particular, cuando su petición que no se le resolvió en 10 días verse sobre documentos sometidos a reserva.

- **3** Sobre el SILENCIO ADMINISTRATIVO el Consejo de Estado se ha pronunciado en diversas oportunidades, se trae a colación la sentencia del 23 de noviembre de dos mil (2000). Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE. Radicación número: ACU-1723. “El silencio administrativo puede definirse como “una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la Administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá (o podrá entenderse) denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones”. El silencio administrativo puede ser negativo o positivo. El primero se produce cuando transcurridos tres meses contados a partir de la presentación de una petición, no se notifica decisión que la resuelva (art. 40 C.C.A.); el segundo opera solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales (art. 41 C.C.A.). Entre ambos tipos de silencio pueden destacarse las siguientes diferencias: -Producido el silencio positivo surge un acto administrativo presunto, en tanto que el silencio negativo no da origen a un acto y sólo está concebido como un mecanismo con efectos procesales que permite agotar la vía gubernativa. Hablar de un acto negativo presunto, tal como lo hace el artículo 40 del Código Contencioso Administrativo en el caso del silencio administrativo con efectos negativos, es un error de técnica jurídica pues por definición un acto es una manifestación de voluntad que produce una modificación en el ordenamiento y con el silencio negativo no se genera ningún cambio, por el contrario, se mantiene una situación preexistente. -Como el silencio positivo produce un verdadero acto administrativo en el cual se reconocen derechos, una vez producido la administración no puede dictar un acto posterior contrario y sólo está facultada para revocarlo con el consentimiento expreso y escrito del titular o cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, no esté conforme o atente contra el interés público o social, se cause agravio injustificado a una persona o fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales (arts. 69 y 73 C.C.A.). En el silencio negativo, por el contrario, la administración tiene el deber de decidir sobre la petición inicial, mientras el interesado no haya acudido ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (art. 60 C.C.A.). Ahora bien: tanto vale no dictar el acto como dictarlo durante el término del silencio y no notificarlo o notificarlo con posterioridad, pues mientras el interesado desconozca su existencia le es inoponible, es decir, el acto no surte efectos y en consecuencia, el titular puede disfrutar de los derechos derivados del silencio positivo o acudir ante el juez en el caso del silencio negativo. A esa conclusión se llega a partir de la simple lectura del artículo 40 C.C.A. Debe tenerse en cuenta que si una vez configurado el



Otra manera como la primera parte del código continúa con su tendencia proteccionista de los ciudadanos frente a las autoridades administrativas es el deber que impone el artículo 17 en el sentido de que para decretar el desistimiento de una petición cuando el particular no haya satisfecho el requerimiento solicitado, es necesario que la decisión se haga por acto administrativo **motivado**.

Además, incumplir los mandatos frente a la atención del derecho de petición puede llegar a constituir falta gravísima desde el punto de vista disciplinario.

Ahora bien, la oralidad no se implementó en el procedimiento administrativo como perentoriamente obligatoria, sino como potestativa, así se señala en el artículo 35 cuando se expresa que los procedimientos administrativos a petición de parte pueden también adelantarse verbalmente o por medios electrónicos. Igualmente, como cuando señala que se podrá decretar la práctica de audiencias.

Finalmente y para concluir algunas novedades que llaman la atención dentro del procedimiento administrativo en el nuevo código, especial consideración merece la previsión que contempla el artículo 46 en el sentido de establecer que cuando para la adopción de una decisión administrativa la constitución o la ley impongan que debe realizarse una consulta previa, “*ésta debe **realizarse***” dentro del término establecido en la respectiva norma, pues omitirlo acarrea la nulidad de la decisión que se llegó a adoptar.

Se trata de un mandato que constituye el único artículo del capítulo segundo que se titula “*mecanismos de consulta previa*”. Una norma escueta y un poco aislada del resto del articulado, pero que en todo caso, pone de presente la intención de exigir hacer uso del mecanismo de consulta de manera rigurosa y dentro del término señalado, a modo de requisito de procedibilidad para la validez de la decisión administrativa.

En relación con esta orden de adelantar cuando la Ley lo exija, la consulta, de manera previa a un pronunciamiento decisorio de la administración, cabe preguntarse que ha de entenderse, por “***deberá realizarse dentro de los términos señalados***”. ¿Será que “realizarse” significa elevar la consulta?, o ¿será que representa o absolverse?. Importa pues, establecer el alcance que en esta norma tiene el alcance “realizarse”.

- *silencio administrativo positivo la administración expide un acto extemporáneo, contrario al acto presunto y el titular del derecho interpone recursos contra él, no por ello el acto derivado del silencio administrativo positivo pierde su eficacia, pues no es por su voluntad que el acto cobra existencia sino que él surge por virtud de la ley y en consecuencia, tales actuaciones posteriores serán inocuas. Por último debe precisarse que un vez se produzca el acto administrativo por haber operado el silencio positivo, la administración sólo debe proceder a reconocerle sus efectos sin que le corresponda declarar su existencia. El artículo 42 del Código Contencioso Administrativo solo establece la forma de acreditar su operancia” (Letra cursiva por fuera del texto original).*



Y en cuanto a la consecuencia **“so pena de la nulidad de la decisión que llegue a adoptarse”**, cabe preguntarse si esta nulidad es de carácter administrativo y opera ipso facto por ministerio de la misma norma, o si requiere pronunciamiento judicial. Asimismo, si constituye una nueva causal de los actos administrativos.

Otra innovación inspirada en la misma teleología de amparar al ciudadano en sus relaciones con las autoridades administrativas y en imponer a éstas un alto nivel de exigencia en el desarrollo de sus funciones, lo representan: el artículo 52 **“caducidad de la facultad sancionatoria”**.

En el mismo, si bien se vuelve ley la última posición jurisprudencial unificada de la Sala Plena del Consejo de Estado, en el sentido de que la potestad sancionatoria del Estado se ejerce de manera oportuna si dentro del término de caducidad de ésta se expide y se notifica el acto sancionatorio primigenio o principal (para el caso dentro de los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta o la omisión, no quiso la comisión redactora ni el legislador permitir que la definición de los recursos que procedan y que se interpongan contra la decisión administrativa sancionatoria quede sin señalamiento de un término máximo para ello, esto es, que pudiera ser indefinido. Por ello, para el efecto, el artículo 52 establece que los recursos deberán ser **“decididos”** en un término de un (1) año que se cuenta a partir de su interposición. Pero incluso va más allá, pues el artículo dispone que de no ser resueltos estos recursos en dicho término, la administración pierde competencia y la decisión sobre estos se entiende decidida en favor de quien recurre.

Se trata entonces del segundo caso en que se consagra la operatividad del silencio administrativo positivo.

En relación con la obligatoriedad de **“decidir”** los recursos contra el acto administrativo sancionatorio en el término de un (1) año, esta expresión pudiere dar pie a que se reviva la discusión acerca de si decidirlos comprende o incluye notificarlos.

Al regular lo que concierne a los recursos contra los actos administrativos el nuevo Código consagra un avance en favor de la celeridad de este trámite al establecer que el recurso de apelación puede interponerse directamente, y sigue exigiendo este medio de alzada, con carácter obligatorio, como requisito para acceder a la jurisdicción.

Ahora bien, para conceder seguridad jurídica a las decisiones de la administración y dar la preeminencia que merecen respecto de su carácter ejecutivo, esto es, de la naturaleza que ostentan en cuanto la potestad de ser impuestas aún por medio de la fuerza, por primera vez en el ordenamiento jurídico se establece en una norma expresa que los actos administrativos se presumen legales si no han sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Para el caso que hayan sido suspendidos, dispone que ello implique que no pueden ejecutarse mientras tal medida no se haya levantado o el proceso se resuelva definitivamente. La inquietud en este punto radica en si es viable



jurídicamente considerar que los actos administrativos suspendidos todavía gozan de presunción de legalidad, o si por el contrario debe predicarse de éstos que de manera provisional o transitoria han perdido esa presunción.

Remitiéndonos ahora a unos puntuales comentarios sobre innovaciones que contiene la segunda parte del código: “organización de la Jurisdicción y sus funciones Jurisdiccional y Consultiva”, llaman especialmente la atención, en particular, entre muchas otras las siguientes:

Que al artículo 103 contentivo del objeto de la Jurisdicción y de los principios que rigen la aplicación y la interpretación de las normas de este código se agregue también, aunque en estricto rigor no corresponda exactamente ni al objeto ni a los principios, que a fin de atender al principio de igualdad, es necesario que cuando en una providencia se varíe la tesis imperante en relación con el alcance y contenido de una norma, es deber motivar la decisión explicando lo pertinente de manera expresa y suficiente.

Como inquietud hago notar que la referencia a todo cambio de jurisprudencia sobre alcance y contenido de una norma debe entenderse referida a que este deber se impone cuando se trate de jurisprudencia unificada.

Significativa innovación representan también los denominados ahora “**medios de control**”, que corresponden a las acciones hoy todavía vigentes.

El denominado medio de control de “nulidad” señala explícitamente que dicho control es procedente para cuando se solicite la declaratoria de nulidad de “**actos administrativos de carácter GENERAL**”. Sin embargo, surge un cuestionamiento y es ¿por cuáles motivos?, exactamente por las mismas causales que consagra el artículo 84 que todavía nos rige (Decreto 1 de 1984).

La regla general es que la pretensión de nulidad proceda respecto de actos generales. Se recuerda que en el artículo 84 del C.C.A. actual⁴ no se cualifica la clase de acto.

Excepcionalmente en este nuevo artículo 137 es posible demandar la nulidad de actos particulares por este medio de control “nulidad”, en cuatro casos: i) cuando la demanda no persiga ni de la sentencia de nulidad que se produzca surja o se genere restablecimiento automático de un derecho subjetivo a favor del demandante o de un tercero, ii) cuando hay que recuperar bienes de uso público, iii) cuando se requiera anular un acto administrativo porque esté causando grave afectación al orden social, político, económico o ecológico, iv) cuando exista norma expresa que lo permita.

Sin embargo, en el párrafo se hace la salvedad de que cuando de la demanda se desprenda que se pretender restablecer automáticamente un derecho, debe tramitarse conforme a las reglas propias de la pretensión de nulidad y restablecimiento de derecho.

• 4 Decreto 01 de 1984.



Por su parte el medio de control denominado “nulidad y restablecimiento del derecho” precisa de manera expresa como no lo hace el actual artículo 85 del C.C.A., que es el medio de control que procede para declarar la nulidad de un acto administrativo particular por parte de quien se sienta afectado en un derecho subjetivo. Ésta la regla general.

Lo extraordinario o excepcional, ahora, es que también es posible demandar la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho de actos de carácter general cuando el mismo haya violado de manera directa un derecho al particular demandante, caso en el cual la demanda debe presentarse dentro del 4 meses siguientes a la publicación del acto general.

Y remitiéndonos a lo que tiene que ver con la nulidad electoral, el nuevo código consagra también este medio de control para tan especiales actos en el artículo 139 y que procede para pedir la nulidad de los actos que declaren una elección por voto popular o realizada por un cuerpo electoral, e igualmente respecto de los actos de nombramientos producidos por autoridad pública de todo orden. Se resalta que los actos de nombramiento no estaban incluidos de manera expresa en el artículo 227 del actual código, sino que únicamente se hacía mención de éstos en el artículo 233 relativo al auto admisorio de la demanda y en el numeral 12 del artículo 136 en lo que concierne al término de caducidad.

El nuevo artículo 139⁵ extiende además este medio de control a los actos que hacen llamado a ocupar la curul vacante en corporaciones públicas.

Como innovación se ocupa también de exigir que con la demanda de la nulidad de elecciones por voto popular, conjuntamente con el acto que declara la elección deban también acusarse las decisiones de las autoridades administrativas electorales que resuelvan sobre reclamaciones o sobre irregularidades en la votación o en los escrutinios, y que es deber del demandante precisar en cuáles de estas etapas o respecto de cual registro electoral se presentan las irregularidades o los vicios que inciden en el acto de elección.

Finalmente la misma norma establece que los mecanismo de protección de los derechos en interés colectivos de la ley 472 de 1998 no son viables para controlar decisiones de naturaleza electoral.

Regresándonos a la parte primera del código llama la atención que en el artículo 65 cuando se regula el deber que los actos administrativos se publiquen, y que mientras esto no ocurra no serán obligatorios, en el párrafo se extiende tal mandato a los actos de nombramiento y elección distintas a las que se realizan por voto popular.

Surge entonces la siguiente inquietud: Si no se ha publicado un acto de nombramiento o elección de los que están cobijados por este deber, el nombramiento o la elec-



ción no obliga?, no pueden tomar posesión y ejercer?, o las actuaciones que cumplan no tienen poder vinculante, o son entonces servidores de hecho.

Merece también consideración reflexiva que mientras nuestra constitución política en el párrafo del artículo 237 que corresponde a las funciones del Consejo de Estado, establezca en el numeral 7° como una de sus atribuciones conocer **“de la acción de nulidad electoral”** con sujeción a las reglas de competencia establecidas en la ley, por su parte en el Título VIII del nuevo código se consagren disposiciones especiales para el trámite y decisiones de **“LAS PRETENSIONES de contenido electoral”**.

Es decir, mientras la constitución consagra la acción contenciosa electoral, el nuevo código las refiere como medio de control de contenido electoral.

Bibliografía

- Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. 291 ed. Edit. Porrúa, México. P. 1997. Pág. 16.
- Cándido, Conde-PumpidoTourón. La unificación de la jurisprudencia. Primeras Jornadas de Estudio del Estatuto de Autonomía del País Vasco, Vol. 2, 1983, ISBN 84-500-9116-0, págs. 835-880.
- Capella, Juan R. “El derecho como lenguaje”, Madrid, 1968, p. 104 y ss., citado por DÍEZ-PICAZO, L, “Experiencias...”, cit., p. 206.
- Cavas Martínez, Faustino, Antonio Vicente Sempere Navarro. Competencia de la jurisdicción social en la doctrina de unificación (1991-1997). Editorial Aranzadi, 1998. ISBN 84-8193-918-8.
- Díez-Picazo, Luis, “Experiencias jurídicas y teoría del derecho”, 3ª edic. corregida y puesta al día, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 1999, p. 206.
- Elster, John, “El cemento de la sociedad”, Barcelona, 1991. Citado por NINO, Carlos S., “Un país al margen de la ley”, ed. Ariel, Bs. As., 2005, p. 31.
- Fernández Cardozo, James. Nacimiento, madurez y muerte del acto administrativo. (2010).
- Gómez Abelleira, Francisco Javier . La jurisprudencia como fuente: el recurso de casación para unificación de doctrina y la primacía del derecho comunitario (a propósito de una sts de 17 de diciembre de 1997). Anuario da Faculta de de Dereito da Universidade da Coruña, ISSN 1138-039X, N° 2, 1998, págs. 675-682.
- Hart, H. L. A., “El concepto del Derecho”, 2ª edición, trad. de Genaro R. Carrió, México, Editora Nacional, 1980, p. 143, cit. por FALCÓN y TELLA, María José, “Concepto y fundamento de la validez del Derecho”, Editorial Civitas – Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 49.
- Hoyos Castañeda, Ilva. Los derechos Humanos en una época de crisis. En Javier Saldaña. Coord. Problemas actuales sobre derechos humanos. Edit. UNAM. México 2001. Pág. 146.



- Jeammaud, Antoine. “Legislación y realidad de la negociación. Apuntes para el análisis de sus relaciones”, en OJEDA AVILÉS, Antonio y ERMIDA URIARTE, Oscar (editores), “La negociación colectiva en América Latina”, ed. Trotta, Madrid, 1993, pp. 15/6.
- M. Huber, Peter. Unificación a través de los derechos fundamentales comunitarios: Sobre la necesidad de revisión de la jurisprudencia ERT. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, ISSN 1889-0016, N° 0, 2008, págs. 68-75.
- Ollero Tassara, Andrés. La igualdad en la aplicación de la Ley en la doctrina del Tribunal Constitucional. *Estudios de derecho judicial*, ISSN 1137-3520, N° 87, 2006 (Ejemplar dedicado a: La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo), págs. 229-260.
- Rodríguez Carbajo, José Ramón. La arcaica figura de la prórroga legal de los plazos en el proceso contencioso-administrativo. *Actualidad administrativa*, ISSN 1130-9946, N° 1, 2011, pág. 4.
- Sánchez Trenado, Francisco Javier. Jurisprudencia destacada: Sentencia en el recurso de amparo núm. 6595-2006, unificación de doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. *Revista de derecho de Extremadura*, ISSN 1888-5519, N° 4, 2009, págs. 607-619.
- Valverde, Antonio Martín. La unificación de la doctrina jurisdiccional y la unidad de la jurisprudencia como funciones del Tribunal Supremo. *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional: jornadas en conmemoración del XXV Aniversario de la Constitución de 1978 / coord. por Enrique Bacigalupo Zapater, Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Ramón Trillo Torres*, 2004, ISBN 84-96228-77-0, págs. 335-366.

Normas

- Ley 1437 de 2011
- Ley 1395 de 2010
- Decreto 1 DE 1984
- Constitución política de 1991

Aportes de la web

- García. Omar Héctor. Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición. Apuntes críticos. Pág. 2. En: http://www.cta.org.ar/base/IMG/pdf/GARCIA_-_Eficacia_efectividad_y_eficiencia_de_las_normas_sobre_huelga_DT_.pdf

La incidencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el mejoramiento de la Gestión Pública





La incidencia del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el mejoramiento de la gestión pública

Por: Sandra Morelli Rico

Contralora General de la República

Sin desconocer que realmente este es uno de los grandes desafíos que tiene el país y particularmente la administración pública, gracias a un esfuerzo conjunto y coordinado de las tres ramas del Poder Público y a una labor protagónica y muy valiosa por parte del Consejo de Estado, hoy se le entrega al país este nuevo Código Contencioso Administrativo.

Durante estos tres días de disertación, esta obra ha sido objeto de todo tipo de elogio y reconocimiento. En las ocasiones en que he podido estar presente en este foro he notado que las críticas o las referencias en contra han sido pocas y yo realmente creo que estamos ante un nuevo cuerpo normativo.

Sin embargo, aquí se ha planteado en esta última conferencia de cierre, cuál es el impacto que este conjunto de normas va a tener en la gestión pública, es decir, como será la administración pública a futuro cuando se aplique este Código.

Surgen varias preguntas: ¿será una mejor administración pública? ¿será más eficiente? ¿será más transparente? ¿será más económica? ¿será más moral? ¿actuará realmente en consonancia y va a ser realmente eficaz en los principios constitucionales que desde el año 91 estaban previstos para que nutriera la gestión de la Administración Pública?.

O, por el contrario, ¿va a ser necesario adoptar otros muchos correctivos y eventualmente complementar este importante código con otro conjunto de disposiciones y actuaciones que permitan realmente que a futuro el país pueda contar con una mejor Administración Pública?

Yo considero que sí; creo que aquí solamente se ha dado un primer paso muy importante, pero que ya la experiencia de estos casi 20 años de vigencia de la Constitución Política del 91 nos muestran que no basta con contar con una importante norma, que no basta con dotarla de plena validez y eficacia directa, y hacer todo tipo de esfuerzos para reglamentar cualquier principio constitucional de manera que este prevalezca sobre cualquier otra disposición de norma jurídica que pudiera obstaculizarlo.



En la práctica, hay varios factores que finalmente influyen de manera negativa, sobre lo que ordinariamente los sociólogos en derecho llaman la eficacia real y me parece que esta es la ocasión para que todos aquellos que de una u otra manera tengan responsabilidades públicas y en este recinto creo que somos todos, empecemos a reflexionar sobre los factores que determinan que la administración pública y me refiero en términos generales al ejercicio de la función administrativa por parte de las distintas ramas del Poder Público y de los organismos de control sea definitivamente un modelo en el cual los ciudadanos depositen la confianza.

El magistrado Hernando Torres echaba de menos la relación entre el ciudadano y la administración pública y yo creo que, lamentablemente, va a seguir echando de menos esa relación por mucho tiempo, porque eso va a suceder debido a que nuestro país ha sido víctima de un equivocado entendimiento del principio de legalidad y de la razón de ser de los procedimientos.

La administración pública está expresada en un conjunto de reglamentaciones internas de las entidades que realmente hacen de estas disposiciones, que tienen todo tipo de valor, incluso ético, que realmente los hace migratorios.

Yo creo que es urgente que la función pública organice una misión para evaluar todos aquellos reglamentos que rigen en los ministerios, en los establecimientos públicos, en los organismos de control, en fin, en todas aquellas entidades estatales del nivel nacional, departamental y municipal, para establecer qué efecto tiene ese cúmulo de normas mediante decisiones internas, que en muchas ocasiones no dudan en atreverse incluso a reglamentar sentencias de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

Son un conjunto de decisiones que acogen parcialmente los principios constitucionales e interpretan de manera parcializada las normas de rango legal e imponen una manera de ser, una actuación al interior de la administración pública que escapa de toda lógica y de todo ideal.

Considero que es urgente un esfuerzo del Departamento Administrativo de la Función Pública para recoger toda esa normatividad, identificar donde hay repeticiones y contradicciones y, sobre todo, donde hay unas normas que definitivamente no deberían existir, porque no se necesita de ningún tipo de reglamentación de un Código como este que en buena hora supo captar los principios esenciales del procedimiento administrativo.

Es la mejor manera de garantizar el acceso del ciudadano a la administración pública hasta el punto de que yo me atrevería a sostener que es una lástima que no se hubiera incluido un artículo que dijera: este es el único procedimiento vigente en Colombia, deróguense todos los procedimientos especiales y prohíbase su reglamentación.



De igual manera pienso que ese hubiera sido realmente un paso muy importante para la eficacia real de este código y no hubiéramos sacrificado un solo principio, yo sé que todos somos víctimas de la administración pública.

Hay otro aspecto que realmente el país está en mora de abordar y es el que tiene que ver con el elemento burocrático y lo digo en sentido positivo, es decir, la burocracia entendida como el talento humano, el personal, los funcionarios o los contratistas que elaboran en una entidad.

Como ustedes bien saben, el país ha venido haciendo importantes esfuerzos para la adopción de la carrera administrativa, para garantizar, por un lado, el profesionalismo de la administración pública y, por otro lado, para garantizar la transparencia, al definir finalmente quien va a ingresar al ejercicio de la función pública y que esto no se sea sencillamente producto de actuaciones poco transparentes, de nepotismo o de favoritismos contrarios al principio de igualdad.

Sin embargo, en Colombia y como sucede también en muchos otros países, la carrera como está concebida y además está nutrida por una serie de estímulos negativos que definitivamente no contribuye de manera clara al funcionamiento eficiente de la administración pública.

En términos generales, en la medida en que más tiempo permanezca el funcionario público en la administración y además con la seguridad de que difícilmente puede ser sancionado o excluido de esa organización, va generando una rutina y un modo de comportarse muy estudiado.

En muchos otros países se refieren a esta situación como el "*círculo burocrático*" y es precisamente ese conjunto de comportamientos los que hacen totalmente moratorio el cumplimiento de las funciones administrativas de manera oportuna y eficiente y siempre van a encontrar un obstáculo o algún motivo para hacer que las cosas sigan siendo como venían siendo y difícilmente se adaptan a las nuevas circunstancias.

Esta no es una situación inmodificable, este es un problema generalizado a nivel mundial de la administración pública; se presenta, primero, porque el funcionario público se siente seguro actuando como siempre lo ha hecho sin que eso le haya generado ningún tipo de sanción o de responsabilidad.

Por lo tanto, después de un largo tiempo de tener la certeza de que lo viene haciendo bien, pues resulta muy difícil que quiera cambiar; eso le genera, obviamente, inseguridades personales. Pero, en segundo lugar, porque tampoco hay ningún tipo de estímulo positivo para que realmente asuma con entusiasmo y con compromiso esa vocación de cambio.



Considero que realmente al interior de la administración pública debemos hacer una importante reflexión del actual régimen de carrera no para eliminarla ni para acabar con la estabilidad de los funcionarios públicos y tanto menos con el profesionalismo, pero sí para introducir estímulos positivos que contribuyan a que ellos se vuelvan realmente los motores de este nuevo código y para que el código pueda tener vigencia efectiva.

Realmente si vamos a mirar un procedimiento adecuado, un procedimiento correcto, un procedimiento garante de los principios y valores que deben regir la actuación administrativa del Estado ese es precisamente el que tenemos en este código.

De tal manera que se le viene al país una responsabilidad muy grande, desde los propios Consejeros del Estado que ya hicieron una labor titánica en el sentido de emprender un serio análisis y una evaluación de cuál es la reglamentación con que hemos encerrado y metido en una red a la administración pública, cuanto nos cuesta, en términos de recursos, de costos de transacción, de no credibilidad en las instituciones y de congestión judicial.

Como la administración no nos soluciona y no nos resuelve nada, entonces no nos sirve y tenemos que recurrir a la tutela o a cualquier otro procedimiento para exigir el cumplimiento de nuestros derechos.

Finalmente, quiero destacar una idea del señor Auditor General de la República que me parece muy importante. Hemos visto varios proyectos de ley y está en este código también y es la importancia de rescatar la fuerza vinculante de la jurisprudencia, para utilizar un término clásico propio de nuestro Código Civil siglo XIX, y realmente si el cometido último es la seguridad jurídica y eso, además, redundará en menos trámites, en menos solicitudes, pues está muy bien.

Pero obviamente nuestro sistema es un sistema, eso no es mejor ni peor pero es así y, por lo tanto, empezar a introducirle parches con instituciones que tienden a sobrevalorar la importancia del precedente, que es una institución definitivamente foránea y extraña a la lógica y articulación de nuestro sistema jurídico, puede resultar altamente disfuncional, entre otras, porque sencillamente el papel protagónico del juez ya hoy en día es bastante criticado al interior del Estado Colombiano en detrimento del legislador que todos compartimos.

Por lo tanto, quiero subrayar que me parece muy sano que en las futuras discusiones que van a venir cuando se presente la reforma a la administración de la justicia esa idea de la fuerza vinculante del precedente administrativo, pues claro que puede ser aceptada pero dentro del marco constitucional.



Finalmente, en mi parecer pocos artículos constitucionales son tan claros como aquel que fija la jerarquía de las fuentes del derecho, establece el valor de la doctrina y obviamente la subordina a la legislación y además, escasas sentencias son tan claras, y tan sabias, como la emanada de la Corte Constitucional con ponencia del ex magistrado Carlos Gaviria Díaz, donde se aclara cuál es realmente el alcance de la jurisprudencia, es decir, de los pronunciamientos judiciales reiterados que ahora se llaman precedentes y qué valor pueden tener frente a la ley o frente a la propia sentencia de constitucionalidad que obviamente está sobreordenada respecto de esta doctrina jurisprudencial.



La incidencia del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el mejoramiento de la gestión pública

Por: Iván Darío Gómez Lee
Auditor General de la República

La contribución del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la sitúo en tres perspectivas o pilares: 1. Contribuye a que la administración pública cumpla sus deberes con mayor autoridad e instrumentos de gobernabilidad, a la vez en el marco de principios de garantía y de responsabilidad del funcionario. 2. Contribuye de manera muy concreta a la efectividad de los derechos de los ciudadanos y a la legitimidad del Estado, por fin, la gestión pública se sintoniza o adapta a los cambios que introduce el Constituyente de 1991, y a nuevas realidades sociales y tecnologías. 3. Y por último, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, y extensión, seguridad jurídica, eficacia, eficiencia y economía.

1. Contribuye a que la administración pública cumpla sus deberes con mayor autoridad e instrumentos de gobernabilidad, en el marco de principios de garantía y de responsabilidad del funcionario

El Estado Social de derecho también es Gobernabilidad y Autoridad. Un ejemplo de necesarios instrumentos de autoridad y de coerción en esta materia es el procedimiento administrativo sancionatorio regulado en los artículos: 47 a 52. Allí, se fijan las reglas de un procedimiento administrativo sancionatorio, la regulación de un periodo probatorio más amplio, cuatro presupuestos del contenido del acto administrativo de carácter sancionatorio, parámetros para la graduación de la sanción que atenúan la discrecionalidad absoluta, hoy vigente, se fija un plazo de caducidad, pero también una perención y silencio administrativo positivo al cabo de un año sino se resuelven los recursos de la vía gubernativa y una prescripción de 5 años ante la falta de ejecución del acto.



Me llama la atención el **artículo 51** que establece:

***“De la renuencia a suministrar información.** Las personas particulares, sean estas naturales o jurídicas, que se rehúsen a presentar los informes o documentos requeridos en el curso de las investigaciones administrativas, los oculten, impidan o no autoricen el acceso a sus archivos a los funcionarios competentes, o remitan la información solicitada con errores significativos o en forma incompleta, serán sancionadas con multa a favor del Tesoro Nacional o de la respectiva entidad territorial, según corresponda, hasta de cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ocurrencia de los hechos. La autoridad podrá imponer multas sucesivas al renuente, en los términos del artículo 90 de este Código.*

La sanción a la que se refiere el anterior inciso se aplicará sin perjuicio de la obligación de suministrar o permitir el acceso a la información o a los documentos requeridos.

Dicha sanción se impondrá mediante resolución motivada, previo traslado de la solicitud de explicaciones a la persona a sancionar, quien tendrá un término de diez (10) días para presentarlas.

La resolución que ponga fin a la actuación por renuencia deberá expedirse y notificarse dentro de los dos (2) meses siguientes al vencimiento del término para dar respuesta a la solicitud de explicaciones. Contra esta resolución procede el recurso de reposición, el cual deberá interponerse dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de la notificación.

Parágrafo. Esta actuación no suspende ni interrumpe el desarrollo del procedimiento administrativo sancionatorio que se esté adelantando para establecer la comisión de infracciones a disposiciones administrativas”.

Así, al regular este procedimiento se introducen garantías y se aplican principios como el de proporcionalidad en la graduación de las sanciones como lo contempla el artículo 50, pero a la vez, para la efectividad de estas actuaciones sancionatorias. En el artículo 51 citado, se introduce una multa de hasta 100 SMLV por la renuencia a suministrar información, multa para las personas particulares naturales, e incluso las jurídicas, que sean renuentes a presentar los informes o documentos requeridos en el curso de las investigaciones administrativas, o los oculten u obstaculicen su acceso o remitan información con errores significativos o incompletos.

De esta manera se generan entonces deberes correlativos, porque cuando un funcionario público no suministra información al particular, puede ser multado, suspendido e incluso destituido; ahora, el particular renuente a suministrar información, informes, documentos o archivos en el curso de una investigación también será sancionado, eso es adecuado, claro está que esta carga impositiva para el particular debe preservar derechos fundamentales esenciales, como por ejemplo: la reserva comercial, el derecho a la intimidad, la protección de la vida o integridad personal.



Para el control fiscal, este procedimiento y sus multas es una contribución significativa con el ya establecido proceso administrativo sancionatorio consagrado en los artículos 99 a 103 de la Ley 42 de 1993. En este marco, con total independencia del proceso de responsabilidad fiscal de carácter patrimonial o de las sanciones disciplinarias en el marco de la Ley 734 de 2000, se imponen sanciones al servidor público o a los particulares que manejan recursos públicos, no por el hecho de ocasionar daño patrimonial, sino por conductas o situaciones que han sido tipificadas como sancionables en los artículos 100 y 101 de la citada Ley 42, tales como: la amonestación o la multa. La potestad sancionatoria de los organismos de control fiscal se orienta más a la protección de los bienes jurídicos que tutelan las contralorías, la sanción que se aplica obra como mecanismo de autoprotección y cumplimiento de sus decisiones, que pretende reprimir o reprender en pro de impulsar el correcto y oportuno cumplimiento de ciertas obligaciones que permiten el adecuado, transparente y eficiente manejo fiscal; de tal manera que la sanción asume un doble carácter coercitivo, porque su fin es impulsar el cabal cumplimiento de las obligaciones del sujeto pasivo del control fiscal y, dado que su imposición también busca evitar que la conducta desplegada por el sancionado vuelva a repetirse y no lesione intereses superiores previstos por la Constitución y la ley.

De otra parte, la responsabilidad es un principio que hace contrapeso y le da equilibrio a estas atribuciones sancionatorias precisamente se incluye este postulado así:

“En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.” (Art 3 numeral 7).

Y quienes son sus agentes: Otros servidores públicos que no cumplan autoridad? Los contratistas estatales son agentes? Sin duda que lo son particulares que cumplen funciones públicas como las Cámaras de Comercio.

Precisamente si se compara este artículo con el de la acción de repetición prevista en el artículo 90 de la Constitución Política se observa que, en éste último:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

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.”

En materia de principios, la Ley 1437 de 2011, en su artículo 3°, logra llenar un vacío que desafortunadamente dejó la Ley 489 de 1998, como quiera que los principios de la función administrativa consagrados en artículo 209 Superior, tres de ellos, los principios de Buena fe, Moralidad e Imparcialidad, carecían de definición legal, toda



vez que la mencionada ley nunca se ocupó de definir los principios ya en vigencia del marco de reglas de la carta de 1991. Por ello aplicábamos la Carta del 91 con la definiciones de 1984.

En efecto, la Constitución Política de Colombia consagra en su Artículo 230 que los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, señalando que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Con el nuevo Código los principios adquieren una nueva dimensión conceptual y nos acerca a otros ordenamientos como el Código Contencioso de Costa Rica que ha sido el referente de muchos otros de América Latina, lo cual es una ruptura con esa concepción clásica y formalista de un derecho administrativo reglado e inflexible, donde la forma de la norma prevalece sobre la materialización del y finalidad última del derecho y del Estado, es decir, ese llamado derecho viviente o realismo jurídico que pregonan los jueces de Colombia, pasa a ser un patrimonio de la administración que podrá encontrar en la aplicación de los principios una fuente normativa y materia del nuevo derecho administrativo del Código. Ojalá muchos estudiantes se interesen en investigar y profundizar en trabajos de investigación el alcance y dimensión de este ordenamiento valorativo, con casos concretos donde el principio constitucional prevalezca frente a un procedimiento regulador.

Contrario a lo que algunos escépticos del cambio piensan, el marco de principios con el nuevo código no es el mismo que en el 84. Es que la Constitución de 1886 no traía principios de la función administrativa, es decir, no era un tema de rango constitucional, eran principios de ley; hoy, al darle contenido a los valores superiores de la administración, se puede hacer prevalecer un principio frente a un acto administrativo violatorio.

ARTÍCULO 3. Principios. *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

*1. En virtud del principio del **debido proceso**, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.*



de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in idem.

2. En virtud del **principio de igualdad**, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

3. En virtud del **principio de imparcialidad**, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

4. En virtud del **principio de buena fe**, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

5. En virtud del **principio de moralidad**, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

6. En virtud del **principio de participación**, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. En virtud del **principio de publicidad**, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, ésta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.



10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.

11. En virtud del **principio de eficacia**, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

12. En virtud del **principio de economía**, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.

13. En virtud del **principio de celeridad**, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas.

Adicionalmente le da identidad legal y definición a otros principios: el de coordinación, el de responsabilidad que ya mencioné y el de transparencia, lo cual resulta muy útil para la contratación estatal. Estas tipologías legales materializan el nuevo orden constitucional de 1991 y además lo complementan, así los axiomas adquieren desarrollo y realidad.

Antes de 1991 era impensable que un funcionario hiciera aplicación directa de la Carta, luego de 1991 se dice sí, pero dicha atribución solo la ostentan los jueces. Para los funcionarios de la administración se dice; “cuidado en aplicar la excepción de inconstitucionalidad, puede prevaricar”, pero para el juez no existe dicha advertencia. El funcionario de la administración en una cuadrícula, el juez no; para la administración no aplica el realismo jurídico por el riesgo de autoritarismo.

Esta nueva caracterización legal de principios y armonización del Nuevo Código con la Constitución de 1991 nos permite que la administración, y las autoridades que cumplimos funciones administrativas tengamos la posibilidad de acercarnos a la Constitución y sus valores.

Con el principio del debido proceso hay una diferencia. Este principio fue consagrado y definido a nivel constitucional y expresamente aplicable a toda clase de actuaciones: judiciales y administrativas.

Esto es definitivo para uno de los grandes propósitos del Código, la descongestión de la administración de justicia.



2. Contribuye de manera muy concreta a la efectividad de los derechos de los ciudadanos y a la legitimidad del Estado, por fin, la gestión pública se sintoniza o adapta a los cambios que introduce el Constituyente de 1991, y a nuevas realidades sociales y tecnologías.

Pienso que para materializar sus propósitos, el nuevo código trae unos postulados eficientes de atención al ciudadano a través de todos los medios electrónicos, convirtiéndose en un ordenamiento de avanzada, contemplando medios como: El documento público en medio electrónico (artículo. 55), Notificación Electrónica (artículo. 56), Acto Administrativo electrónico (artículo. 57) y la Sede Electrónica (artículo. 60), entre otros.

Al prever en el principio de publicidad y en general las disposiciones del título II, capítulo cuarto, artículos 53 a 64 (utilización de medios electrónicos en el procedimiento administrativo), constituyen normas específicas que imponen el deber de atención al ciudadano que opte o utilice estos medios electrónicos.

A las entidades públicas se les imponen unos deberes que estimo son de gran importancia para que la administración verdaderamente se conecte al ciudadano como se aprecia en el artículo 7 titulado “Deberes de las autoridades en la atención al público” en concordancia con otras disposiciones relativas a esa misma materia artículos, 2, 3, 7, 8, 15.

ARTÍCULO 7. Deberes de las autoridades en la atención al público. *Las autoridades tendrán, frente a las personas que ante ellas acudan y en relación con los asuntos que tramiten, los siguientes deberes:*

1. (...)
2. *Garantizar atención personal al público, como mínimo durante cuarenta (40) horas a la semana, las cuales se distribuirán en horarios que satisfagan las necesidades del servicio.*
3. *Atender a todas las personas que hubieran ingresado a sus oficinas dentro del horario normal de atención.*
4. *Establecer un sistema de turnos acorde con las necesidades del servicio y las nuevas tecnologías, para la ordenada atención de peticiones, quejas, de-nuncias o reclamos, sin perjuicio de lo señalado en el numeral 6 del artículo 5 de este Código.*



5. Expedir, hacer visible y actualizar anualmente una carta de trato digno al usuario donde la respectiva autoridad especifique todos los derechos de los usuarios y los medios puestos a su disposición para garantizarlos efectivamente.

6. (...)

7. Atribuir a dependencias especializadas la función de atender quejas y reclamos, y dar orientación al público.

8. (...)

9. Habilitar espacios idóneos para la consulta de expedientes y documentos, así como para la atención cómoda y ordenada del público.

10. Todos los demás que señalen la Constitución, la ley y los reglamentos.

Y en esa misma perspectiva de efectividad de los derechos, me refiero a la atención en audiencia o por vía de oralidad que fue consagrada en el artículo 35 que dice:

“Trámite de la actuación y audiencias. Los procedimientos administrativos se adelantarán por escrito, verbalmente, o por medios electrónicos de conformidad con lo dispuesto en este Código o la ley.

Cuando las autoridades procedan de oficio, los procedimientos administrativos únicamente podrán iniciarse mediante escrito, y por medio electrónico sólo cuando lo autoricen este Código o la ley, debiendo informar de la iniciación de la actuación al interesado para el ejercicio del derecho de defensa.

Las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones. De toda audiencia se dejará constancia de lo acontecido en ella”

Este artículo prevé el inicio de la actuación por escrito, pero nada obsta para darle continuidad verbalmente.

Voy a poner un ejemplo con esta idea de los principios, cuando yo empecé a aplicar normas de contratación aplicábamos el decreto Ley 222 de 1983, ese decreto era verdaderamente inflexible y era supremamente estricto con el principio de legalidad, luego con la Ley 80 de 1993 se abre el espectro para poder aplicar otras figuras y principios incluso aplicar la autonomía de la voluntad artículo 40 enmarcado dentro de los principios de la función administrativa. Se abre el espectro y se permite la posibilidad de innovar en nuevas figuras jurídicas, reitero no de manera arbitraria, dentro de una



finalidad de contribuir al cumplimiento de los fines de Estado. La contribución que hace el Nuevo Código a la administración pública va en el mismo sentido.

Es importante tener en cuenta también que los instrumentos que acabo de enunciar requieren adecuaciones en las entidades públicas y en la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que con la entrada en vigencia del nuevo código, todo esto tan especial pueda ser una realidad. Se requieren por ejemplo varias salas de audiencia y espacios para la atención ciudadana. Se destaca entonces la necesidad de hacer un llamado de atención para que el Consejo Superior de la Judicatura y las entidades públicas que diseñan los proyectos de inversión en el Plan Nacional de Desarrollo y en los presupuestos plurianuales, que serían la fuente para la financiación de estas obras, adecuaciones y usos tecnológicos, sean diseñados los respectivos proyectos de inversión, de tal manera que se apropien estos recursos y el primer semestre del próximo año sea el tiempo justo para hacer las respectivas gestiones que demanda el código que entrará a regir, el dos de julio de 2012.

3. Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, y extensión de la jurisprudencia, seguridad jurídica, eficiencia, economía y efectividad

Hay un tercer tópico que quiero tratar quizá mucho más complejo que los dos anteriores, que tiene diversos componentes, de orden constitucional, sociológico e incluso de filosofía del derecho. Tres novedosas figuras trae el Código:

Primero, el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia previsto en el artículo 10 así:

“Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas”

Este artículo en su primera parte ratifica las fuentes formales del derecho para la Administración pero con una connotación: aplicarlas de manera uniforme. Y en la segunda parte el artículo, incorpora un deber de acoger las interpretaciones de las sentencias de unificación.

Segundo, el derecho de presentar peticiones a las autoridades para que opere la figura de extender la jurisprudencia del Consejo de Estado y se reconozca un derecho, según el procedimiento del artículo 102 y que señala:



“Artículo 102. Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.
2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.
3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor.

Si se hubiere formulado una petición anterior con el mismo propósito sin haber solicitado la extensión de la jurisprudencia, el interesado deberá indicarlo así, caso en el cual, al resolverse la solicitud de extensión, se entenderá resuelta la primera solicitud.

La autoridad decidirá con fundamento en las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias aplicables y teniendo en cuenta la interpretación que de ellas se hizo en la sentencia de unificación invocada, así como los demás elementos jurídicos que regulen el fondo de la petición y el cumplimiento de todos los presupuestos para que ella sea procedente.

Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.
2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.
3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y



podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

Contra el acto que reconoce el derecho no proceden los recursos administrativos correspondientes, sin perjuicio del control jurisdiccional a que hubiere lugar. Si se niega total o parcialmente la petición de extensión de la jurisprudencia o la autoridad guarda silencio sobre ella, no habrá tampoco lugar a recursos administrativos ni a control jurisdiccional respecto de lo negado. En estos casos, el solicitante podrá acudir dentro de los treinta (30) días siguientes ante el Consejo de Estado en los términos del artículo 269 de este Código.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código”.

La acción que se ejerce por el Consejo de Estado para que ordene la extensión de una jurisprudencia, prevista en el artículo 269 en los siguientes términos:

“Artículo 269. Procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros. *Si se niega la extensión de los efectos de una sentencia de unificación o la autoridad hubiere guardado silencio en los términos del artículo 102 de este Código, el interesado podrá acudir ante el Consejo de Estado mediante escrito razonado, al que acompañará la copia de la actuación surtida ante la autoridad competente.*

Del escrito se dará traslado a la administración demandada por el plazo de treinta (30) días para que aporte las pruebas que considere. La administración podrá oponerse por las mismas razones a que se refiere el artículo 102 de este Código.

Vencido el término de traslado referido anteriormente, se convocará a una audiencia que se celebrará en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación a las partes; en dicha audiencia se escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar.

Si la solicitud se estima procedente, el Consejo de Estado ordenará la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho a que hubiere lugar. Esta decisión tendrá los mismos efectos del fallo aplicado.

Sin embargo, si la extensión del fallo implica el reconocimiento de un derecho patrimonial al peticionario, que deba ser liquidado, la liquidación se hará mediante el trámite



incidental previsto para la condena in genere y el escrito que lo promueva deberá ser presentado por el peticionario, ante la autoridad judicial que habría sido competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de la jurisprudencia, dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la decisión del Consejo de Estado.

Si el mecanismo para la reclamación del derecho sustancial fuera el de nulidad y restablecimiento del derecho, negada la solicitud se enviará el expediente a la autoridad administrativa para que resuelva el asunto de fondo, según las reglas generales, si no lo hubiere decidido con anterioridad. Si ya existiere decisión administrativa de fondo, o si el mecanismo judicial para la reclamación fuere diferente al de la pretensión de nulidad restablecimiento del derecho, con la ejecutoria de la providencia del Consejo de Estado se reanudará el término para demandar, conforme a las reglas establecidas para la presentación de la demanda”.

Resulta importante recordar que para efectos del Código son sentencias de unificación jurisprudencial (artículo 270) las siguientes:

1. Las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.
2. Las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y
3. Las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

Yo creo que la figura de la unificación de las jurisprudencias y la extensión de la jurisprudencia que está contemplada en los artículos 10, 102 y 269 del Código, traerá un impacto directo para que la administración pública actúe de manera mucho más eficiente, coherente y económica y por lo tanto de manera mucho más efectiva.

También es un tema que creo hay que enmarcarlo en una reflexión sobre la constitucionalidad a la luz del artículo 230 de la Constitución que determina que son fuentes formales en el ordenamiento jurídico colombiano la constitución y la ley, y como fuentes auxiliares la jurisprudencia y la doctrina.

La Corte Constitucional cuando examinó el artículo 48 de la ley 270 de 1996 en la sentencia C-037 de 1996 valoró que las sentencias de constitucionalidad de esa Corte en la parte resolutive: constituyen fuente en razón a que las profiere la Corte Constitucional y esta corporación tiene la guarda de la Constitución Política.

En estas figuras que se están creando enunciadas en estos tres artículos es muy importante comenzar a realizar una reflexión sobre sus relaciones con las fuentes constitucionales que acabo de recordar y con otros principios constitucionales. Considero que lo plasmado en estas tres instituciones tiene como fundamento entre otros



principios constitucionales el principio de igualdad, la referencia del preámbulo a un orden justo, pero también un principio constitucional, la seguridad jurídica. Principio que según mi investigación de doctorado, la Corte Constitucional ha reconocido y mencionado en cerca de 30 jurisprudencias.¹ Pero en ellas además de reconocerlo, según los análisis contemporáneos de este principio de seguridad jurídica, no puede ser una camisa de fuerza para la evolución del derecho.

Analizar los fundamentos constitucionales de éstas instituciones, es un tema que yo considero central porque la extensión de jurisprudencia supone que las autoridades deben extender los efectos de una sentencia de unificación ante “los mismos supuestos fácticos y jurídicos” (artículo 112). Entonces la sentencia de unificación tendrá que ser muy cuidadosa al precisar los supuestos fácticos y jurídicos. En un proceso laboral tendría que decir ¿para qué entidades aplica?, ¿para qué funcionarios, de qué nivel o cargo?, ¿dirá que aplica para la restructuración del año tal? ¿Podrá ser extensiva entonces a otra entidad?. ¿No podrá ser extensiva a otra restructuración o funcionarios de otro nivel o cargo?.

Pero también es asunto esencial que las sentencias de unificación dejen el rastro en la misma providencia de las pruebas y su valoración, porque resulta que para ejercer la petición de extensión de jurisprudencia, se aporta copia de la sentencia o de la respectiva referencia, no copia del expediente, y claro, como bajo el antiguo adagio “dame las pruebas y te daré el derecho”, ante qué pruebas: testimonios, documentos o realidades, se deberá hacer el reconocimiento. En fin, y una vez se unifica el caso en el Consejo de Estado la evolución del derecho llegará a tal instancia o tribunales y jueces si pueden apartarse. Comparto lo expuesto por la Doctora María Claudia Rojas Lasso, Consejera de Estado, sobre la ausencia de un medio de defensa de la administración ante la acción de unificación.

Les confieso que yo estaba desmotivado en mi trabajo de investigación de doctorado, pase materias y acopie el material sobre la seguridad jurídica. A la luz de estas nuevas instituciones estoy muy animado porque es un tema en donde vendrán muchos aportes, primero que todo los de ustedes y el mío, un nuevo camino a recorrer, el fortalecimiento del ordenamiento jurídico con estas instituciones.

- **1** La aproximación al concepto de Seguridad Jurídica fue desarrollada por la Corte Constitucional colombiana, ya que si bien el texto de la Carta no trae la expresión “seguridad jurídica” dicho concepto ha sido acogido y edificado como principio jurídico esencial de las instituciones del país. GÓMEZ LEE, Iván Darío. El principio de seguridad jurídica en Colombia: Aproximación. Revista Andesco No. 20. Bogotá. Junio de 2010.



El Nuevo Código En búsqueda de la confianza ciudadana

Por: Hernando Torres Corredor

Presidente de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura

1. Entorno de nuevos paradigmas del código y la gestión pública

El mundo actual presenta una pluralidad de experiencias que rigen las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. De cara a nuestro entorno, hemos de evaluar el conjunto de reglas que establecen esas relaciones; la era de las comunicaciones y la información, conduce a la formación de ciudadanos más educados y exigentes frente a la oferta de servicios públicos; igualmente se constatan las señales de las sociedades mediáticas y la configuración de un pensamiento más complejo para hacer la lectura de la economía, la política y las instituciones públicas; todo ello induce a la modificación de las normas que rigen la administración pública y los procesos de respuesta ante la demanda de servicios.

En una sociedad, que acusa un gran déficit de confianza y muy baja credibilidad de los ciudadanos frente a las instituciones públicas, amerita un esfuerzo para construir un nuevo escenario jurídico. Ante ello, es preciso entrar a reconstruir esos viejos dogmas del Estado omnipotente y establecer nuevos paradigmas en las reglas que rigen la administración pública frente a los ciudadanos.

Es evidente que la recomposición de esas relaciones tiene como fundamento estructuras democráticas de participación, cercanía a los ciudadanos de las instituciones públicas y de la justicia, eficiencia en la gestión pública y una gran porción de ética pública donde las comunicaciones y el ofrecimiento de información juegan un papel esencial.

De conformidad con lo expresado por Victoria Camps,



“Un gobierno, si es bueno, debe tener capacidad para tomar decisiones, responder a los conflictos., gestionarlos...gobernar no consiste sólo en realizar los llamados actos de gobierno, sino en la interacción- palabra clave. Entre actores sociales, grupos y fuerza y las organizaciones e instituciones públicas o semipúblicas...”¹

Igualmente, dado que es necesario en ocasiones, acudir al órgano judicial a efectos de resolver los conflictos en los cuales hace parte el Estado, resultan vitales las nuevas formas de organización de la oferta judicial, las vías de acceso al ciudadano, los nuevos paradigmas de la administración de justicia, específicamente en lo contencioso administrativo y los objetivos de garantía y efectividad de los derechos y garantías ciudadanas bajo la égida de la universalidad, la eficiencia y la calidad.

A continuación referiremos algunas variables del contexto actual, que establecen los hitos dentro de los cuales la gestión pública tiene profundos retos y expectativas por cumplir, para después mencionar algunos de los instrumentos que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- Ley 1437 de 2011- los cuales serán coadyuvantes en el logro de relaciones más eficientes, garantistas y transparentes entre el Estado y los ciudadanos; por último se abordará aspectos que impactarán positivamente la gestión en sede judicial.

A. Hacia una cohesión judicial, de cara a la exclusión.

La exclusión social y judicial se manifiesta en una variedad de falencias económicas y sociales, tales como la pobreza, el desempleo, el subempleo, el empleo informal, los disturbios políticos, delincuencia y falta de acceso a la salud, educación y a los servicios de justicia.

De acuerdo con la Comisión de Naciones Unidas para el Empoderamiento Legal de los Pobres, se estima que **cuatro mil millones de personas en el mundo** son despojados de la oportunidad de mejorar sus vidas y salir de la pobreza debido a que se encuentran excluidas del Estado de Derecho.² Según el informe de la Comisión y el programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, este grupo de la sociedad que vive por debajo de la línea de pobreza o apenas sobre esta, carece de las protecciones y derechos contemplados por la Ley. En este sentido, no es tanto la falta de recursos o de trabajo la que deteriora la calidad de vida de estos individuos, sino el hecho de que estos bienes no pueden ser protegidos ni aprovechados de manera óptima.

- **1** Camps, Victoria. “El malestar de la vida pública”. Grijalbo Mondadori, Barcelona- España, 1996.
- **2** COMISIÓN PARA EL EMPODERAMIENTO LEGAL DE LOS POBRES, “La Ley: La clave para el Desarrollo sin Exclusiones”, Toppan Printing Company America Inc., New York, 2008.



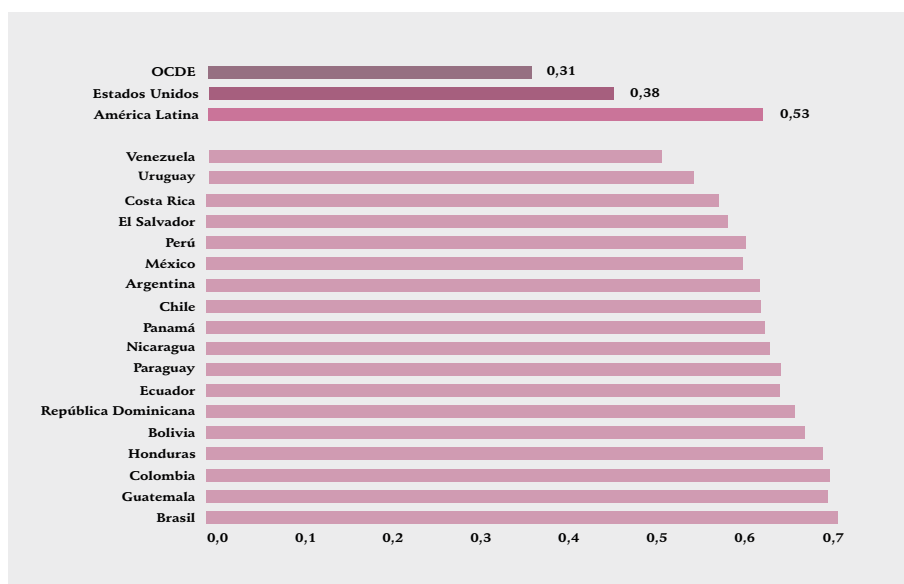
La mayor parte de las personas pobres no actúan bajo la protección del derecho, sino que viven alejadas del amparo legal y a las oportunidades y ventajas que esta ofrece. Enmarcan sus actividades en normas e instituciones informales, que terminan por oprimirlos. Como consecuencia de la falta de reconocimiento de derecho, los pobres son más vulnerables al abuso por parte de la autoridad y el resto de la sociedad.

B. Profundo desequilibrio interno expresado en desigualdad

La desigualdad en la región se caracteriza por que una gran parte del ingreso es captado por el estrato socioeconómico más alto, es decir el 10% de los hogares más ricos, concentra el 35% de los ingresos totales (CEPAL, 2010).

Según los índices de desigualdad, Colombia se sitúa en el tercer país más desigual, después de Brasil y Guatemala, con un índice de Gini cercano al 0.6 como lo muestra el siguiente gráfico:

**Índices de desigualdad de Gini en la OCDE
y en América Latina y el Caribe 2003-2007**



Fuente: CEPAL Y OCDE



Esta preocupante situación, es reafirmada por el DANE y la Misión para el Empalme de las series de empleo, pobreza y desigualdad, que registraron un índice de Gini de 0.59 en Colombia para el año 2009, problema que no ha mostrado signos de recuperación.

C. Pobreza e informalidad

En Colombia la pobreza ha evidenciado signos positivos de disminución, pues se pasó de un 50.3% de pobres en el 2005 a un 46% en el 2008, lo que equivale a tener cerca de 20 millones de colombianos en estas condiciones. Por su parte la indigencia a nivel nacional, luego de una caída significativa durante el periodo 2000 a 2005, pasando del 19.7% al 15.7%; ello evidencia un retroceso para el año 2008 donde se registró un 17.8%.

De acuerdo con el Mesep, en el que participan el Dane y el DNP, la pobreza en Colombia pasó de 46% en 2008 a 45,5% en 2009 y la pobreza extrema o indigencia pasó de 17,8% en 2008 a 16,4% en 2009.

Los pobres en Colombia, según la Misión para el empalme de las series de empleo, pobreza y desigualdad (Mesep), los pobres en Colombia son 19'899.144 de personas. Además, las personas sumidas en la pobreza extrema o indigencia ascienden a 7'159.172.

Colombia ha registrado un constante crecimiento en la informalidad del trabajo, constituyéndose en parte esencial de la cadena de heterogeneidad que caracteriza la estructura productiva de los principales centros de acumulación de capital.

Al iniciarse la década de los noventa, el sector informal urbano representaba en el país el 40.9% de la fuerza de trabajo, cifra que para el primer trimestre del 2008 se incrementó hasta un 55.6% según la Gran Encuesta Integrada de Hogares (DANE 2008)

D. Desempleo: un mercado de trabajo excluyente

El desempleo lleva a que los hogares perciban bajos ingresos y conduce a la pobreza, y de igual manera impide que los desempleados o aquellos que tienen empleos poco productivos participen en instituciones sociales como sindicatos y otras organizaciones de trabajo orientadas a mejorar las condiciones laborales (Gaviria, 2006).

En Latinoamérica la volatilidad agregada genera mayores fluctuaciones en los ingresos de los hogares más pobres: el desempleo es mayor en los estratos más bajos y esa falta de oportunidades laborales empuja a la informalidad. Estos efectos son por lo general permanentes ya que las crisis tienen consecuencias en términos de empleo, pobreza e inequidad.



E. Confianza

En cuanto a la confianza de la ciudadanía en las instituciones, la corporación Latinobarómetro en su informe del 2009, concluye que los ciudadanos latinoamericanos confían mayormente en el poder judicial, en comparación con los sindicatos y los partidos políticos.

De otro lado, la corporación transparencia por Colombia, en su informe “Índice de transparencia nacional: resultados 2007-2008”, calificó a la Rama Judicial en el ITN un promedio de 76.1/100, que significa que el riesgo de corrupción en la Rama es de carácter moderado, siendo la Rama del Poder Público con menor riesgo de corrupción.

2. Adaptación de los sistemas jurídicos y los retos de la justicia

La recurrente demanda de resultados por parte de los ciudadanos a la administración de justicia, ha sido explicada a partir de escenarios generados por el mundo contemporáneo y cuyas variables tienen una relación directa con la mayor exigencia a la **institucionalidad judicial**; escenarios enmarcados en la era de la revolución de la información y las comunicaciones, la cual ha generado muchos desafíos para el Sistema de Justicia.

En primer lugar, más allá de las instituciones judiciales, las sociedades que han logrado **eleva**r más su nivel cultural entrañan correlativamente un **aumento del nivel de exigencia de los ciudadanos** en cuanto se refiere a la prestación de los servicios públicos; en segundo lugar, la **mediatización de la sociedad**, constituye un escenario en el cual las instituciones judiciales deben hacer presencia para lograr sus objetivos. Hoy, se asiste o bien, a una **“aceleración de los procesos”**, o bien, a una **postulación de procesos sumarios** en todos los dominios jurídicos, así pues, se critica “la institución judicial con sus ritos y ritmos lentos, sus grandes principios y reglas de procedimiento que fundamentan los procesos judiciales”³, los cuales han sido cuestionados. Bajo esta dimensión no podemos encontrar más que rezagos y una gran distancia entre el ritmo de la justicia y la necesaria celeridad que busca el mundo moderno, la sociedad mediática, para solucionar los desencuentros.

En muchos Estados de occidente, la justicia denota una crisis, un déficit de confianza. El Magistrado Guillaume Delaloy, indica que existe una **crisis material** en cuanto la justicia conoce de una verdadera explosión de conflictos, un aumento considerable

• 3 Conseil Supérieur De La Magistrature, “LES FRANÇAIS ET LEUR JUSTICE : RESTAURER LA CONFIANCE”, Paris, 2008.



de la demanda y, los medios a su alcance no progresan en proporción suficiente para administrarla de forma satisfactoria. A esta situación, el legislador responde generalmente restituyendo al juez en su función de “juzgar”, para lo cual *desjudicializa* ciertos conflictos. Delaloy señala que esta salida es loable, pero, el rol del juez sigue ampliándose pues la regulación judicial de la sociedad está fortalecida por múltiples tendencias.⁴

Indica igualmente el académico, la existencia de una **crisis moral**, el juez cambia su rol y ahora está inmerso en la sociedad civil, que lo requiere para que se haga cargo de la gestión, de situaciones individuales o colectivas. Esa inmersión de la función judicial en el campo social, como regulador, es un hecho admitido por todos, pero al mismo tiempo, el juez a veces percibe ser desposeído de una parte creciente de su misión tradicional, pues la solución de buena parte de litigios es confiada a órganos extrajudiciales, mediante modelos alternativos de solución de conflictos o mediante delegación a las autoridades administrativas.

La justicia ha de estar a tono con la **evolución social**, la cual exige, entre otros requerimientos, **una administración de justicia** que provea de contenidos al derecho y garantice la efectividad de los mismos, especialmente, como presupuesto de la libertad, y a los denominados derechos económicos, sociales y culturales.

Esta afirmación puede parecer un lugar recurrente, sin embargo, la administración de justicia se convierte en el escenario catalizador de las demandas sociales que a partir de paradigmas constitucionales, busca delinear el contenido de los derechos, de los propósitos y de la propia idea de justicia. Las disertaciones en sede judicial, especialmente en el ámbito de los derechos fundamentales, desarrollan cada vez más la necesidad de satisfacer las condiciones mínimas para que las personas puedan ejercer y disfrutar el derecho a la libertad. Se parte de la base que a efectos de lograr la eficacia de los derechos individuales y lograr que los individuos puedan desarrollar sus capacidades y diseñar su propio modelo de vida- franqueado necesariamente por la libertad expresada en diversas situaciones- esos ciudadanos **excluidos del Estado Social de Derecho** deben contar con condiciones materiales mínimas.

A. El escenario para materializar derechos.

La administración de justicia es requerida entonces como escenario natural para el logro de estos propósitos, mediando la necesaria atribución de *contenidos* por parte de los jueces, en una sociedad en la cual las estructuras de poder no pueden responder de manera pronta a dichas exigencias y las cuales, obviamente, deben atender a las restricciones económicas que resulten racionalmente indiscutibles. Si la administra-

• 4 DELALOY Guillaume, “*Le pouvoir judiciaire*”, Paris, PUF, (Coll. Les Notes - Droit et justice), 2005, 61 p., ISBN : 2-13-055428-8



ción pública-ejecutiva no da respuestas ante la especificidad de sus requerimientos, el ciudadano necesariamente ha de acudir al Sistema de Justicia.

Además la comunidad internacional coincide en unos objetivos que debe atender una institucionalidad judicial de carácter internacional- global o regional-: (i) velar por el respeto de los derechos humanos, sancionar su violación y lograr la reparación, en cuanto los Estados no hayan adoptado las medidas necesarias para lograrlo, (ii) garantizar que las instituciones contractuales y de regulación se dirijan a proteger y estimular la creación y la propiedad intelectual, para hacer efectiva la transferencia de tecnología y, en un escenario globalizado, además de garantizar la eficiencia en el intercambio económico, también el equitativo y respetuoso intercambio cultural.

En tal sentido, los jueces se encuentran ante una tensión relacionada con la **incorporación del precedente de Cortes internacionales**, pues la constitucionalización del Derecho, ha generado mayor complejidad del espectro normativo y de la interpretación en sede judicial internacional.⁵

Los cuestionamientos a diversas instituciones sociales y jurídicas desde el discurso de género y la construcción de una sociedad más equitativa para las mujeres, son situaciones que también representan un desafío para la justicia. La sociedad y la judicatura, encuentran requerimientos relacionados con la participación efectiva de las mujeres en los cargos de decisión política o en las altas magistraturas, con el derecho a decidir sobre la fecundidad y la decisión sobre el cuerpo y los propios proyectos de vida, garantías reales para la igualdad salarial, el reconocimiento del valor del trabajo doméstico, sistemas que protejan a las mujeres de los riesgos por género provocados dada la organización de las ciudades y el entorno, la garantía de una verdadera persecución por delitos sexuales entre cónyuges o compañeros.

Existe, pues, una ruptura cualitativa para la cual resulta insuficiente la representación tradicional de la acción de juzgar, es decir que el juez es “la boca de la Ley”; la mayor extensión de la presencia del juez en la sociedad, en el mundo de los mercados de bienes, de servicios y del trabajo, que expresa, entre otras manifestaciones, el denominado “gobierno de los jueces”, **que correlativamente lleva más responsabilidades y por tanto, la construcción de una cultura de rendición de cuentas a la sociedad por parte de los jueces.**⁶

• 5 Ver “Constitucionalización del orden jurídico: Tercer intercambio académico Alemania - Colombia”, Programa EUROsociAL Justicia, Universidad de Bonn – Universidad de los Andes – Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, Bogotá, 2010.

6 DELALOY Guillaume, op. Cit.



B. Reformas para acercar la Justicia al Ciudadano.

En el escenario antes referido, el acceso a la justicia es uno de los **objetivos estratégicos** del Plan de Desarrollo de la Rama Judicial. En efecto, según lo indica Naciones Unidas, los derechos no pueden ser efectivos **sin opciones materiales** para garantizar su ejercicio.

La legislación puede ser adecuada e incluso eficiente, pero si las personas no pueden recurrir al **sistema judicial para obtener efectividad**, no logran su objetivo.

Uno de los frentes de acción está relacionado con la implementación de las reformas a los sistemas procesales, verbigracia la implementación de la Ley 1437 de 2011; En efecto, destaca Naciones Unidas que los procedimientos judiciales pueden ser inaccesibles si no se cuenta con representación legal, la cual es muy costosa para la población pobre. Los esquemas procesales, más allá de generar dicho costo para la población, en caso de no ser adecuados, ágiles y eficientes, configuran costos de gestión y costos sociales provenientes del tiempo prolongado sin solución de los conflictos.

Otra barrera por superar es la cultural. **La falta de comprensión o conocimiento** sobre el sistema judicial impide el acceso a la justicia, según Naciones Unidas: “Las dificultades respecto al acceso a la justicia refuerzan la pobreza y la exclusión”.

La administración de justicia tiene un rol fundamental en la consecución de mejores niveles de competitividad para nuestro país. Para tal efecto, se debe trabajar **en dos ejes**: uno dirigido a generar identidad jurídica de los sectores vulnerables a empoderar derechos y a reducir la exclusión, y otro destinado a facilitar la incorporación del país en el ámbito internacional, en el proceso de globalización.

Este escenario no es ajeno a tensiones provenientes de la intersección entre normas nacionales e internacionales diferentes y contradictorias, entre países con regímenes jurídicos diferentes, a la emergencia de figuras contractuales atípicas y complejas, a la necesidad de que la judicatura incorpore estos esquemas en sus métodos y decisiones, así como que los abogados se interesen en regulaciones especializadas que, como la normalización, certificación y metrología, rigen el comercio mundial; eso sin descontar el indispensable acercamiento a los principios de la ciencia económica y hacia un devenir interdisciplinario.

De ahí la importancia de superar instituciones jurídicas que devienen desuetas en cuanto fueron formuladas para un mercado exclusivamente interno e incluso rural; ahondar en el derecho de la competencia y del consumo, dada la generalización de los contratos de adhesión, proclives a la disposición de cláusulas abusivas, el desequilibrio económico del consumidor, la complejidad creciente de los productos y la distribución en masa y mediante mecanismos virtuales que pueden afectar el consentimiento, en-



tre otras situaciones, y que no decir de la regulación jurídica como instrumento esencial para el tratamiento de las fallas del mercado.

La justicia debe responder a una dinámica y adaptarse más a la realidad, pues en este tiempo no es posible aguardar la mutación centenaria de los conceptos, ni abstraerse de las nuevas *funciones* de la norma jurídica; la democratización de las instituciones jurídicas viejas, lleva a la conformación de las nuevas normas van dirigidas a adecuar la administración pública y el Sistema Jurídico Procesal, no solo a los nuevos escenarios económicos y sociales, sino a generar confianza del ciudadano hacia el Estado y es el gran desafío de las nuevas reglas; la elaboración de las reglas es un paso significativo, pero para materializar derechos requieren de su desdoble operacional.

3. Nuevos paradigmas en el procedimiento administrativo- ley 1437 de 2011

A. Principios.

El nuevo procedimiento administrativo adopta paradigmas que coadyuvan a la superación de barreras que impiden a los ciudadanos acceder de manera oportuna y eficiente a la administración pública, de una parte, y estimulan una mejor actuación por parte de las entidades respecto al reconocimiento de derechos y garantías, lo cual ha de verse reflejado en la demanda de justicia contencioso administrativa.

Entre los principios vale resaltar el de **igualdad**, en virtud del cual las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones, aunque serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta. Este principio muestra coherencia con la expresión de la política pública en varios sectores de la regulación estatal que han incorporado la **prevalencia de derechos y el enfoque diferencial** como criterios que deben acatar las autoridades públicas.

Estos parámetros también se expresan en los derechos de los ciudadanos establecidos por el código en sede administrativa, especialmente en el derecho a recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores, y en general de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta de conformidad con el artículo 13 de la Constitución Política.

El principio de **imparcialidad**, exige que las autoridades actúen teniendo en cuenta que los procedimientos están dirigidos a asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna.



El principio de participación, pretende que se promuevan y atiendan las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública. Este principio se refleja en el derecho que el nuevo código dispone a favor de los ciudadanos, consistente en formular alegaciones y aportar documentos u otros elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés, a que dichos documentos sean valorados y tenidos en cuenta por las autoridades al momento de decidir y a que estas le informen al interviniente, cuál ha sido el resultado de su participación en el procedimiento correspondiente.

El principio de **transparencia**, permite que la actividad administrativa sea del dominio público, salvo reserva legal. La **publicidad**, hace que el público y los interesados conozcan en forma sistemática y permanente, los actos, contratos y resoluciones.

En virtud del principio de **eficacia**, las autoridades removerán los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán las irregularidades procedimentales en procura de la efectividad del derecho material. La eficacia requiere de la información adecuada a los ciudadanos y en tal sentido, el código establece como un deber de las autoridades expedir, hacer visible y actualizar anualmente una carta de trato digno al usuario que especifique todos los derechos de los usuarios y los medios puestos a su disposición para garantizarlos efectivamente

En virtud del principio de **celeridad**, las autoridades impulsarán los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, para respetar los términos legales y eliminar las dilaciones injustificadas. En tal sentido, vale la pena resaltar uno de los deberes de las autoridades establecidas en el código, consistente en establecer un sistema de turnos acorde con las necesidades del servicio y las nuevas tecnologías, para la ordenada atención de peticiones, quejas, denuncias o reclamos. Estos paradójicamente se expresan en los articulados: Principios: art 3, derechos de usuarios: Art. 5, deberes de autoridades: art. 7 y 8.

B. Adopción de jurisprudencia.

El artículo 10 de la ley 1437/11 establece que al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones normativas de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, **deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.**

Por su parte el art. 102 indica que:

" (...) las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación ju-



risprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

Para tal efecto el interesado presentará petición ante la autoridad legalmente competente para reconocer el derecho, siempre que la pretensión judicial no haya caducado. Dicha petición contendrá, además de los requisitos generales, los siguientes:

1. Justificación razonada que evidencie que el peticionario se encuentra en la misma situación de hecho y de derecho en la que se encontraba el demandante al cual se le reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada.

2. Las pruebas que tenga en su poder, enunciando las que reposen en los archivos de la entidad, así como las que haría valer si hubiere necesidad de ir a un proceso.

3. Copia o al menos la referencia de la sentencia de unificación que invoca a su favor (...)

(...) Esta decisión se adoptará dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción, y las autoridades podrán negar la petición con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el cual tenga la oportunidad de solicitar las pruebas para demostrar que el demandante carece del derecho invocado. En tal caso estará obligada a enunciar cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan los medios probatorios ya mencionados.

2. Exponiendo las razones por las cuales estima que la situación del solicitante es distinta a la resuelta en la sentencia de unificación invocada y no es procedente la extensión de sus efectos.

3. Exponiendo clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación. En este evento, el Consejo de Estado se pronunciará expresamente sobre dichos argumentos y podrá mantener o modificar su posición, en el caso de que el peticionario acuda a él, en los términos del artículo 269.

La solicitud de extensión de la jurisprudencia suspende los términos para la presentación de la demanda que procediere ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Los términos para la presentación de la demanda en los casos anteriormente señalados se reanudarán al vencimiento del plazo de treinta (30) días establecidos para acudir ante el Consejo de Estado cuando el interesado decidiere no hacerlo o, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 269 de este Código."



C. Responsabilidad de los ciudadanos y efectos de la inactividad.

El art. 17 establece la figura del desistimiento tácito, cuando en el curso de una actuación administrativa la autoridad advierta que el peticionario debe realizar una gestión de trámite a su cargo, necesaria para adoptar una decisión de fondo, lo requerirá por una sola vez para que la efectúe en el término de un (1) mes, lapso durante el cual se suspenderá el término para decidir.

Se entenderá que el peticionario ha desistido de su solicitud o de la actuación cuando no satisfaga el requerimiento, salvo que antes de vencer el plazo concedido solicite prórroga hasta por un término igual.

Vencidos los términos establecidos en este artículo, la autoridad decretará el desistimiento y el archivo del expediente, mediante acto administrativo motivado, que se notificará personalmente, contra el cual únicamente procede recurso de reposición, sin perjuicio de que la respectiva solicitud pueda ser nuevamente presentada con el lleno de los requisitos legales.

D. Atención prioritaria- salud.

Se establece la atención prioritaria de peticiones en el artículo 20, que se dará cuando se solicite el reconocimiento de un derecho fundamental y deban ser resueltas para evitar un perjuicio irremediable al peticionario. Cuando por razones de salud o de seguridad personal esté en peligro inminente la vida o la integridad del destinatario de la medida, la autoridad deberá adoptar de inmediato las medidas de urgencia necesarias para conjurar dicho peligro, sin perjuicio del trámite que deba darse a la petición.

Es pertinente tener en cuenta que de conformidad con el art. 33, a las Instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, que sean de carácter privado, se les aplicarán en sus relaciones con los usuarios, en lo pertinente, las disposiciones sobre derecho de petición previstas para las autoridades públicas.

E. Medidas de eficiencia en la gestión.

El art. 22 establece que cuando más de diez (10) ciudadanos formulen peticiones de información análogas, la Administración podrá dar una única respuesta que publicará en un diario de amplia circulación, la pondrá en su página web y entregará copias de la misma a quienes las soliciten.

Por su parte el art. 82 establece que la autoridad podrá crear, en su organización, **grupos especializados** para elaborar los proyectos de decisión de los recursos de reposición y apelación.



F. Procedimiento general- Audiencias.

El nuevo código, en su artículo 35, prevé que el procedimiento se puede desarrollar por escrito, verbalmente o por medios electrónicos, según lo disponga el código.

Las autoridades pueden decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones. De toda audiencia se dejará constancia de lo acontecido en ella.

G. Procedimiento electrónico.

Frente a la armonización de la Justicia y las nuevas tendencias tecnológicas y la garantía del acceso eficiente a la administración de justicia, en los artículos 53 a 64 se regula lo relativo a la gestión electrónica en sede administrativa, permitiendo el uso de los medios electrónicos para los procedimientos y trámites administrativos, así como el registro en las bases de datos dispuestas para este fin.

4. Nuevo diseño procesal en la jurisdicción contencioso administrativa

A. Entorno constitucional y estatutario

El proceso por audiencias, las cuales tienen un objeto definido y perentorio, regido bajo los principios de inmediación, concentración, contradicción, eficiencia y eficacia, con aplicación de elementos de oralidad, características éstas acogidas por el nuevo código contencioso administrativo, tiene fundamento en diversos atributos constitucionales de la función pública como la no dilación de los procesos, la publicidad y permanencia de las actuaciones, la prevalencia del derecho sustancial, el cumplimiento de los términos procesales, la independencia y autonomía judicial y, en general el respeto y garantía de los derechos.

La Constitución Política establece:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará



de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; **a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas**; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”

A la luz del artículo 228 de la Constitución Política, todas las actuaciones de los jueces son públicas y permanentes, los términos procesales deben observarse y se indica la prevalencia del derecho sustancial:

*“ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. **Las actuaciones serán públicas y permanentes** con las excepciones que establezca la ley y en ellas **prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia** y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.*

Así mismo la Ley Estatutaria de Administración de Justicia prescribe:

*ARTÍCULO 40. CELERIDAD Y ORALIDAD. La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. **Los términos procesales serán perentorios** y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. ...Las actuaciones que se realicen en los procesos judiciales **deberán ser orales con las excepciones que establezca la ley**. Esta adoptará nuevos estatutos procesales con diligencias orales y por audiencias, en procura de la unificación de los procedimientos judiciales, y tendrá en cuenta los nuevos avances tecnológicos...*

ARTICULO 5º. AUTONOMIA E INDEPENDENCIA DE LA RAMA JUDICIAL. La Rama Judicial es **independiente y autónoma** en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia.

Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias.

ARTICULO 7º. EFICIENCIA. La administración de justicia **debe ser eficiente**. Los funcionarios y empleados judiciales deben ser **diligentes** en la sustanciación de los asuntos a su cargo, sin perjuicio de la calidad de los fallos que deban proferir conforme a la competencia que les fije la ley.

ARTICULO 9º. RESPETO DE LOS DERECHOS. Es deber de los funcionarios



judiciales **respetar, garantizar y velar** por la salvaguarda de los derechos de quienes intervienen en el proceso.

B. Proceso por audiencias establecido en la ley 1437 de 2011.

El modelo procesal asumido en la Ley 1437 de 2011, entonces lo caracterizamos por la existencia de audiencias con carácter preclusivo, con objetivos precisos, fundamentadas en el ejercicio de responsabilidades procesales de las partes, la definición de consecuencias jurídico-procesales frente al incumplimiento de esas cargas y la dirección judicial del proceso y el rol del juez como garante de los derechos. Estas audiencias han de desarrollarse de manera oral, en cuanto sea posible.

En la búsqueda de la **EFFECTIVIDAD** de la administración de justicia, se precisa en todo momento tener de referentes:

a. La prevalencia del derecho sustancial, que busca superar el formalismo que en nada aporte al objeto del proceso y que por el contrario, pueda convertirse en una práctica dilatoria y de denegación de justicia.

b. Uso de salidas alternas a la solución del conflicto y procedimientos de consenso. La conciliación, transacción, mediación y otro tipo de salidas negociadas son muy importantes en este modelo.

c. Las actuaciones se realizan buscando la celeridad y efectividad, **se busca producir un resultado**. Cada audiencia debe lograr un resultado definido que es el insumo para la audiencia siguiente.

d. Los plazos fijados por el juez deben obedecer a criterios de **racionalidad, necesidad y complejidad**. De existir *plazos judiciales* estos deben ser excepcionales y adoptarse de manera razonable, considerando la estricta necesidad del mismo y la complejidad del asunto.

e. Preclusión de las fases o instancias procesales. La audiencia debe ser concentrada y lograr el objetivo de la misma.

f. Notificaciones en audiencia. Las decisiones se notifican en estrados, en la respectiva audiencia; se utilizarán para mejorar las comunicaciones y la celeridad los medios electrónicos.

g. Saneamiento de irregularidades, **de manera expedita** por parte del juez.

Señalemos algunas disposiciones del nuevo Código Contencioso Administrativo que están enmarcadas en el escenario antes descrito.



El artículo 179 del CCA establece unas etapas por audiencias y prevé que cuando se traten casos de puro derecho se podrá decidir en la audiencia inicial.

Por su parte, el artículo 180 describe la llamada **Audiencia inicial**, en la cual, en resumen, se adelantan las siguientes actividades:

Saneamiento: el juez, de oficio o a petición de parte, decidirá sobre los vicios y adoptará medidas pertinentes para evitar sentencias inhibitorias.

Excepciones: el juez decidirá sobre excepciones previas, y sobre las de caducidad, cosa juzgada, transacción, conciliación, falta de legitimación en causa y prescripción extintiva.

Fijación del litigio: definición de los hechos en los que estén de acuerdo, y extremos de demanda, contestación, reconvencción.

Además se desarrolla la posibilidad de conciliación, medidas cautelares y decreto de pruebas.

En el artículo 181 del nuevo código se establece la **Audiencia de pruebas**, la cual se realizará sin interrupción durante los días continuos que sean necesarios, sin que puedan exceder de 15 días. Las pruebas se practicarán en la misma audiencia la cual se puede suspender sólo en tres casos: traslado de prueba o de objeción, o cuando el juez, atendiendo la complejidad, lo considere necesario.

Por su parte, el artículo 182 que prescribe la **Audiencia de alegaciones y juzgamiento** indica que se debe desarrollar frente al juez correspondiente. Existe la posibilidad de que el juez informe el sentido de la sentencia en forma oral y la lleve a escrito en los diez días siguientes. Si no es posible, la consignará por escrito en los 30 días siguientes, debe dejar constancia de las razones por las cuales no es posible manifestar el sentido de la sentencia inmediatamente.

Es pertinente indicar que en algunos modelos procesales en lo contencioso administrativo, por ejemplo en Alemania o Portugal, la presentación de la demanda y la contestación son presentados por escrito. Sin embargo, en la “*vista oral*” deben expresarse de manera oral los hechos y practicarse oralmente las pruebas.

Ahora bien, la capacidad de argumentación y razonamiento jurídico se lleva a la legislación dada su importancia, en virtud de la cual ha sido tópico de tratamiento constante en los programas de formación:

En el artículo 187 que prescribe el contenido de la sentencia, se establece que los razonamientos han de ser los estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, debe haber brevedad y precisión.



“Para restablecer el derecho particular, la jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas”.

La **PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**, se expresa en varias disposiciones del proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa, veamos:

El artículo 135 indica que en caso de solicitud de nulidad de decretos, por inconstitucionalidad, el Consejo de Estado no estará limitado a los cargos formulados en la demanda para decidir. Es decir, podrá declarar la inconstitucionalidad por violación de otras normas constitucionales y declarar que otras normas hacen unidad normativa con la declarada nula.

Por su parte, el artículo 148 que establece el control por vía de excepción, señala que dentro del proceso que se adelante ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución o la Ley. Esta decisión producirá efectos sólo en el proceso en que se adopte.

El Art. 167 señala que si las normas locales que se consideren infringidas se encuentran publicadas en sitio WEB de la respectiva Entidad, se puede indicar el sitio de Internet en la demanda, sin necesidad de anexar copia.

El Art. 186 indica actuaciones por medios electrónicos. Las actuaciones susceptibles de surtirse en forma escrita pueden realizarse por medios electrónicos siempre que se asegure la autenticidad, integridad conservación y consulta. En 5 años se debe implementar el expediente electrónico, responsabilidad de la Sala Administrativa.

El principio de **CONCENTRACIÓN**, se aplica en el nuevo esquema procesal en los procesos contencioso administrativos, este principio se refleja en la exigencia de la continuidad de las audiencias, hasta resolver los objetivos definidos legalmente en cada etapa. La **concentración** busca que la audiencia se realice de **manera continua** para garantizar que el juez concentre su atención en un solo asunto y de manera constante, evitando así la dilación de los procedimientos y los fallos basados en pruebas y debates probatorios interrumpidos que significan la pérdida del hilo de la controversia.

La **INMEDIACIÓN** de la prueba se expresa en que todas las pruebas deben ofrecerse o solicitarse, practicarse o introducirse y controvertirse **ante el juez que fallará**.

Los elementos de **ORALIDAD** prefieren que el fallo o decisión, se pronuncie **inmediatamente concluye la presentación y controversia de las pruebas y de las pretensiones o argumentos**. En este modelo, generalmente el juez declara el sentido de la **sentencia oralmente**.



No se admiten transcripciones literales de las audiencias sino la grabación de la actuación y la elaboración de un acta suscinta, las partes pueden solicitar la grabación de la audiencia. En ordenamientos como el Alemán, la grabación se hace previendo la posibilidad de recurrir en segunda instancia en cuanto a *materia de facto*, pero cuando se trata de casos de *puro derecho*, las audiencias no se graban. En Colombia siempre se graban las audiencias en audio y video o en sólo audio.

Veamos la referencia a las nuevas normas que se relacionan con estos caracteres:

El artículo 183 de la ley 1437 establece la existencia de actas y registro de audiencias. Las audiencias y diligencias deben estar presididas por el juez o magistrado ponente. De cada audiencia se levantará un acta (el artículo indica su contenido). De considerarlo necesario el juez podrá ordenar la transcripción parcial o total de la audiencia para que conste como anexo. Se debe hacer una grabación del debate.

El principio de **CONTRADICCIÓN**, se materializa a través de **la exclusión** de un determinado medio de prueba si ha sido producida por medios ilegales, o la no admisibilidad de la misma por estar viciadas de nulidad absoluta, ser impertinentes, o no estar garantizada su autenticidad.

La **TRANSPARENCIA fortalece el principio de autonomía e independencia del juez**, pues las partes y el público (en otras latitudes), podrán observar el juicio jurídico, la habilidad intelectual y la probidad del juez al valorar y decidir, por lo cual estará libre de presiones y de incómodas suspicacias. También se podrá valorar la acción de los abogados de las partes al presentar el caso y en el manejo de su estrategia argumentativa.

Respecto a las pruebas se aplica la **LIBERTAD**, en cuanto las partes pueden utilizar **cualquier medio de prueba pertinente** para demostrar hechos y circunstancias. Esto siempre que se **respeten los derechos**. La **PUBLICIDAD**, permite que la práctica de la prueba, pueda ser **conocida por las partes**. Así, se garantiza la **transparencia** de la actividad probatoria.

La autotutela –sobre sus propias actuaciones- de la que tradicionalmente ha gozado la administración pública es puesta en cuestión bajo nuevos paradigmas del bloque de constitucionalidad, por ejemplo, respecto a la eficacia de los derechos fundamentales, al acceso a la administración de justicia, a la justicia pronta y cumplida, e incluso al plazo razonable.

Eje fundamental de la administración pública es el ciudadano, que ha sido el viejo sueño ancestral de la humanidad, desde Plutarco, Diógenes, Kant; construir una sociedad donde entran todos los seres humanos en nuestro entorno, todos los Colombianos; para ello es necesario tener en cuenta la utilidad práctica de las vías jurídicas al interior de la administración para desarrollar el gobierno y especialmente satisfacer los intereses de la sociedad. En tal sentido, vale la pena analizar la relación entre los actos que NO se modificaron o revocaron en la vía administrativa y que posteriormente fue-



ron declarados ilegales en la jurisdicción; así como el tiempo de trámite y su relevancia frente al derecho conculcado.

Algunas posiciones doctrinales e institucionales, incluso en los aparatos de otros ámbitos nacionales, valga decir en Alemania y Costa Rica, buscan morigerar la obligatoriedad de la vía administrativa y optar por su ejercicio facultativo.⁷ El legislador Colombiano partió de la base de que los problemas de la vía gubernativa, no se solucionarían haciéndola facultativa. Es necesario imprimirle agilidad y efectividad, se busca que la rama judicial no tenga que asumir la resolución de todas las situaciones jurídicas sino que la administración sea responsable de decidir eficazmente, en aplicación de los criterios establecidos por los jueces. Se busca que la vía gubernativa deje de ser un formalismo a efectos de poder acudir a la vía judicial, y que por el contrario permita al ciudadano (a) acceder a una solución efectiva.

Se busca, en cierta forma, mayor efectividad de la vía administrativa, vinculando los resultados de la sede judicial, al desarrollo de la actuación administrativa. Se pretende que las decisiones en sede judicial impacten en términos de eficacia, la vía gubernativa; este es el nuevo desafío tanto para el ciudadano como para la administración pública y la justicia.

C. La unificación de jurisprudencia y la extensión de sus efectos.

El artículo 111 del CCA señala que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo resolverá los asuntos que le remitan las secciones por su importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de sentar o unificar jurisprudencia. Esta medida puede ser solicitada por las partes, por el Ministerio público o de oficio.

También puede requerir de los tribunales, asuntos que por su importancia jurídica, económica y social, o que requieran unificación de jurisprudencia, deban ser resueltos por el Consejo de Estado.

Por su parte, el artículo 256 y siguientes del nuevo código, regulan el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia que tiene como fin asegurar la unidad en la interpretación del derecho, su aplicación uniforme y garantizar los derechos de las partes y los terceros.

• 7 Por sentencia del Tribunal Constitucional de Costa Rica, el agotamiento de vía gubernativa es opcional.



Procede contra las sentencias dictadas en única y segunda instancia por los Tribunales Administrativos. Hay lugar a ella cuando la sentencia contraríe o se oponga a una sentencia de unificación de jurisprudencia del Consejo de Estado.

El artículo 269 del pluricitado estatuto prescribe la extensión de efectos de una sentencia de unificación del Consejo de Estado. Es decir, si una entidad se niega a extender el efecto de una sentencia de unificación, el afectado puede recurrir al Consejo de Estado, quien de considerarlo pertinente puede ordenar la extensión de la jurisprudencia y el reconocimiento del derecho.

A su vez, el artículo 270 indica que se tendrán como sentencias de unificación de jurisprudencia, las que profiera el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por la necesidad de unificar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y en el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 36^a de la Ley 270/96.

La unificación de jurisprudencia por parte del Consejo de Estado y la posibilidad de la aplicación extensiva de sus efectos, estimula un eficiente y justo ejercicio de la función administrativa.

De tal forma, se permite un procedimiento ágil con el propósito de verificar la injustificada falta de aplicación de esas decisiones en situaciones que tienen un componente fáctico y jurídico análogo y de adoptar, en caso de ser necesario, la decisión que proteja y haga efectivos los derechos. Se busca materializar, entonces, los principios de eficiencia y economía, y la solución efectiva a las demandas ciudadanas.

D. La organización especializada del trabajo.

El artículo 109, núm. 6, del Código, indica que la Sala Plena puede distribuir las funciones de la sala de lo contencioso administrativo, entre salas de decisión, secciones y subsecciones teniendo en cuenta la especialidad y el volumen de trabajo.

Una expresión de la emergencia de la modernidad es la organización especializada del trabajo, en procura de su racionalización. En tal sentido, el trabajo especializado permite disminuir unos costos de transacción relacionados con el cambio de instrumentos y escenario de trabajo y mayor productividad por unidad de tiempo al generar destrezas específicas. Estos principios, surgen en una era específica de revolución industrial, empero, pueden ser considerados- de hecho lo son- por la ingeniería industrial y la disciplina de la administración en cualquier tipo de bien o **servicio**; aquí se evidencia la necesidad de incorporar esas revoluciones silenciosas que está teniendo la Administración de Justicia; en efecto, en la era de las comunicaciones y de la información, ha de incorporarse con mucha fuerza la revolución organizacional



de la que tanto hablan las ciencias de la administración pública y privada; esto se convierte en el escenario propicio para que tenga vigencia la aplicación de las nuevas reglas de lo informático judicial.

Actualmente coexiste en un mismo juez, la labor especializada y la universal. A partir de la Constitución de 1991 surge un juez más universal, dado que los requerimientos de garantía de derechos y garantías fundamentales se materializa a través de la aplicación del derecho como una disciplina universal fundamentada en institutos básicos, aplicables a casi todas las situaciones objeto de proposición normativa, siendo la constitución política y el bloque de constitucionalidad su fundamento integrador. La acción de tutela es la institución que por excelencia refleja ese cambio de paradigma. También podríamos enunciar la acción de Hábeas Corpus de la cual conocen todos los jueces, así como el incidente de reparación integral que exige al juez penal el estudio de instituciones del derecho civil, o en casos referidos a la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad, que exige a los jueces tener presente la normatividad penal.

En tal sentido, se estiman las ventajas de que, dentro de las mismas secciones, se generen medidas para que se estudien casos similares o idénticos, haciendo uso de la especialización del trabajo judicial.

E. El necesario soporte técnico

Desde el punto de vista organizacional, **el juez debe ser relevado de todas las actividades administrativas-judiciales**: citaciones, notificaciones (que no se hagan en estrados), manejo de títulos judiciales, atención al público, resolución de consultas o derechos de petición (en cuanto sea posible), rendición de estadísticas, entre otras, las cuales serán adelantadas por una estructura administrativa especializada o centro de servicios judiciales. **El juez decide en derecho, en audiencias, en ello se centra su labor.**

Art. 121. El Consejo de Estado tendrá los medios de divulgación necesarios para la publicidad de sus actuaciones. Cada año debe incluirse partida presupuestal para ello.

Art. 304. Plan de descongestión. Su objeto es llevar a la culminación todos los procesos promovidos antes de la entrada en vigencia del nuevo código. Funcionará en forma paralela a los despachos designados para las nuevas competencias y procedimientos del nuevo código. El plan tendrá una duración máxima de 4 años.

Art. 305 Para el desarrollo del nuevo código se conformarán despachos judiciales y Tribunales, se harán ajustes al actual aparato de justicia, se pondrán



en marcha planes de formación, dotación de infraestructura: sedes, salas de audiencia, sistema de grabación, entre otros, sistemas de información.

Es necesario seguir evaluando lo relativo a la efectividad de la conciliación extrajudicial que es requisito de procedibilidad en pretensiones relativas a nulidad con restablecimiento del derecho, reparación directa y contractuales y que en los demás casos es optativa. Esto dado que es preciso que la administración explique los argumentos y motivaciones específicas frente a su decisión de no conciliar, que vayan más allá de la simple expresión de falta de ánimo conciliatorio.

Igualmente, es necesario analizar la posibilidad de efectos concretos en la administración pública, cuando en sede judicial se concluya que en la vía gubernativa, no se desplegaron las facultades necesarias para dar respuesta eficaz a la pretensión y que hayan obligado finalmente al demandante a iniciar un proceso judicial, que tendría que ser residual y excepcional; ello no hace otra cosa que acumular inventarios, y de otra parte, retarda una respuesta efectiva para el ciudadano de cara al ejercicio de sus derechos.

F. Un proceso en construcción

Se podría decir, que este gran esfuerzo del Estado: Ejecutivo- Legislativo y Judicial, jurisdicción Contencioso Administrativo, para construir una respuesta a la insatisfacción del ciudadano, frente a sus reclamos, y hacer efectivos muchos de sus derechos individuales y colectivos, ha tenido avances satisfactorios; resta aún, la puesta en marcha de las reformas y de las instituciones que ellas involucran, proceso que ha de ser subsumido tanto por la administración pública en todos sus niveles, como por los Aparatos Estatales de justicia. Este reto, ha de comprometer necesariamente un nuevo perfil del ciudadano, del juez y del servidor público; que el ciudadano sienta que las instituciones públicas hacen parte de su devenir de su cotidianidad, y que en el Estado encontrará un aliado permanente de cara al ejercicio de sus derechos ciudadanos. Se puede afirmar que este reto compromete una revolución en nuestra forma de relacionarnos; un estado que debe informar, que debe colocarse en la ruta de las comunicaciones y de las tecnologías; un ciudadano que ha de confiar en la Ley, en quienes la ejecutan y en las decisiones de los jueces, quienes de cara a la sociedad, han de rendir cotidianamente cuentas, en honor a su solvencia intelectual, a la prontitud en resolver los conflictos y al ejercicio de convertirse en pedagogos de los ciudadanos, que los orientan a través de los argumentos y de las decisiones que facilitan la materialización del derecho.

Se ha repetido insistentemente que transitamos por los caminos de la “revolución judicial” como paradigma de las nuevas sociedades empáticas; donde el derecho vive, se extiende y hace presencia en todos los actos de nuestra vida cotidiana: en lo econó-

mico, lo social y lo político; estas normas que expresan la profundas transformaciones en los paradigmas del Derecho Administrativo, no son otra cosa que un camino y un gran reto para construir confianza entre los ciudadanos y el Estado; esta confianza facilita el camino de la democracia y el libre ejercicio de los derechos individuales y colectivos de las sociedades.

*Los retos para la implementación
del nuevo Código de Procedimiento
Administrativo y de lo Contencioso
Administrativo*





Los retos para la implementación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Por: Gustavo Aponte Santos

Ex-Presidente del Consejo de Estado
Miembro de la Comisión de Reforma

Comienzo por agradecer de manera muy especial a mis ex colegas del Consejo de Estado que han tenido la generosidad de invitarme a participar en este seminario. Ha sido un gran éxito de divulgación del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Realmente la capacidad de convocatoria que tiene el Consejo de Estado está demostrada de una manera seria y fehaciente.

Cuando se me planteó el tema de los retos para la implementación del código, mi pensamiento voló un poco más allá de la enunciación de los elementos expresamente señalados en el articulado. Por ello, permítanme intentar una panorámica general de este tema, sin que esto obste para abordar el punto concreto de la implementación de los sistemas paralelos de solución de la congestión y de los presupuestos para la entrada en operación de la Ley 1437 de 2011.

“Repensar la Jurisdicción Contencioso Administrativa” ha sido un proceso que ocupó durante los años 2007 a 2010 al Consejo de Estado, a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al Congreso de la República y al Poder ejecutivo.

Creo que es una experiencia muy importante, esta de la colaboración armónica entre los poderes, y de la participación profunda de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en las reformas que requiere la misma jurisdicción. Ya en los días de ayer y de antes de ayer se dijeron las causas por las cuales era necesario hacer una revisión a la jurisdicción, que llamamos en aquel momento, en el año 2007, “Repensar la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. Fenómenos como la creación o puesta en marcha de los juzgados administrativos, fenómenos como el de la federalización de la jurisprudencia, fenómenos como el crecimiento agigantado de las acciones constitucionales, entre ellas la tutela, condujeron, aunados a otros factores, a una congestión bastante crítica en la jurisdicción contencioso administrativa y en las demás también. Ésos temas condujeron a una reflexión muy profunda en el Consejo de Estado, en los Tribunales y en los juzgados que acababan de ponerse en marcha.



Y es así como después de muchos seminarios, de mucho debate, de mucha discusión interna, se señalaron unos objetivos para darle contenido a ese pensamiento de Repensar la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y esos objetivos están plasmados básicamente en 5 puntos:

- Primero: Adecuar el código contencioso administrativo a la constitución política, al estado social de derecho. En realidad el código de 1984 se había agotado en su concepción de la defensa de la legalidad, la cual quedaba en el nivel del derecho positivo cuyo único creador era el congreso de la República. La constitución cambia rotundamente esa concepción, y era necesario, después de 20 años de la Constitución Política, que el código asumiera las nuevas concepciones y concretamente la constitucionalización de la función administrativa.
- En segundo término el fortalecimiento de la función del Consejo de Estado como corporación de unificación de jurisprudencia. Ayer la doctora Ruth Stella Correa explicaba muy bien, como en la Jurisdicción Contenciosa, al ponerse en operación los jueces administrativos en 2006, las competencias que ejercían los Tribunales en primera instancia bajaron a los juzgados, quedando el Consejo de Estado sin facultades en muchos asuntos. Esto generó durante algunos años el fenómeno de la federalización de la jurisprudencia porque los procesos terminaban en los tribunales y no llegaban al estudio del Consejo de Estado. Cada distrito tenía, entonces, su propia jurisprudencia. De tal manera que había la necesidad de crear mecanismos para poder tener un Consejo de Estado que ya no era solamente de segunda instancia sino que debía resolver problemas de un calado superior para como unificador de la jurisprudencia.
- El tercer punto, la agilización de los procedimientos judiciales que acusaban y siguen acusando una obsolescencia grande frente a tendencias modernas de simplificación de procedimientos, de sistemas probatorios mucho más ágiles, de recortar mucho procedimiento inútil y hacer una reingeniería al código, incluyendo de alguna manera la oralidad.
- En cuarto término, definir unas soluciones de fondo para la congestión de los despachos y prevenir hacia el futuro que no vuelva ocurrir un fenómeno como el que estamos actualmente soportando.
- Y por último, adecuar el Código Contencioso Administrativo a las tecnologías informáticas.

Esta fue como la agenda que se propuso en aquel momento y que el Consejo de Estado inició con mucha seriedad, con mucha mística, en profundas reflexiones para poder tener un proyecto de Código Contencioso Administrativo que lograra estos objetivos.



Hace 3 años exactamente, en el mes de febrero del 2008, tuve el honor al final de mi mandato como presidente del Consejo de Estado, de instalar la Comisión Redactora del Nuevo Código Contencioso Administrativo que hoy nos tiene aquí en la fase muy importante de divulgación.

Dentro de ese contexto, y teniendo un producto que después de 3 años se ha decantado y que el Congreso de la República, con las modificaciones que surgieron en las cámaras, adoptó y el gobierno nacional sancionó, se nos presenta en este seminario el tema de, bueno y cuáles son los retos?. Y yo diría que ya tenemos unas orientaciones generales, pero que la implementación del código requiere una participación también de todos los estamentos sociales, políticos y jurisdiccionales.

1. Retos para la administración pública

En primer término hay que precisar que la administración pública debe comprometerse a cambiar profundamente para poder aplicar este código, porque da la sensación de que la única rama que no ha asumido e interiorizado el estado social de derecho ha sido la administración pública, ya que de alguna manera convirtió a los jueces en funcionarios obligados a resolver los problemas que debían solucionarse en sede administrativa. Y eso ya se ha dicho y muchas veces. Porque uno entiende que a veces la administración niegue un derecho, pero cuando la indecisión o la negativa sistemática de derechos es masiva como ocurre en asuntos tan sensibles como las pensiones de jubilación, en aspectos tan sensibles como la salud, en aspectos tan sensibles como los servicios públicos y las quejas por su mala prestación, por las tarifas, etc., los jueces terminan tomando las decisiones que debía tomar la administración pública.

Tal vez porque en el Código Contencioso Administrativo no aparecía la Constitución Política, ni los cambios en ella introducidos en 1991. Los derechos fundamentales, los derechos sociales y la administración como garante de esos derechos, por el contrario el nuevo código está impregnado de constitución desde el artículo 1 está impregnado de constitución, porque quisimos introducir eso para que se reflejara un cambio grande en la concepción que tiene la administración pública sobre el otorgamiento y el reconocimiento de derechos de las personas, de los ciudadanos, de los usuarios, y este es un gran reto que tiene la Administración Pública: tener que resolver las peticiones de las personas en sede administrativa, y para eso el nuevo código crea una serie de instrumentos que ya aquí se han dicho durante estos tres días.

La administración tiene que desarrollar una actitud de servicio y respeto frente a los usuarios de los servicios públicos. Para ello tiene herramientas muy importantes como son los principios constitucionales de la función administrativa, igualmente el mandato que toda solicitud a la administración, que toda actuación de la administración se considera realizada como derecho de petición, nos dice el código. También se



crean mecanismos para atender prioritariamente las solicitudes por derechos fundamentales. De otra parte, frente a la tendencia de la Administración Pública de negarse a acatar la jurisprudencia de los tribunales y de los jueces administrativos y del Consejo de Estado, se crea un mecanismo obligatorio, cual es acatar las jurisprudencias de unificación del consejo de estado. Con esto, tratamos de resolver el problema de rebeldía frente a las decisiones de los jueces, y es una norma que debe cumplirse. Por último, la posibilidad de extender la jurisprudencia a casos similares, que ya fue explicado, de modo que paso por encima.

De otra parte, la administración pública tiene que definir aquellos procedimientos que van a quedar vigentes después de que entre el código en vigencia el 2 de julio de 2012, porque hoy en día hay muchos procedimientos sueltos que casi que cada institución, entidad u organismo de la Administración Pública tiene su propio procedimiento. El procedimiento del código es común, es general, es prioritario, salvo que haya procedimientos creados por la ley o por decretos leyes que serían los únicos que permanecerían vigentes después de la entrada en vigencia del código. Y por último el fortalecimiento de la utilización de medios electrónicos. Eso en cuanto a la administración pública.

2. Retos para el Consejo de Estado con la puesta en marcha del código

En segundo término, yo creo que es un reto muy grande para mis colegas del Consejo de Estado. Así como en la elaboración del código participó con tanta seriedad todo el cuerpo de la Sala plena y la comisión especial que se nombró, al Consejo de Estado le toca liderar, orientar la implementación del nuevo código contencioso en asocio obviamente con el Consejo Superior de la Judicatura, porque estos procedimientos, todos estos procesos, como son la divulgación, la capacitación, etc., tienen que hacerse de manera conjunta. Entonces, aquí va a tener que jugar un papel muy importante el Consejo de Estado.

Igualmente, hay unos retos para la operatividad misma del Consejo de Estado, como flexibilizar sus procedimientos, que aparecen acá en el código y que va a tener que entrar a revisar como son los reglamentos de las salas especiales de decisión que están contempladas en el nuevo código, establecer su plan específico de descongestión que no es igual al plan de los juzgados o al plan de los Tribunales, expedir las sentencias de unificación que van a ser la columna vertebral de lo que se va a llamar la jurisprudencia obligatoria y producir las providencias de extensión jurisprudencial. Entonces el Consejo de Estado va a tener una gran tarea en la implementación del nuevo código.



3. Reto para jueces y magistrados

Los jueces y magistrados tendrán que hacer un reciclaje muy profundo de lo que hasta ahora se ha considerado como la función de ellos y que yo pienso tiene que enfocarse más a fortalecer tres o cuatro elementos muy importantes:

En primer término, la formación de nuestros jueces. Ella debe ser orientada con una actitud favorable y proactiva frente al proceso de cambio, entender el cambio, apropiarse del cambio para romper las costumbres, de alguna manera un poco burocráticas, que puede haber en algunos despachos judiciales. El nuevo código no va a soportar la burocracia porque está construido bajo unos procesos que son supremamente exigentes como ya se explicaba aquí por anteriores expositores.

En segundo término, la capacitación y actualización de nuestros jueces en el conocimiento del nuevo código, en el conocimiento de los nuevos poderes del juez y la capacitación en dirección y gestión de despachos judiciales.

Por último, el manejo de las audiencias cobra para mí una importancia muy grande, porque en la audiencia el juez tiene unos poderes de decisión muy grandes y es tomar decisiones en estrados. Nuestra costumbre ancestral es tomar decisiones en los despachos. Allí hay un cambio cualitativo, un cambio de mentalidad que aspiro que no vaya a trastornar a muchas personas. Aquí la escuela judicial tiene un reto para hacer esta tarea.

4. Retos para el Consejo Superior de la Judicatura

El Consejo Superior de la Judicatura de todas maneras va a ser también un gran protagonista en el cambio, ¿por qué? Porque así como decíamos del Consejo de Estado, al Consejo Superior de la Judicatura le toca orientar la transición al nuevo Código Contencioso en asocio con el Consejo de Estado. Tiene que cuantificar la implementación del Código, implementar esto en términos de costo, es una tarea grande. Ya sé que hay algunos grupos trabajando en esto de la cuantificación, hay que conseguir los recursos, gestionar el cumplimiento de las obligaciones presupuestales, y esa va a ser una tarea muy fuerte con el ejecutivo y con los señores congresistas que nos han apoyado siempre para obtener estos recursos.

Establecer y ejecutar los planes de formación, capacitación, entrenamiento y actualización de jueces y magistrados, empleados, etc.

Definir las nuevas necesidades de despachos judiciales, y diseñar y ejecutar el plan de choque de descongestión de acuerdo con el código.

Al respecto, lo que básicamente va a haber es un paralelo a partir del día 02 de julio del 2012. Va a haber un paralelo en donde un grupo de jueces no va a tener reparto



de ninguna especie porque va a ser llamado, dentro de un proyecto especial a descongestionar todos los negocios que hasta ese día estén en actividad. De esta manera, despachos nuevos o los despachos antiguos que se definan, entren con el nuevo procedimiento. Lo que viene de atrás se irá evacuando en los cuatro años que prevé la ley para eso, bajo unos criterios un poco diferentes de la concepción del despacho actual y esos criterios son basados en la ley 1285, que permite reagrupar negocios afines para resolverlos en forma más eficiente.

Otro grupo de jueces perfectamente entrenados iniciará la aplicación del nuevo código con sus despachos totalmente limpios y sometidos a un nuevo reparto desde el principio.

5. Retos a los Ministerios de Justicia y de Hacienda

Si el Ministerio de Hacienda y el Ministerio del Interior y de Justicia no tienen voluntad política, para contribuir en la implementación del nuevo código estamos destinados al fracaso. Sin voluntad política del gobierno no se puede hacer la implementación y financiamiento de la reforma, reglamentar el fondo de contingencias para el pago de sentencias y presentar al congreso de la república los proyectos para desarrollar asuntos que requieren de leyes. Como es el tema presupuestal.

6. Retos para el Sector privado

Acatar el deber de responder los derechos de petición, acuérdense que incluimos al sector privado.

7. Retos para los abogados

Cambio de conductas procesales (Lealtad Procesal, pruebas anticipadas, etc) y también capacitación sobre el nuevo código.

8. Retos para el Ministerio Público

Defensa del Patrimonio Público, Acción de Repetición y Solicitar la extensión jurisprudencial y la revisión eventual.



Un reto particular: la doble militancia como causal de anulación electoral

Por: Guillermo Rivera Flórez

Representante a la Cámara

Coordinador de ponentes en la Cámara de Representantes

Introducción

La ley 1437 de 2011 estableció en el numeral 8 del artículo 275, como causal de anulación electoral, la doble militancia política del candidato en el momento de su elección. Este numeral representa una novedad en el ordenamiento jurídico porque a pesar de que el acto legislativo 1 de 2003 incorporó la figura de la doble militancia a la Carta Política, y a su vez la sección 5 del Consejo de Estado había señalado desde el 9 de octubre de 2008,¹ que la doble militancia era causal de nulidad electoral, no había sido desarrollado legalmente un régimen sancionatorio aplicable a quienes infrinjan ese precepto constitucional.

Sin embargo hay un problema aún no resuelto, que a su vez representa un desafío normativo para el Congreso de la República y jurisprudencial para la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y es la dificultad para establecer con precisión en que momento y bajo cuales presupuestos se configura la doble militancia en el momento de la elección.

A continuación presentamos algunos comentarios sobre esta materia.

La doble militancia

La figura de la doble militancia subyace del concepto mismo de los Partidos Políticos.² *Max Weber los definía como: formas de socialización que, descansado en un reclutamiento formalmente libre, tienen por fin proporcionar poder a sus dirigentes dentro de su asociación y otorgar por este medio a sus miembros activos determinadas probabilidades ideales o materiales.*

- **1** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección quinta, consejero ponente: Mauricio Torres Cuervo, Bogotá, nueve (9) de octubre de dos mil ocho (2008) radicación número: 68001-23-15-000-2007-00644-01,
- **2** <http://www.buenastareas.com/ensayos/Sistemas-Electorales-y-Partidos-Politicos/1158452.html> consultado el 24 de mayo de 2011.



Esa coincidencia de ideas y propósitos acerca de la organización social y el modelo de Estado suponen la libre decisión de los ciudadanos de asociarse en una organización política que los representa a través de unos voceros que buscan el poder político para traducir esas ideas y propósitos en actos de gobierno. Por lo tanto resulta lógico que se exija, de los voceros o representantes de los partidos, unas lealtades mínimas a la organización y su plataforma.

Lo anterior puede ser el resultado de una actitud cultural de una determinada sociedad, pero puede suceder también que sean las reglas electorales quienes contribuyan a que la actividad política se desarrolle a través de organizaciones claramente identificadas en sus propósitos e ideales.

En el caso Colombiano, no obstante una centenaria tradición partidista, la actividad política se venía desarrollando en medio de un individualismo, o personalismo, que hacía compleja la gobernabilidad democrática.

Ese fue el diagnóstico que precipitó una iniciativa de reforma a la Constitución para privilegiar la interacción política a través de organizaciones en lugar de personas.

El acto legislativo 1 de 2003, en su artículo 1, incorpora una modificación al artículo 107 constitucional, en cuyo segundo inciso prescribe: “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica”.

La anterior prescripción, que a partir de su aprobación se ha conocido como la prohibición de la doble militancia, consagro también la limitación de los partidos políticos a inscribir un solo candidato a los cargos de elección uninominal y una sola lista en aquellos casos de elección de corporaciones públicas.

Frente a la figura de la doble militancia, el desafío es establecer con mayor precisión que se entiende por pertenecer a más de un partido político lo cual no es tan simple como pareciera porque a pesar de la tradición partidista colombiana, en las últimas décadas se ha informalizado la pertenencia a los partidos políticos, al punto de que las afiliaciones a ellos son un tema menor y el tránsito de un partido a otro es un asunto sin mayor trascendencia política. A pesar de lo anterior tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado han venido desarrollando jurisprudencialmente esta figura. La Corte Constitucional, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto, afirmó que con esta prohibición, lo que se busca es:

“...consolidar partidos y movimientos políticos fuertes, en el sentido de evitar que determinados ciudadanos puedan llegar a interferir indebidamente en el funcionamiento de una organización política a la cual verdaderamente no pertenecen, e igualmente, ejercer ciertos derechos estatutarios reservados a quienes si comparten una determinada ideología o programa político. Con todo, la Corte entiende que la prohi-



bición dirigida a todos los ciudadanos, de pertenecer simultáneamente a dos partidos o movimientos jurídicos con personería jurídica, no puede afectar de manera alguna, el libre ejercicio del derecho al sufragio”.³

La Corte Constitucional dice más:

“En efecto, las claras relaciones existentes entre los partidos políticos y la conformación y funcionamiento de los grupos parlamentarios explican el rechazo a la práctica del transfuguismo, entendido, en términos amplios, como una deslealtad democrática. En efecto, dicho fenómeno perverso, constante en partidos políticos latinoamericanos y que ha conducido a aquello que la doctrina denomina *“electoral volatility”*, denota en el elegido una falta de firmeza ideológica, debilidad de convicciones, exceso de pragmatismo y anteposición de intereses personales y egoístas sobre aquellos programas e ideario del partido político que lo llevó a ocupar un cargo de representación popular, y por supuesto, un fraude a los electores. Al respecto, Presno Linera explica que el transfuguismo consiste en que *“una persona, afiliada o no a una formación política, que ha concurrido a las elecciones en una candidatura y que luego se marcha a un Grupo Parlamentario distinto de aquel que es expresión de su candidatura electoral, pues está asegurada en los Reglamentos Parlamentarios la vinculación entre los Grupos y las mencionadas candidaturas”*.⁴

De acuerdo a esta providencia podría decirse que la Corte concluye que las consecuencias jurídicas para quienes transgredan la prohibición de la doble militancia, solo podrían ser predicables de quienes se hayan inscrito como candidatos, pues precisa, la propia Corte, que esta prohibición no puede afectar en manera alguna la libertad en el ejercicio del derecho al sufragio.

A su vez, la sección 5 del Consejo de Estado, el 9 de Octubre de 2008⁵ destaca que la doble militancia si es causal de nulidad electoral. Para explicarlo, asevera:

“Si con la declaración de elección de un candidato determinado se vulnera ese precepto constitucional (artículo 107), porque está suficientemente demostrada su doble militancia política, resulta innegable que el acto que así lo proclama está viciado de nulidad, y no porque el elegido esté incurso en una causal de inhabilidad, sino porque se estaría configurando la causal genérica de nulidad”

• **3** Sentencia C – 342 el 3 de mayo de 2006, Corte Constitucional, con ponencia de Humberto Antonio Sierra Porto

4 *ibidem*

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección quinta, consejero ponente: Mauricio Torres Cuervo, Bogotá, nueve (9) de octubre de dos mil ocho (2008) radicación número: 68001-23-15-000-2007-00644-01,



En este mismo pronunciamiento, es claro el Consejo de Estado al afirmar que el desconocimiento de esa negativa constitucional, es decir, militar en más de un partido o movimiento político, es necesaria solamente porque de esta manera se debe evitar la confusión ideológica y de intereses de quienes aspiren al poder político, a través de las urnas.

No obstante los desarrollos jurisprudenciales anteriores, persiste la ausencia de consenso acerca de que hechos precisos configurarían la doble militancia.

Los retos de la jurisdicción contencioso administrativa frente a la anulación electoral por doble militancia.

Como ya se señaló, aún antes de la expedición del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, la sección 5 del Consejo de Estado ya había establecido que la doble militancia era causal de nulidad electoral, sin embargo aún no existe consenso acerca de cuáles son los presupuestos fácticos para que se configure la doble militancia. Particular atención merecen los argumentos esbozados por la Magistrada María Nohemí Hernández Pinzón, en un salvamento de voto de una sentencia, que sobre una demanda de nulidad electoral, expidió la sección 5, y una aclaración de voto en sentencia de la sala plena de lo contencioso administrativo en la que se resuelven unas pretensiones de pérdida de investidura.

En la primera de ellas, el salvamento de voto estriba en la consideración de que el apoyo de un candidato de un partido político determinado a candidatos de otros partidos no es una decisión discrecional del mismo y que por el contrario hace parte del ámbito de decisiones que corresponden al partido y que en la medida en que el partido no haga una coalición cualquier apoyo a candidatos diferentes a los del propio partido configuraría doble militancia. Su apreciación sobre el alcance de la doble militancia, en este contexto, es del siguiente tenor:

“Dado que el tráfuga es la persona que con un cargo público no abandona éste al separarse del partido que lo presentó como candidato, no puede negarse que el militante de un partido político incurre en doble militancia política si formando parte de un partido político decide dar apoyo a las candidaturas inscritas por miembros de otros partidos o movimientos políticos, puesto que la calidad de candidato que le entregan los miembros de su partido es traicionada al emplear la imagen que le otorga su condición para favorecer aspiraciones políticas de quienes profesan distintas ideologías y por lo mismo tienen otros intereses”.⁶

• 6 Sección Quinta del Consejo de Estado. Salvamento de voto de la Magistrada María Nohemí Hernández Pinzón en la sentencia 13001-23-31-000-2007-00786-01. 13 de noviembre de 2008



En la aclaración de voto en la sala plena de lo contencioso administrativo, la magistrada Hernández Pinzón, va más allá y anota que tratándose de personas elegidas por voto popular la doble militancia no se resuelve solo con la renuncia al partido para ingresar a un nuevo partido y por el contrario debe renunciar a la curul. De hecho, así lo consagro posteriormente el acto legislativo 1 de 2009. Esta argumentación resulta coherente con el espíritu de la constitución en esta materia, a partir del año 2003, porque se procura una decisión electoral de los ciudadanos de acuerdo a las ideas de los partidos políticos que a su vez son promovidas y defendidas por sus representantes. Así las cosas, quien renuncia a un partido renuncia a sus ideas y traiciona a sus electores, quienes depositaron en él su confianza en consideración a los propósitos del partido en el que estaba inscrito como candidato.

“Es claro que tales ciudadanos, al estar ocupando esas dignidades, no lo hacen a título personal sino como miembros de un partido o movimiento político, es decir, asumen la representación de su colectividad y su actividad está regida por los principios y dictados del grupo que lo avaló.....sin duda, el miembro de un partido o movimiento político que ejerce una de esas dignidades, por el hecho de ser representante del pueblo, en particular de esa parte del pueblo que se ha asociado en torno a un partido o movimiento político, asume una serie de obligaciones políticas que no cesan por la simple manifestación de su renuncia a la colectividad”⁷.

Como ya se señaló atrás, esta tesis fue recogida en la reforma constitucional del año 2009 en la que se estableció que quien ostente una curul de una corporación pública, si aspira a transitar a otro partido para ser candidato de éste, deberá hacerlo un año antes de la siguiente elección y abandonando la curul.

En el Congreso de la República, en el mes de diciembre de 2010, se aprobó una nueva ley estatutaria de Partidos Políticos(092 de 2010 cámara – 190 de 2010 Senado), que de ser declarada exequible por la Corte Constitucional en el marco del examen de constitucionalidad que rige para las leyes estatutarias, incorporaría al ordenamiento jurídico figuras como la obligación de los partidos de llevar un registro de afiliados, reglas para la inscripción de candidatos de coalición y exigencias en materia de doble militancia que, además de los servidores públicos de elección popular, tienen alcance a los directivos de los partidos políticos.

Si al momento de la publicación de estas memorias, la Corte Constitucional, ha declarado exequible la nueva ley estatutaria de Partidos Políticos, será absolutamente claro que para formalizar una coalición de partidos deberán cumplirse unos requisitos determinados, de tal manera que no será posible una coalición simplemente adelantada por un candidato individualmente considerado, caso en el cual se configuraría doble militancia.

• 7 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Aclaración de voto de la Magistrada María Nohemí Hernández Pinzón. Sentencia 11001-03-15-000-2003-1314-01(pi)



Con todo, hay que decir que frente a esta causal de anulación electoral será muy útil la figura de la unificación jurisprudencial porque tratándose de una norma expresa –la doble militancia como causal de anulación electoral–, en un País en que a pesar de las normas constitucionales prevalece una cultura política personalista y no partidista, es posible prever que serán abundantes las solicitudes de anulación electoral por la causal objeto de estas páginas.

A modo de conclusión

Será de gran utilidad la labor que frente a esta figura desarrolle la jurisdicción de lo contencioso administrativo porque, sin duda, contribuirá a darle claridad a las reglas de un sistema electoral diseñado para privilegiar la interacción política entre organizaciones en lugar de personas. En una sociedad cuyas tribulaciones oscilan entre la violencia y la corrupción será determinante la existencia de partidos políticos serios, disciplinados y coherentes con sus ideas lo cual exige que sus voceros o representantes exhiban unas lealtades mínimas. En ese loable propósito resultó trascendente la inclusión como causal de anulación electoral la figura de la doble militancia en el nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo.

No podía, como nota de corolario, dejar de mencionar la manera armónica como entre el Honorable Consejo de Estado, el Gobierno Nacional y el Congreso de la República se avanzó en la discusión de los textos del nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Existieron diferencias, pero se tramitaron en un escenario de cordialidad democrática e institucional.



Los retos para la implementación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Por: Hector Helí Rojas Jiménez

Vicepresidente del Parlamento Andino
Coordinador de ponentes en el Senado de la República

El primer reto está en difundir la idea de que este Código no es solo para que los jueces lo apliquen, sino para que los administradores adecuen sus actuaciones a los preceptos del mismo.

El segundo, en que tanto jueces como administradores acepten que se constitucionalizó el derecho administrativo y que se constitucionalizaron los procedimientos, las actuaciones y las formas de comunicación del gobernante con los gobernados.

Un tercer reto es enseñarle a nuestros burócratas y a algunos de nuestros jueces, lo digo con muchísimo respeto, que en el nuevo Código hay una principalística constitucional: la imparcialidad, la igualdad, la prevalencia del interés general, etc., etc. son principios no solo para los jueces y los magistrados sino fundamentalmente para el administrador público que es quien ejerce la función pública.

Yo tengo un temor señores Magistrados, no sé si en las universidades están enseñando este nuevo derecho y esta nueva principalística, o si siguen aferrados a un duro positivismo que quiere resucitar por encima del avance de nuestra jurisprudencia de las Altas Cortes, que hoy es más constitucionalista, más humanística, más garantista y más fundada en los principios. En algunas universidades se habla de la oralidad como principio procesal, pero a nuestros alumnos les hacemos los exámenes escritos. Como no va a fracasar el sistema penal acusatorio, por ejemplo, si nuestros jueces y fiscales no saben exponer, ni saben argumentar en estrados, porque todavía piensan que es mejor elaborar escritos repitiendo citas, algunas veces de ellos mismos y haciendo transcripciones del expediente. Un gran reto es ir a las universidades a decir que el derecho se constitucionalizó, que los administrativistas que creían que el derecho administrativo era una rueda suelta que se explicaba por sí, y ante sí, quedó atrás, ese era el Código que de 1984 que estamos tratando de sustituir aquí.

Y para terminar otro reto, que ya lo dijo el Dr. Aponte, yo quisiera resaltar un documento que conocí de la Corporación Excelencia y la Justicia, la Dra. Gloria María Barrera, me lo envió, es un estudio excelente, pero que me deja pensando si tenemos o no bases de datos. Nuestro Consejo de la Judicatura no tiene estadísticas de cuántos procesos administrativos hay, en qué estado se encuentran esos procesos, ni de qué



clase son, y hoy día en el mundo moderno de la administración si no hay datos no hay como hacer planeación ni cómo desarrollar políticas públicas. Ese es un reto para el Consejo de la Judicatura que tiene los recursos, y la estructura suficiente para que urgentemente nos ayude a complementar ese estudio de Excelencia en la Justicia. Hay que completar los datos, porque sin ellos no vamos a poder planificar.

Por qué está fracasando el sistema penal acusatorio? Porque los jueces cuando ven que el delito fue anterior a julio del 2005, actúan como inquisitivos, a la manera del procedimiento inquisitivo y si les llega otro expediente de hechos posteriores a julio del 2005, el procedimiento es acusatorio, entonces ese mismo juez se cambia la toga y es un juez que entra a ser director de un proceso adversarial, todo lo contrario al inquisitivo. Pero también está fracasando el viejo sistema penal que esta también congestionado; por eso hemos querido que no entre este Código a regir para los procesos en curso o los que se inicien antes del 2 de julio del 2012, que para esos procesos haya un plan de descongestión que el Consejo de la Judicatura maneje como un fondo-cuenta con los recursos de que estamos hablando, de tal manera que el nuevo sistema sea para los procesos que se inicien después de julio del 2012, porque si no vamos a tener un Código que nace muerto por la misma congestión y no habremos hecho absolutamente nada, aparte de un preciosismo normativo y jurídico muy importante. Esto también es un desafío por cumplir.

Esos son los retos que yo quisiera señalar en esta discusión. Por qué está fracasando el sistema penal de adolescentes que diseñó el Congreso de la República? Muchos jueces, comisarios, defensores, la policía, los políticos, los Ministros, dicen que se dificulta enviar a los menores a la cárcel, que van y matan y toca soltarlos; no han entendido que se trata de un sistema para proteger al menor delincuente y no para castigarlo ni para meterlo a la cárcel, no han entendido que es un sistema de protección, de reeducación, de resocialización, de tratar de salvar a ese menor que ante todo es una víctima de la sociedad injusta que no le dio educación o medios para que no terminará por la vía del delito, y no se dan cuenta que en ese código introdujimos como principio rector el principio de oportunidad, para procurar siempre que el menor no vaya a proceso, pero aquí todos los meten presos, por qué? Porque no han entendido la filosofía de un sistema que está hecho no para encarcelar al adolescente sino para protegerlo. Dios quiera que con este Código Administrativo no pase lo mismo; ojalá que todos los jueces, pero especialmente todos los administradores, entiendan lo que dijo el Dr. Aponte, que sus actuaciones están sometidas a un nuevo sistema de justicia.

El ordenamiento jurídico hoy es más complejo del que manejaban antes los administradores públicos y los jueces de lo contencioso administrativo; hoy día, a cada caso, a cada situación jurídica, a cada actuación de la administración, se le debe aplicar la Constitución como norma suprema, pero también los tratados y los principios y los valores y el derecho de gentes como partes del bloque de constitucionalidad, y desde luego la Ley y el Reglamento, y fundamentalmente esa principalística que hace que el derecho sea más humano, más garantista y más expresión de un estado social de derecho y no de un simple estado de derecho.



Implementación del Nuevo Código. Retos y perspectivas

Por: Ricardo H. Monroy Church
Vicepresidente de la Sala Administrativa
Consejo Superior de la Judicatura

1. Introducción

En primer término permítanme expresar mi agradecimiento al Presidente del Consejo de Estado Dr. Mauricio Fajardo Gómez y al Coordinador Dr. William Zambrano Cetina por la invitación formulada a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a participar en este Seminario Internacional de presentación del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, así mismo manifestar nuestra congratulación y reconocimiento a los demás Magistrados del Consejo de Estado, en especial a los miembros de la Comisión de Reforma, a su asesores, y a la Jurisdicción Contenciosa toda por el aporte al fortalecimiento del Estado Social de Derecho que representa la expedición de este nuevo Código.

De la misma manera esta es la oportunidad y el escenario propicio para expresar también el reconocimiento al Congreso Nacional que con la expedición de esta nueva ley demuestra de manera fehaciente la capacidad de ejercicio de su competencia reservada por el Constituyente del 91 para expedir códigos y proscribir el otorgamiento de facultades extraordinarias para ello.

El compromiso del nuevo Gobierno con esta iniciativa legislativa del Consejo de Estado y con su implementación, completa la articulación de todas las ramas del poder público para avanzar en el fortalecimiento de la Administración Pública y del Poder Judicial y demostrará a la sociedad la legitimidad del trabajo armónico de nuestras instituciones democráticas, a las cuales se suman en este evento los organismos autónomos como la Banca Central, la Contraloría y la Auditoría.

El requerimiento de nuestras sociedades de una justicia independiente, legítima y oportuna, nos impone el mejoramiento del desempeño de los sistemas judiciales, y por ello Seminarios como el actual no sólo nos permite analizar la nueva regulación de la actuación administrativa y procesal, sino también reflexionar sobre el estado de la jurisdicción contenciosa, avizorar los retos que impone su implementación, proponer alternativas, mecanismos e instrumentos, apoyados en las distintas visiones e iniciativas que se erijan en soluciones a la problemáticas, así como propuestas ejecutables para asumir los nuevos retos que enfrenta la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el Poder Judicial todo.



El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo promulgado el pasado 18 de enero de 2011, es producto de un esfuerzo mancomunado liderado por el Consejo de Estado, con miras a garantizar la efectividad del derecho fundamental de Acceso a la Administración de Justicia, cuyo contenido en los términos definidos por la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, comprende:

*“(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 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.”¹

(...) el derecho a recibir un tratamiento igualitario por parte de los jueces y tribunales ante situaciones similares”.²

Esta anhelada propuesta de reforma integral al Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto 01 de 1984 expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias, modificado y complementado por normas posteriores, empezó a concretarse con la expedición del Decreto 4820 del 14 de diciembre del año 2007, mediante el cual el Gobierno Nacional creó la Comisión para la Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La Sala Administrativa como miembro de la comisión de reforma así integrada, tuvo la oportunidad histórica de participar en este proceso de reforma, consciente de la importancia que para el país representa contar con una normativa y una jurisdicción contenciosa acordes con las instituciones y principios de la Carta Política de 1991 y fortalecida para afrontar fenómenos como el de la globalización de la justicia, la protección efectiva de los derechos y garantías, individuales y colectivos, entre ellos el de la realización de actividades económicas que garanticen la productividad, la com-

• **1** Corte Constitucional. Sentencia C-227 de 2009.

2 Corte Constitucional. Sentencia C-104 de 1993.



petitividad y el acceso a los beneficios del desarrollo a todos los sectores sociales, la aplicación del ordenamiento jurídico en condiciones de seguridad jurídica e igualdad para todos los administrados y usuarios de la administración de justicia, garantizando decisiones judiciales uniformes, implementando la oralidad en el proceso e incorporando las tecnologías de la información.

Las reformas que en estos temas introdujo el nuevo Código nos sitúan en un escenario en el que es necesario redoblar los esfuerzos que mancomunadamente ha venido realizando todo el Poder Judicial, tanto la Jurisdicción Contenciosa como la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura en el mejoramiento a la gestión judicial en cada una de sus niveles y para ello debemos identificar los grandes retos o desafíos de esta transformación integral, concentrados en las siguientes áreas o materias:

- a) Diseño y desarrollo de herramientas que reivindiquen material y concretamente el papel que tanto la Ley 1395 de 2010³, como la Ley 1437 de 2011⁴ le están reconociendo a la jurisprudencia como garante del principio de igualdad y de la seguridad jurídica en nuestro Estado Social de Derecho.
- b) Capacitación de los funcionarios y empleados de la Jurisdicción, divulgación y estudio del nuevo Código, así como la formación y preparación de los servidores judiciales en los retos que impone el sistema oral.
- c) Descongestión Judicial. Diseño e implementación del Plan Especial de Descongestión, su armonización con el Plan Nacional de Descongestión contenido en la Ley 1285 de 2010 que facilite el proceso de transición hacia la oralidad,
- d) Implementación de tecnologías de la información –notificación electrónica y firma digital-.
- e) Adecuación de la infraestructura física que exige el sistema oral.

Dicha perspectiva nos impone metodológicamente la necesidad de establecer el estado de la jurisdicción contenciosa, precisar su diagnóstico, la demanda de justicia, la composición de la carga laboral por niveles en la jurisdicción, los tiempos de evacuación parcial y total, los modelos de gestión y muchas otras materias, de manera que las

- **3 LEY 1395 DE 2010. ARTÍCULO 115.** Facúltase 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 4o de la Ley 169 de 1896, **puedan 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.**

4 Ley 1437 de 2011. Artículo 103.- “En virtud del principio de igualdad, todo cambio de jurisprudencia sobre el alcance y contenido de la norma, debe ser expresa y suficientemente explicado y motivado en la providencia que lo contenga.”.



tareas y actuaciones que se planteen para la implementación del Nuevo Código, inicien sobre una base objetiva y cierta, que garantice el éxito de toda la gestión hacia el futuro.

Por ello, permítanme brevemente hacer referencia al proceso de evolución que ha tenido la jurisdicción y a su estado actual.

2. Evolución y estado de la jurisdicción contenciosa administrativa

La Constitución Política de 1991, sin duda introdujo un muy importante avance en materia de derechos y de instrumentos para su protección, que en un alto índice son competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que se tradujo en un progresivo aumento en la demanda de justicia ante esta jurisdicción, que ya no es sólo responsable de la resolución de las causas ordinarias, entendidas por éstas, de manera muy general, las controversias que se originan en las actuaciones de las entidades públicas, sino también en la atención de las acciones constitucionales de tutela, de grupo, de cumplimiento y las populares.

Este incremento en la carga laboral ha sido considerado por el Consejo Superior de la Judicatura desde años atrás, cuando fueron creadas cinco salas zonales de descongestión en Bogotá, Medellín, Barranquilla, Cali y Bucaramanga en el año 2000. Sin embargo estas medidas han sido objeto de modificaciones producto de la evaluación que se hace de sus resultados, que cada vez son mejores, destacándose por ejemplo el incremento en la productividad del año 2004 que fue superior en 4.905 procesos fallados en relación con el 2003.

La implementación de los juzgados administrativos, que trajo consigo un incremento del 93% en la planta de personal de la jurisdicción contenciosa, ha significado un importante avance en materia de acceso a la administración de justicia, a pesar que recibieron una alta carga laboral, producto de las competencias legales y del número de despachos que pudieron crearse con el presupuesto asignado por el Gobierno Nacional.

Cabe destacar que los Juzgados Administrativos entraron a afianzar la participación ciudadana, a través de su acercamiento al ciudadano en los 39 circuitos judiciales, lo que naturalmente derivó en un aumento de la demanda de justicia contenciosa que se evidencia de pasar en el año 2005 de tener 88.543 procesos a 150.450 en el año 2007.

Por ello, desde el año 2008 se han venido redoblando esfuerzos mediante múltiples medidas de descongestión, que se evidencian incluso desde el incremento de las partidas presupuestales distribuidas, que pasaron de \$1.644 millones del año 2007 a \$6.092 millones en el 2008; a \$20.500 millones en el 2009 y a \$ 24.000 millones en el 2010, invertidas tanto en juzgados, como en tribunales y en el Consejo de Estado. Para



este año, se tiene presupuestada una distribución de recursos del orden de los **\$30.000 millones**, que será posteriormente ajustada en la implementación del nuevo Código.

Lo anterior se ha traducido en un incremento de la productividad, superior en un 23.4% del 2009 frente al 2008, con un índice de evacuación del 103%, que significa que de cada 100 procesos que ingresaron durante el 2009, fueron desacumulados 3 del inventario histórico.

En el año 2010 también se reportan resultados satisfactorios, como se destaca por ejemplo el índice de evacuación parcial de los juzgados administrativos que alcanza un 107%, que se traduce en que de 100 procesos que ingresan, además de ser atendidos, se resolvieron 7 del inventario histórico.

Para ilustrar cuál ha sido la evolución de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es necesario revisar cómo se ha incrementado la demanda de justicia desde el año de 1994 al 2009, que equivale al 634% al pasar de 24.102 a 176.839.

De otra parte, la serie que se presenta a continuación permite comparar la demanda de justicia en la Jurisdicción que se incrementó en un 634%, los ingresos, los egresos y la evolución del índice de evacuación parcial.

Contencioso-administrativa			
Año	Ingresos	Egresos	IEP
1.994	24.102	17.190	71%
1.995	26.181	21.711	83%
1.996	31.692	24.865	78%
1.997	25.552	20.066	79%
1.998	33.880	28.226	83%
1.999	45.913	32.261	70%
2.000	43.796	33.217	76%
2.001	54.393	36.838	68%
2.002	56.377	47.383	84%
2.003	53.157	46.052	87%
2.004	67.461	62.769	93%
2.005	84.219	72.138	86%
2.006	62.126	147.311	237%
2.007	153.095	132.067	86%
2.008	162.539	142.091	87%
2.009	176.839	182.136	103%
2.010*	162.174	160.626	99%

Desde el año 2009 incluye altas cortes

***Información a 30 de septiembre**



Es así como desde la Sala Administrativa se han estudiado y generado acciones concretas frente a la congestión, tendientes a alivianar la carga laboral a todos los niveles de la jurisdicción contencioso administrativa, cuyos resultados positivos, en particular desde el 2008, son el reflejo de una clara política de participación y planeación que se ha gestado conjuntamente con los funcionarios y servidores judiciales en la que ha estado empeñada la Sala Administrativa para el diseño de las medidas de descongestión, en foros como el realizado en la ciudad de Santa Marta en el 2008 cuando se celebró el Primer Conversatorio Nacional sobre Estrategias, Mecanismos de Descongestión y Buenas Prácticas Judiciales, experiencia que ha sido replicada mediante mesas de trabajo y en el Segundo Conversatorio de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en 2010, donde se analizaron y evaluaron los resultados de las medidas de descongestión.

Los resultados positivos obtenidos con estas medidas han logrado atender el aumento de la demanda de justicia y aminorar el impacto de dicho incremento, pues de lo contrario, nos encontraríamos con mayores niveles de acumulación de procesos y por lo tanto un mayor inventario en la jurisdicción.

3. Retos para la jurisdicción contencioso administrativa

Expuesta así brevemente la evolución y estado de la jurisdicción, debemos partir de allí para redoblar los esfuerzos con miras a la implementación de la reforma normativa contenida en la Ley 1437 de 2011 que permitan ponerla en marcha, esfuerzos que deben orientarse o enfocarse principalmente a los siguientes objetivos:

I) Aplicación de los nuevos instrumentos tendientes al respeto a la jurisprudencia

Las nuevas instituciones de las sentencias de unificación de la jurisprudencia y de su extensión a terceros – arts. 269, 270 y 271 -, la motivación de los cambios jurisprudenciales – art. 103-, así como la decisión por los jueces sin tener en cuenta el turno cuando exista precedente jurisprudencial previsto en la ley 1395 de 2010 – art 115 -, imponen a la Judicatura el reto de la divulgación y conocimiento de la jurisprudencia, y la construcción de líneas jurisprudenciales que contribuyan a la seguridad jurídica, tanto para las propias autoridades judiciales como para la sociedad en general.

Particularmente en relación con la publicidad y las comunicaciones es importante señalar que se han perfeccionado sistemas de información y divulgación de los servicios que brinda la Rama Judicial, a través de la pagina WEB, entre los que se encuen-



tran las consultas dinámicas de jurisprudencia y la consulta de los procesos que cursan en la mayoría de los despachos judiciales, entre otros

También se han hecho importantes gestiones para el fortalecimiento de la red de bibliotecas especialmente mediante la entrega de computadores, impresoras y lectores de código de barras para garantizar el pleno acceso a la información doctrinaria y normativa para consulta de magistrados, jueces y demás servidores judiciales.

Es importante mencionar la implementación de un novedoso aplicativo de carga de jurisprudencia y conceptos en la relatoría del Consejo de Estado, con información compilada de más de 90 años (1915-2009), el cual minimiza en forma considerable los tiempos de acceso a la jurisprudencia vigente, tanto entre los operadores judiciales como entre los propios ciudadanos.

Actualmente la Rama Judicial cuenta con la jurisprudencia digitalizada de la totalidad de las Altas Cortes y avanza el sistema Nacional de Relatorías y Bibliotecas.

Retos en materia de construcción de líneas jurisprudenciales GTZ - BID

Teniendo en cuenta, que el respeto a las decisiones judiciales como manifestación del Estado de Derecho y de la seguridad jurídica, requiere de instrumentos y herramientas técnicas de apoyo a la gestión judicial, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura ha venido trabajando con la Agencia de Cooperación Alemana GTZ, hoy GIZ en la estructuración de un proyecto para la construcción de una metodología para construcción de líneas jurisprudenciales.

Es así como el, 24 de agosto de 2010 se suscribió con dicha agencia de Cooperación el memorando de entendimiento que tiene por objeto la construcción de una metodología jurídica en materia de líneas jurisprudenciales, con énfasis en el Consejo de Estado a partir la de al cual se garantice el derecho a la igualdad y la seguridad jurídica de los administrados.

El producto de este esfuerzo de cooperación internacional, será plenamente aprovechado en la ejecución del proyecto de Fortalecimiento a los Servicios de Justicia representado en recursos de crédito con la Banca Multilateral, particularmente con el Banco Interamericano de Desarrollo en lo que hace relación a las Altas Cortes, con lo cual contamos con 21 millones de dólares para el diseño de modelos de gestión que incluyen la implementación de líneas jurisprudenciales, incorporación de tecnología, adecuación de espacios físicos y comunicaciones con la ciudadanía.



II) Avances y retos en materia de formación por conducto de la escuela judicial

La Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, la segunda en Iberoamérica, tiene la experiencia y la capacidad para diseñar las herramientas necesarias para acometer las actividades de capacitación necesarias para lograr el cambio cultural que requiere la organización en materia de oralidad.

En efecto, con base en la experiencia obtenida en la implementación de la oralidad laboral y penal, se están estructurando las actividades de formación de funcionarios judiciales y empleados con el fin de impulsar la cultura de la oralidad, que impone al Juez nuevos retos en la dirección del proceso.

Tomando la experiencia de implementación de oralidad en la jurisdicción laboral, es preciso señalar que ésta sólo funciona, si simultáneamente se satisfacen los principios de publicidad y de inmediación se adoptan medidas integrales, tales como una capacitación vigorosa y con cobertura total a jueces, magistrados, empleados judiciales y abogados, para lo cual se tienen los espacios dentro del Plan de Formación Judicial del año 2011 para ser desarrollados en coordinación con la jurisdicción contenciosa.

III) Composición de la demanda en la jurisdicción contencioso administrativa

Con miras a la implementación del Código y a la descongestión, es fundamental establecer con claridad las características de la demanda de justicia, la composición de la carga laboral por niveles en la jurisdicción, los tiempos de evacuación parcial y total, los modelos de gestión, de manera que podamos contar con insumos e instrumentos para la toma de decisiones en materia de descongestión judicial, implementación de las mejores prácticas y en general, para la implementación de la totalidad del Código.

En efecto, la consagración del criterio material que hace que la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conozca de 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 y la aplicación en algunos casos del criterio orgánico –procesos de los relativos a la seguridad social de los servidores públicos cuando dicho régimen esté administrado por una persona de derecho público-, entre otros, afectan la demanda de justicia y por lo tanto, requerirán del análisis frente a la creciente curva de demanda en esta jurisdicción.

Debemos informar también que ya se han adelantado conversaciones con organismos de cooperación para la identificación de la demanda y composición de la carga de la jurisdicción, que servirá de base al plan de descongestión.



IV) Implementación de las tecnologías de la información.

La Ley 1437 de 2011, contempla la notificación a través de medios electrónicos, la cual habrá de incorporarse al Plan de Modernización Tecnológica que viene implementando la Administración Judicial y con la puesta en operación de experiencias piloto, como se tuvo oportunidad de analizar en el Conversatorio realizado en el pasado mes de agosto con la jurisdicción.

Sobre estas experiencias piloto en materia de introducción de nuevas tecnologías de la información, la Sala Administrativa está trabajando con la Sala de Consulta y Servicio Civil para la implementación del sistema de firma digital, mediante las cuales se aseguran informática y jurídicamente las comunicaciones entre el Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil y sus interlocutores –entidades gubernamentales y usuarios internos.

Objetivos específicos

Agregar las siguientes garantías de seguridad informática y jurídica a las comunicaciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado:

- o Confidencialidad: solo aquellas personas con autorización contarán con los elementos necesarios para conocer el contenido de la comunicación.
- o Autenticidad: los interlocutores de dicha comunicación podrán identificar claramente el originario de la misma.
- o Integridad: los interlocutores de dicha comunicación se enterarán, en el momento de su lectura, si esta ha sido alterada.
- o No repudiación: el originario de dicha comunicación no tendrá elementos posibles para negar haberla originado.
- o Certeza del momento de su transmisión.
- o Evitar que existan copias no aseguradas de las comunicaciones entre el Consejo de Estado - Sala de Consulta y sus interlocutores.

En consecuencia, con esta solución tecnológica se garantiza la confiabilidad y seguridad tanto en la fase de recepción de las consultas que se formulen ante esta Sala, como la de las fases de preparación, trámite y respuesta de las mismas.

Las pruebas piloto de esta primera experiencia en la jurisdicción se realizarán con miras a que en este primer trimestre esta Sala cuente con el sistema de firma digital para el trámite de los asuntos de su competencia y para ello la Sala Administrativa realizará los convenios con las entidades públicas que participarán en esta primera etapa.



Cabe señalar que el proyecto de firma digital y notificación electrónica para la totalidad del Consejo de Estado, como también para la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y la Sala Disciplinaria del Consejo Superior, contará con recursos de la Banca Multilateral, particularmente del BID..

V) Avances y retos en materia de infraestructura física de los juzgados administrativos – caso de Bogotá D. C.

La expedición del Código impone también la adaptación de los planes de infraestructura física, tanto por la redefinición de los modelos de gestión, composición de los despachos de la jurisdicción, como por la dotación de salas de audiencias necesarias para la oralidad.

La Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, con el fin de dotar a los juzgados administrativos de Bogotá de una sede judicial y de las Salas de Audiencia necesarias para la implementación de la oralidad, desde el año 2008, ha venido trabajando en este proyecto.

Es así como la Rama Judicial participó en el proceso de licitación pública que para la venta del inmueble ubicado en el centro administrativo CAN, realizó el Instituto de Seguro Social, el cual culminó con la adjudicación del inmueble en el mes de octubre del año 2009 y la firma de la escritura pública de compraventa, el 3 de agosto de 2010 por un valor de \$12.545.655 mil pesos.

Este proyecto se encuentra actualmente en etapa de diseño y, para su adecuación se cuenta con una apropiación de \$16.000.000.000 de pesos en el presupuesto de la presente vigencia fiscal.

Por su parte, es importante mencionar que en desarrollo de los retos que a su vez se plantearon en la Ley 1395 de 2010, en materia de descongestión y oralidad en esta jurisdicción se cuenta en el presupuesto del 2011, una partida para la adecuación de salas de audiencia. (\$1000 millones).⁵

- **5** Ley 1395 de 2010. 72.- Sentencia Oral. 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 sentencia.”.



Cabe señalar que la incorporación de la oralidad en las Altas Cortes, se apoyará también en el proyecto de Fortalecimiento a los Servicios de Justicia financiado con recursos del contrato de crédito BID.

VI) Retos en materia de descongestión.

En esta materia es necesario señalar el artículo 304 del C.C.A. -Ley 1437 de 2011- prevé que dentro del año siguiente contado a partir de la promulgación del Código Contencioso Administrativo, el Consejo Superior de la Judicatura con la participación del Consejo de Estado, preparará y adoptará entre otras medidas transitorias un plan especial de descongestión cuyo objetivo es el de llevar hasta su terminación todos los procesos judiciales promovidos antes de la entrada en vigencia la presente ley y que se encuentren acumulados en los juzgados, tribunales y Consejo de Estado.

El plan especial de descongestión que facilitará la transición a la oralidad en lo Contencioso, se concibió en el Código en dos fases, en las cuales se determinaron una serie de actividades a desarrollar, a saber:

“1. Fase de diagnóstico.(...) En ella se realizarán las siguientes tareas:

- a) **Inventario real de los procesos acumulados en cada despacho.***
- b) **Clasificación técnica de los procesos** que cursan en cada despacho, aplicando metodologías de clasificación por especialidad, afinidad temática, cuantías, estado del trámite procesal, entre otras.*
- c) **Inventario clasificado de los procesos que cursan en cada circuito, distrito y acumulado nacional.***
- d) **Costeo y elaboración del presupuesto** especial para el plan especial de descongestión.*
- e) **Análisis del mapa real de congestión** y definición de las estrategias y medidas a tomar con base en los recursos humanos, financieros y de infraestructura física y tecnológica disponibles.*
- f) **Determinación de los despachos especiales** que tendrán a su cargo el Plan de Descongestión.*

***“2. Fase de ejecución.** En ella se realizarán al menos las siguientes labores:*

- a. **Capacitación de los funcionarios** y empleados participantes.*



- b. Entrega de los procesos clasificados a evacuar por cada despacho y señala*
- c. **Publicación y divulgación del plan** a la comunidad y a todos los estamentos interesados.*
- d. Coordinación, seguimiento y control de la ejecución del plan.”*

Si bien la ley consigna una serie de tareas o actividades que efectivamente son necesarias para determinar las medidas a adoptar prontamente e implementar dentro del plazo perentorio de cuatro (4) años fijado por el Código, es necesario poner de presente que las experiencias probadas de los planes de descongestión ejecutados, su información base y los instrumentos de evaluación de resultados, serán de gran utilidad para el avance en la mayoría de los frentes que se requieren avocar para que las transformaciones que introduce la reforma se concreten en el corto y mediano plazo.

Todo ello implica la gestión administrativa del aparato judicial y el indispensable apalancamiento financiero y presupuestal de la implementación de la descongestión y el nuevo Código, la cual es un tarea que hemos ya emprendido, junto con la elaboración del Plan Sectorial de la Administración de Justicia que se incorpora al Plan Nacional de Desarrollo que será presentado por el Gobierno Nacional al Congreso en las próximas semanas, cuyo complemento y comprensión se inicia por Seminarios como el presente que bajo el supuesto del conocimiento de los retos que debemos enfrentar todos como sociedad.