



100 Años Jurisdicción Contencioso Administrativa



Coordinación Editorial

Martha Teresa Briceño de Valencia

Fotografía

Maritza Rojas Lagos

Editor

Oficina de Prensa Consejo de Estado

Diseño y Diagramación

Hernán Alejandro Carreño Pinzón

Foto Portada

José Luis Cubillos

Impreso y Encuadernado por

Carvajal Soluciones de Comunicación S.A.S.

Oficina de Comunicaciones y Prensa

Consejo de Estado

Palacio de Justicia

Calle 12 No. 7-65

350 6700 Ext. 2117 - 2118

consejoestadoprensa@gmail.com

Agradecimientos

Oficina de Prensa Fiscalía General de la Nación

El Espectador y Colprensa

Las opiniones expresadas en esta publicación son responsabilidad exclusiva de sus autores y no comprometen la posición del Consejo de Estado como Corporación.

Consejo de Estado

Presidente

María Claudia Rojas Lasso

Vicepresidente

Martha Teresa Briceño de Valencia

Sección Primera

María Elizabeth García
González

María Claudia Rojas Lasso
Guillermo Vargas Ayala
Marco Antonio Velilla Moreno

Sección Segunda

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

Sección Tercera

Stella Conto Díaz del Castillo
Olga Mérida Valle de De la Hoz

Hernán Andrade Rincón
Enrique Gil Botero
Ramiro Pazos Guerrero
Danilo Rojas Betancourth
Jaime Orlando Santofimio
Gamboa
Alberto Zambrano Barrera

Sección Cuarta

Martha Teresa Briceño de
Valencia
Carmen Teresa Ortiz
Hugo Fernando Bastidas
Bárcenas
Jorge Octavio Ramírez Ramírez

Sección Quinta

Lucy Jeannette Bermúdez
Bermúdez
Susana Buitrago Valencia
Alberto Yepes Barreiro

Sala de Consulta y Servicio Civil

Germán Bula Escobar
Augusto Hernández Becerra
Álvaro Namén Vargas
William Zambrano Cetina



Tabla de Contenido

Presentación	
Pilares de una justicia al día Miguel Alfredo Ledesma Chavarro	7
La procedencia de la repetición frente al pago parcial Hernán Andrade Rincón	8
El mecanismo de extensión de jurisprudencia Experiencias de aplicación en la Sección Segunda del Consejo de Estado Gerardo Arenas Monsalve	14
Los jueces que gobiernan y los jueces que legislan Los nuevos papeles del juez de lo contencioso administrativo Hugo Fernando Bastidas Bárcenas	21
Intervención de terceros en el proceso electoral Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez	27
La vigencia del Código General del Proceso en los procesos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo Martha Teresa Briceño de Valencia	34
Derecho electoral: guardián de la democracia y pilar del Estado Social de Derecho Susana Buitrago Valencia	42
El juramento estimatorio, o la eficacia del principio constitucional de la buena fe en el servicio público de la justicia Germán Alberto Bula Escobar	48
El objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo Enrique Gil Botero	53
Los medios de prueba electrónicos Álvaro Namén Vargas	65
La Ley 1437 de 2011 y el régimen especial de las “acciones constitucionales”: una armonización puntual a partir de algunos desarrollos jurisprudenciales Ramiro Pazos Guerrero	78

Tabla de Contenido

Las nulidades procesales Jorge Octavio Ramírez Ramírez	91
Extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia: avanza la aplicación y el debate Danilo Rojas Betancourth	101
Del control constitucional a cargo del Consejo de Estado María Claudia Rojas Lasso	111
Acceso a la administración de justicia e independencia del juez contencioso administrativo en el conflicto armado interno Jaime Orlando Santofimio Gamboa	123
Medios de control de la Ley 1437 y diferencias con el concepto de acciones del Decreto 01 de 1984 Olga Mérida Valle de De la Hoz	132
La oferta de revocatoria Guillermo Vargas Ayala	139
Procesos judiciales y medio ambiente La protección del Río Bogotá pasa por una renovación institucional y un repensar la estrategia común de saneamiento de esa cuenca en su integridad Marco Antonio Velilla	150
El principio de moralidad en el ejercicio de la función administrativa - electoral Alberto Yepes Barreiro	161
Comentarios sobre los recursos ordinarios contra providencias judiciales en la Ley 1437 de 2011 Carlos Alberto Zambrano Barrera	170
La protección de derechos en sede administrativa y la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa William Zambrano Cetina	180



PRESENTACIÓN

Pilares de una justicia al día

por: **Miguel Alfredo Ledesma Chavarro**¹

El reclamo público por una justicia al día debe orientar la mirada hacia los principales pilares de una política pública que debe emprenderse dentro del Gobierno Nacional, por una parte y, por la otra, al interior de la administración de justicia en general y de la justicia contencioso administrativa en particular. En efecto, la congestión que acusa la Rama Judicial se debe a varias causas, entre ellas el aumento de la población y con ello la creciente demanda de justicia por razón del surgimiento de nuevos conflictos, el incremento poco proporcional de operadores judiciales y de colaboradores, o la injusticia social que provoca reclamos de la ciudadanía frente al menoscabo de sus derechos por la administración pública, etc.

Desde el pilar de la administración, podría contribuirse a evitar la congestión judicial si se adopta como política, el cumplimiento por parte de algunos de sus agentes de las obligaciones a cargo de los entes estatales, concediendo los derechos ciudadanos sin más trámite que los reglados en las normas legales, a efecto de que no sea necesario acudir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a hacer valer las prerrogativas que la Constitución Política, la ley y los reglamentos otorgan a los particulares o a la misma administración en algunos casos.

Lo anterior significa que no son las sentencias condenatorias que profiere la justicia contencioso administrativa en contra del Estado, las que cercenan las arcas públicas, sino más bien son ciertas actitudes negativas de algunos agentes de la administración, las que a veces propician tal estado de cosas en perjuicio, al final, de la misma comunidad, que a la postre es la llamada a sufragar los costos de una administración indolente que no cumple con sus deberes.

Ahora bien, el otro pilar lo constituiría la posibilidad de colocar en marcha el **Plan de Justicia Digital**, como lo denomina el Código General del Proceso (art. 122), acorde con lo reglado en el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (art. 305-4-5), puesto que los beneficios robustecen el intento por una justicia al día, que es el deseo de Magistrados, Jueces y Empleados de lo contencioso administrativo que vienen cumpliendo una tarea titánica encaminada a generar los espacios adecuados y requiriendo los recursos financieros para la obtención de ese noble propósito, con una infraestructura idónea.

Con la implementación de dicho Plan se logrará, además de una justicia pronta y ágil, minimizar la utilización de papel que en una justicia escritural constituye una afrenta para el sistema ecológico orbital. Así por ejemplo, en países como México es una realidad el proceso y expediente digitales, con los mejores resultados en cuanto a la protección del ambiente, y en razón a la disminución de costes y de tiempo en el trámite procesal, logrando el cumplimiento de caros principios como los de economía, celeridad y eficacia, todo ello a favor de los usuarios de la justicia.

En la Fundación Tribuna Jurídica, en nuestra condición de población civil que apoya al Sector Justicia y el Estudio del Derecho, tenemos la esperanza que los anunciados pilares se constituyan en una realidad, para que junto con la intervención estatal de los demás factores implicados en la congestión, se logre la ansiada justicia al día. Por ello, nada más oportuno que visibilizar ese anhelo dentro del marco del XX Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que se adelanta en la Heroica Ciudad de Cartagena (septiembre, 2014), evento que con gran esfuerzo y abnegación organiza la Vicepresidencia del Consejo de Estado, doctora Martha Teresa Briceño de Valencia. ■

¹ Miguel Alfredo Ledesma Chavarro: Director Académico (ad honorem) Fundación Tribuna Jurídica. Abogado (U. Santiago de Cali); Maestría en Políticas Públicas (U. del Valle); Especializaciones en Derecho Penal y Criminología (U. Libre, Cali) y Casación Penal (U. La Gran Colombia, Bogotá); Exfiscal Seccional y Excoordinador de Unidad de Fiscalía; Exprocurador Judicial Delegado en lo Penal II, Cali, y actual Notario Primero de Guadalajara de Buga. Docente Universitario y escritor jurídico.



La procedencia de la repetición frente al pago parcial

por: **Hernán Andrade Rincón**
Consejero de Estado, Sección Tercera

Como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la acción de repetición¹ se constituye como

un mecanismo en cabeza de la administración pública que tiene como propósito permitir el reintegro de los dineros que, como consecuencia de una conducta dolosa o gravemente culposa de un funcionario o ex servidor público, hayan salido del patrimonio estatal para el reconocimiento de una indemnización, proveniente de una condena,

¹ Así la denomina la Ley 678 de 2001, por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, mientras que, bajo una óptica distinta, la Ley 1437 de 2011 consagra la repetición como un medio de control.

conciliación u otra forma de terminación de un conflicto².

El inciso segundo del artículo 90 de la Constitución Política consagró esta figura al indicar 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”*.

En virtud de tal mandato constitucional, el legislador desarrolló la institución de la acción de repetición y la consagró en un solo cuerpo normativo mediante la expedición de la Ley 678 del 3 de agosto de 2001, en la cual se definieron aspectos sustanciales de tal mecanismo judicial, dentro de los cuales se encuentran: su objeto, la noción, las finalidades, el deber de su ejercicio, los presupuestos para hacerlo y sus especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales se califica la conducta del agente. Consagró, además, algunas presunciones legales con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso³.

En cuanto a los aspectos procesales, se regularon aspectos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, término de caducidad para formular la demanda, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y

² En este sentido se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias proferidas por las diferentes Subsecciones de la Sección Tercera: Subsección A, sentencia de 8 de junio de 2011, Radicación número: 19001-23-31-000-1998-05110-01(20328); Subsección C, sentencia de 30 de enero de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-2005-11423-01(41281); Subsección B, sentencia de 28 de febrero de 2013, Radicación número: 13001-03-26-000-2002-00051-01(23670); Subsección A, sentencia de 19 de abril de 2013, Radicación número: 11001-03-26-000-2012-00053-00(44866); Subsección C, sentencia de 24 de octubre de 2013, Radicación número: 11001-03-26-000-2001-00051-01(21326).

³ En este sentido se tienen las presunciones de dolo y culpa grave consagradas en los artículos 5 y 6 de la Ley en comento.

determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares en el proceso⁴.

Con posterioridad, a través de la Ley 1437 de 2011, se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que en su artículo 142 instituyó la repetición como un medio de control, en los siguientes términos:

“Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño”.

1. El pago como uno de los presupuestos para el ejercicio de la acción de repetición.

Los requisitos para que resulte procedente la acción de repetición fueron señalados por el artículo 2° de la Ley 678 de 2001, en el cual se estableció lo siguiente:

⁴ Temas desarrollados en los capítulos II, III y IV de la citada Ley.

“Artículo 2. Acción de repetición: La acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial”.

De la lectura de dicho precepto legal se desprende que, para que la acción de repetición tenga vocación de prosperar, debe existir una condena judicial u otra forma de terminación de un conflicto que imponga una carga indemnizatoria en cabeza de la administración pública; la comprobación de la calidad del demandado como funcionario, ex funcionario o particular en ejercicio de funciones públicas; la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado y, finalmente, que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico.

Asimismo, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el pago realizado por la entidad que haya resultado condenada se constituye como un presupuesto para el ejercicio de la acción de repetición, toda vez que éste otorga legitimación en la causa a la entidad para iniciar el recobro de lo cancelado. Así, en efecto, se ha expuesto:

“(…) El pago constituye un requisito sine qua non para la prosperidad de la acción de repetición como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de esta Corporación, por cuanto es este elemento el que legitima a la entidad estatal para instaurar la acción que tiene como finalidad salvaguardar el erario ante el detrimento que sufre por los perjuicios que debe resarcir como consecuencia del actuar de los servidores o ex servidores del Estado⁵; sería un contrasentido repetir por una

suma de dinero que no se ha pagado, o lo que es lo mismo, que se pretenda obtener el resarcimiento de un perjuicio que no se ha concretado”⁶.

Este razonamiento resulta acertado comoquiera que, permitir lo contrario, es decir, el inicio de la acción sin que se haya verificado el pago efectivo de las sumas de dinero que se pretende recobrar, podría acarrear, en el supuesto de prosperar la demanda, la configuración de un enriquecimiento sin causa a favor de la administración y, correlativamente, un detrimento injustificado en el patrimonio del agente, ex agente o particular en ejercicio de funciones públicas a quien se hubiere demandado con fines de repetición.

Así las cosas, resulta claro que el pago previo a la demanda se constituye como un presupuesto fundamental para acudir a la repetición, dado que, al tenor del criterio jurisprudencial anotado, otorga legitimación en la causa para demandar a las entidades que pretenden formular dicha pretensión. La Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante providencia de 8 de julio de 2009⁷, identificó cuáles eran los requisitos de la acción de repetición. En esa ocasión se señaló:

*“(…) Ahora bien, la prosperidad de la acción de repetición está sujeta a que se acrediten los siguientes requisitos: i) la existencia de condena judicial o acuerdo conciliatorio que imponga una obligación a cargo de la entidad estatal correspondiente; ii) **el pago de la indemnización por parte de la entidad pública**; iii) la calidad del demandado como agente o ex agente del Estado demandado o particular en ejercicio de funciones públicas; iv) la culpa grave o el dolo en la conducta del demandado; v) que esa conducta dolosa o gravemente culposa hubiere sido la causante del daño antijurídico*

“En relación con lo anterior se debe precisar que la no acreditación de los tres primeros requisitos, esto es la imposición de una obligación a cargo de la entidad

⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 11 de febrero de 2009. Radicación número: 15001-23-31-000-1995-04677-01(16458).

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de marzo de 2010. Expediente 36.489.

⁷ Expediente 22.120. Posición reiterada por la Sección Tercera en sentencia de 22 de julio de 2009. Expediente 25.659.



pública demandante, el pago real o efectivo de la indemnización respectiva por parte de esa entidad y la calidad de los demandados tornan improcedente la acción y relevan al Juez por completo de realizar un análisis de la responsabilidad que se le imputa a los demandados. En efecto, los supuestos referidos constituyen el punto de partida para estudiar de fondo los hechos atribuibles a la conducta de quienes han sido demandados, de manera que la falta de prueba de ese daño desvirtúa totalmente el objeto de la acción, en relación con la cual se habría de concluir que carece de fundamento y, por tanto, en tales casos se deberán negar las súplicas de la demanda”. (Se destaca).

En ese orden de ideas, el pago realizado por la administración representa ciertamente un presupuesto para la procedencia de la acción de repetición, toda vez que otorga legitimidad para demandar.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que hoy el pago se constituye como un requisito de procedibilidad,

expresamente consagrado en el artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que debe aportarse la prueba del pago cuando quiera que haya de intentarse la repetición por parte de la autoridad condenada. Así, expresamente lo prescribió el numeral 5 del artículo 161:

*“Cuando el Estado pretenda recuperar **lo pagado** por una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, se requiere que previamente haya realizado dicho pago”. (Se destaca).*

Lo anterior debe concordarse con lo dispuesto respecto del pago en el artículo 142 del mencionado Código, en donde se reguló la procedencia de la repetición de la manera que sigue:

“Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta

*dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad deberá repetir contra estos **por lo pagado** (...)*". (Se destaca).

Al rompe puede verse que en modo alguno el legislador dispuso como presupuesto indispensable para el ejercicio de la pretensión de recobro que el pago fuese **total**, lo que señala la norma es que se haya producido pago y que sea lo efectivamente pagado lo que se pretenda repetir.

El punto no es nuevo y la jurisprudencia ya ha avanzado en ese aspecto. En efecto, mediante auto de 8 de febrero de 2012, tuvo ocasión la Sub Sección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado de examinar el tema de los presupuestos de la acción de repetición de cara al artículo 2º de la Ley 678 de 2001.

Se destacó en esa oportunidad cómo el pago era la circunstancia que legitimaba a la administración para plantear su pretensión de recobro, visión que ya había sido explicada por la Sección Tercera⁸, de manera que no resultaba posible aseverar que el pago realizado por las entidades obligadas a restituir una suma determinada de dinero debía ser un pago total, toda vez que dicha afirmación constituiría una limitación de tal legitimación, que no se encuentra establecida ni en la Constitución ni en la Ley⁹.

A tal entendimiento se llegó por vía de identificar dos regulaciones diversas: la que ya se señaló, que determina la legitimación para cobrar, y la referida a la oportunidad para hacerlo, vale decir aquella que regula la caducidad de la acción.

En efecto, no obstante que el artículo 11 de la Ley 678 de 2001 prescribe que *"la acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública"*, tal regla no está contemplada por la ley, como ya se vio, para legitimar a la administración para repetir.

⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de marzo de 2010. Expediente 36.489.

⁹ El criterio expuesto fue reiterado por la Subsección A de la Sección Tercera en auto de 12 de febrero de 2014. Expediente 39.796.

En este orden de ideas, es válido afirmar que, si bien el pago se constituye como un presupuesto para que la acción de repetición tenga vocación de prosperidad, toda vez que otorga legitimación en la causa para demandar, no representa un presupuesto para la admisión de la demanda y mucho menos puede exigirse que dicho pago sea total, de lo cual se desprende, en consecuencia, que resulta procedente ejercitar la acción con la pretensión de repetición incluso cuando el pago efectuado por la administración no se corresponda con el total al que haya sido obligada, pero, por obvias razones, en dicho evento solamente se podrá repetir por los valores efectivamente cancelados.

Este entendimiento no pugna con lo establecido en el Decreto 1716 de 2009, en relación con el trámite a seguir para la realización de los estudios pertinentes, en punto a valorar la procedencia de la acción de repetición por parte de los Comités de Conciliación de las entidades públicas, toda vez que, si bien se dispone que el ordenador del gasto remita al día siguiente del *"pago total"* el correspondiente acto administrativo y sus antecedentes al respectivo Comité¹⁰, nada impide que haga lo propio respecto del pago parcial, igualmente dispuesto a través de acto administrativo. En este orden de ideas, frente a los valores que no se hubieren cancelado, el término de caducidad no se verá afectado por el recobro que se pretenda de lo que sí se pagó y habrá de estarse a un diferente tratamiento de conformidad con la ley, como pasa a examinarse.

2. La caducidad de la acción cuando se formula la pretensión de repetición.

El término de caducidad de la acción de repetición aparece señalado por el artículo 11 de la Ley 678 de 2001, así:

*"La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del **pago total** efectuado por la entidad pública.*

"Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en

¹⁰ Expediente 22.120

derecho si es que se hubiere condenado a ellas". (Se destaca).

En lo que hace a ese respecto debe señalarse que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-832 de 2001, declaró exequible dicho precepto normativo bajo el entendido que el término de caducidad de la acción empieza a correr a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4° del Código Contencioso Administrativo -*Decreto Ley 01 de 1984*-, interpretación que tenía como principal propósito que el agente o ex agente de la administración, contra quien pudiera llegarse a enderezar la acción de repetición, no quedara en la indefinición para efecto de la defensa de sus derechos.

Tal previsión fue recogida por el legislador en el literal l) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 -*Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*-, como sigue:

"Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opera la caducidad:

(...)

*l) Cuando se pretenda repetir para recuperar lo pagado como consecuencia de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, el término será de dos (2) años, contados a partir del día siguiente de la fecha **del pago**, o, a más tardar desde el vencimiento del plazo con que cuenta la administración para el pago de condenas de conformidad con lo previsto en este Código".* (Se destaca).

Así las cosas, de conformidad con la nueva codificación, en materia de lo contencioso administrativo, el término de caducidad de la acción se debe contabilizar a partir de la fecha en que efectivamente se realice el pago o, a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 10 meses previsto en el

artículo 192 inciso 2° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La Sección Tercera del Consejo de Estado, mediante la ya citada sentencia de 8 de julio de 2009, entendió que, en efecto, el término de caducidad de la acción de repetición debe ser observado desde la óptica del pago realizado por la administración. En dicha providencia, señaló:

"(...) Como se observa, para resolver el asunto de la caducidad de la acción resulta necesario establecer cuándo se produjo el pago por cuyo reembolso se demanda, el cual es determinante para acreditar el daño y para señalar la oportunidad para formular la demanda de repetición. Tratándose del ejercicio oportuno de la acción de repetición cabe precisar que existen dos momentos a partir de los cuales empieza a contarse el término de dos años para impetrar la acción, a saber: a) a partir del día siguiente al pago efectivo de la condena impuesta en una sentencia y b) desde el día siguiente al vencimiento del plazo de 18 meses previsto en el artículo 177 inciso 4 del C. C. A".

En virtud de lo anterior, los agentes, ex-agentes o particulares en ejercicio de funciones públicas a los cuales se les demande en ejercicio de la acción de repetición no quedarán en la indefinición para efectos de la defensa de sus derechos, toda vez que las entidades que persigan el reintegro de una suma determinada de dinero podrán ejercer la mentada acción de repetición máximo pasados los dos años después de transcurrido el tiempo en que la Ley las autoriza para efectuar el pago correspondiente.

Así las cosas, para efectos de poder establecer si una determinada acción de repetición se encuentra caducada deberá observarse si la administración persigue el reintegro del pago total de la obligación o, solamente, de pagos parciales, toda vez que de tales circunstancias dependerá la forma en que se realice el cómputo del término de caducidad. ■

El mecanismo de extensión de jurisprudencia

Experiencias de aplicación en la Sección Segunda del Consejo de Estado

por: **Gerardo Arenas Monsalve**
Consejero de Estado, Sección Segunda

Una de las instituciones más novedosas del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) lo constituye, sin lugar a dudas, el mecanismo de extensión de jurisprudencia, regulado en los artículos 10°, 102 y 269 del mencionado Código.

El propósito de este texto es el de plantear algunos aspectos prácticos de la institución, en relación con algunas experiencias de aplicación de la nueva figura que han surgido de la práctica judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

1. ¿Cuáles son las sentencias de unificación jurisprudencial?

De conformidad con lo dispuesto en el CPACA, constituyen sentencias de unificación jurisprudencial “*las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado*” con criterio unificador (art. 270), de manera que puede tratarse de sentencias anteriores o posteriores a la entrada en vigencia del citado Código.

Igualmente es claro que son sentencias de unificación del Consejo de Estado no solamente las dictadas por la Sala Plena Contenciosa del

Consejo de Estado, sino también las que dicten las Secciones, ya que éstas “*dictarán sentencias de unificación...en relación con los asuntos que provengan de las sub-secciones de la corporación o de los tribunales*” (art. 271).

En el Código, además, resulta claro que el carácter unificador de jurisprudencia de las sentencias del Consejo de Estado tiene una naturaleza dinámica. Esto se percibe en la norma que regula la extensión de la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas (art. 102), cuando señala las opciones de la autoridad a la que se ha solicitado la extensión, y entre ellas, la posibilidad de la entidad de exponer “*clara y razonadamente los argumentos por los cuales las normas a aplicar no deben interpretarse en la forma indicada en la sentencia de unificación*”. A continuación se indica que el Consejo de Estado debe pronunciarse sobre dichos argumentos “*y podrá mantener o modificar su posición*”. Hay, en consecuencia, la posibilidad de debatir en forma dinámica las tesis contenidas en las sentencias de unificación, pero la ley deja igualmente clara la prevalencia de la interpretación que adopte el Consejo de Estado.

2. La extensión de jurisprudencia en la fase administrativa.

El CPACA establece como criterio general en la materia que se viene tratando, el deber para las autoridades administrativas de aplicar de manera uniforme la legislación y la jurisprudencia (art. 10°)

Respecto de la *legislación*, se dispone que 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*”.

En relación con la jurisprudencia, la misma norma establece que con el propósito de la aplicación uniforme de la legislación, “*deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas*”.

La constitucionalidad de esta norma fue modulada por la Corte Constitucional, quien declaró exequible la misma en el entendido que las autoridades deberán tener en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado, y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia (sentencia C-634 de 2011).

La aplicación uniforme de la legislación y la jurisprudencia por parte de las autoridades administrativas tiene un procedimiento reglado al interior de la entidad administrativa, establecido en el artículo 102 del CPACA.

En dicha norma se establecen las reglas que deben seguirse para que proceda la extensión de los efectos de las sentencias de unificación del Consejo de Estado y que, en síntesis, son las siguientes:

- En primer lugar, se requiere “*que la pretensión judicial no haya caducado*”, dado que se trata de un procedimiento que, en su fase judicial ante el Consejo de Estado, simplifica y abrevia el trámite judicial.

- Se requiere que el interesado presente petición ante la autoridad competente para reconocerle el derecho reclamado. La norma señala los requisitos que debe contener la solicitud, el más importante de los cuales es la “*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 reconoció el derecho en la sentencia de unificación invocada*”.

La autoridad administrativa debe decidir sobre la petición en un término razonable (30 días). Si acoge la solicitud, no hay recursos contra el acto de reconocimiento. Si la niega, el solicitante puede acudir (en 30 días) ante el Consejo de Estado para solicitar que se surta el reconocimiento judicial de la extensión.

La negativa de la solicitud de extensión por parte de la autoridad administrativa puede basarse, entre otras razones, en que la entidad “*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. El procedimiento de extensión en el Consejo de Estado.

3.1. El paso de la fase administrativa a la judicial de la solicitud de extensión de jurisprudencia.

Cuando la solicitud administrativa de extensión de la jurisprudencia es negada por la autoridad accionada, o si esta no se pronuncia en ningún sentido, el interesado puede acudir ante el Consejo de Estado en procura de obtener la extensión solicitada (art. 269).

En esta fase judicial, el procedimiento es también breve y sencillo: del escrito de solicitud se dará traslado a la administración demandada (30 días) para que aporte las pruebas que estime pertinentes. Vencido el término, se convoca a audiencia, en la cual la Corporación “*escuchará a las partes en sus alegatos y se adoptará la decisión a que haya lugar*”.

3.2. El rechazo del trámite por ausencia de requisitos. Si la solicitud de extensión de jurisprudencia presentada ante el Consejo de Estado no ha surtido el trámite administrativo que se ha indicado antes, o éste no cumple con los requisitos indicados en la norma respectiva (art. 102), el trámite puede ser rechazado por el Consejo de Estado sin necesidad de convocar la audiencia.

En la práctica judicial de la Sección Segunda del Consejo de Estado, estos son algunos casos a los que no se les dio el trámite por cuando no cumplen requisitos establecidos en los artículos 102 y 269 del CPACA:

- Por extemporáneo teniendo en cuenta el término del artículo 102 del CPACA modificado por el 614 del CGP.
- Por no acudir previamente a la administración de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102 del CPACA.

3.3. La identificación de las sentencias de unificación. En la experiencia de aplicación de la figura de la extensión de jurisprudencia, a la Sección Segunda del Consejo de Estado se le han invocado por parte de los solicitantes diversas sentencias como unificadoras de jurisprudencia. De los debates planteados en las solicitudes, la Sub-Sección B ha definido entre otras las siguientes sentencias como sentencias de unificación:

- La sentencia la sentencia de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en el expediente radicado con el número 250002325000200607509 01(N.I. 0112-09), en el que fue demandante el señor Luis Mario Velandia. M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila (Con salvamento de voto del Magistrado Gerardo Arenas Monsalve).



En esta decisión, la Sección Segunda, por mayoría, consideró que en el régimen de transición pensional del sector público, las pensiones que se rigen por la Ley 33 de 1985 deben ser liquidadas con todos los factores salariales devengados en el último año, sin que pueda considerarse taxativa la enunciación de factores de liquidación contenidos en las Leyes 33 y 62 de 1985.

- La sentencia del 17 de mayo de 2007 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, M.P. Dr. Jaime Moreno García, dentro del expediente radicado 25000-23-25-000-2003-00851-01 con el número interno 8464-2005.

En esta sentencia, la Sección definió el derecho de los ex miembros de la fuerza pública a que su asignación de retiro pueda ser reajustada con base en el IPC, por los años 1997 a 2004, en razón a haber sido el porcentaje del IPC en esos años superior al porcentaje resultante de aplicar el principio de oscilación como criterio de incremento pensional en la fuerza pública.

3.4. La competencia para resolver en audiencia. Cuando el CPACA hace alusión al Consejo de Estado como la autoridad judicial encargada de aplicar judicialmente la extensión de jurisprudencia, no precisa a quién corresponde tomar la decisión.

Luego de diversas discusiones al interior de la Sección Segunda, con respecto a los asuntos de su competencia, se llegó a la conclusión de que la decisión en audiencia no podía ser exclusivamente del ponente sino que se trata de una decisión de Sala.

También se concluyó que dicha Sala no tiene que ser la Sala Plena de la Sección, como fue planteado en algún momento por el Ministerio Público en audiencia.

En consecuencia, la competencia para resolver en audiencia corresponde a la Sub-Sección a la cual le fue repartido el asunto.

3.5. La acreditación de los mismos supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia de unificación invocada. Uno de los aspectos más complejos de la extensión de la jurisprudencia en la práctica judicial es la discusión acerca de si el caso que se pretende extender acredita “*los mismos supuestos fácticos y jurídicos*” de la sentencia de unificación jurisprudencial.

Al respecto puede considerarse que estrictamente nunca se dan plenamente los mismos supuestos fácticos y jurídicos entre un caso y otro. La expresión, en consecuencia, tiene un carácter relativo y hace alusión a que el caso que se pretende extender haya abordado el mismo problema jurídico de la sentencia unificadora de jurisprudencia.

También es importante destacar que el alcance de la expresión debe examinarse a la luz de la finalidad, los efectos y el tipo de trámite que tiene la institución de la extensión de jurisprudencia.

La finalidad de la extensión de jurisprudencia es la de evitar el trámite de un proceso respecto del cual hay suficiente claridad en torno a la solución jurídica del problema planteado, de manera que esta figura constituye un mecanismo para evitar la congestión del aparato judicial frente a casos y problemas jurídicos relativamente claros para el juzgador. En ese sentido, la extensión de jurisprudencia debe proceder cuando la similitud de problemas jurídicos, y la aplicación de la tesis jurisprudencial de la sentencia unificadora al caso que se propone puede evitar un proceso judicial.

En cuanto a los efectos, debe tenerse claro que si el Consejo de Estado declara que la extensión procede, la decisión “tendrá los mismos efectos del fallo aplicado” (art. 269 CPACA), es decir, reconocerá el derecho reclamado, en la misma forma en que se hizo en la sentencia unificadora. Y cuando se estima que la extensión no es procedente, si no hay decisión administrativa pendiente, “se reanuda el término para

demandar”. De estas reglas acerca de los efectos de la decisión en la extensión de jurisprudencia se sigue que la figura simplifica un procedimiento cuando procede; y a la inversa, cuando se niega supone que se ha impedido un procedimiento pero no implica la negación de un derecho. Este aspecto es muy importante para la decisión o no de extender la figura, dado que si el problema jurídico a resolver en la extensión de jurisprudencia es mucho más complejo que el abordado en la sentencia de unificación, la negativa de la extensión no debe preocupar, dado que al solicitante le queda abierta la posibilidad de instaurar la demanda correspondiente, es decir, que negar la solicitud no implica negar un derecho sino tan sólo un procedimiento.

En relación con el tipo de trámite que supone la figura de la extensión de jurisprudencia, lo dispuesto en la legislación también aporta elementos para evaluar si se dan o no los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Debe tenerse en cuenta que el trámite de la extensión de jurisprudencia es muy breve y sencillo, pues sólo hay que presentar ante el Consejo de Estado “escrito razonado” acompañado de la actuación surtida en sede administrativa; luego viene el traslado a la administración para que se pronuncie y finalmente la audiencia, donde “se escuchará a las partes en sus alegatos” y finalmente “se adoptará la decisión a que haya lugar”. Siendo ello así, tanto la brevedad como la celeridad que supone la figura, exigen de la Corporación una actitud cautelosa con respecto a si se trata o no del mismo o diferente o más complejo problema jurídico, de modo que las dudas y complejidades, tanto conceptuales como probatorias en este terreno, debe resolverlas por la negativa de la extensión, dado que queda abierto el camino procesal ordinario para ventilar la complejidad del proceso que exceda del problema jurídico básico abordado en la sentencia de unificación jurisprudencial.

3.6. La liquidación del derecho patrimonial reconocido en la decisión. Un aspecto relevante en la práctica judicial de la Sección Segunda del

Consejo de Estado ha sido el de la liquidación del derecho patrimonial cuando se ha accedido a la extensión de la jurisprudencia.

La norma (art. 269) tiene previsto que si la extensión implica el reconocimiento de un derecho patrimonial (como sucede con la mayoría de los asuntos de naturaleza administrativo-laboral de los cuales conoce la Sección Segunda), la liquidación debe hacerse mediante trámite incidental para la condena *in genere*, mediante escrito que el solicitante debe presentar “*ante la autoridad que habría sido competente para conocer la acción que dio lugar a la extensión de jurisprudencia*”.

Efectuado el reconocimiento del derecho a la extensión, y dado que la liquidación del mismo no siempre puede hacerse en la audiencia, es procedente en esos casos acudir al trámite incidental indicado.

4. Algunos casos de aplicación de la extensión de jurisprudencia en la Sección Segunda del Consejo de Estado.

A continuación se presentan, a título ilustrativo, algunos casos resueltos por la Sección Segunda, Sub-Sección B del Consejo de Estado, en los cuales ha sido ponente el autor de este escrito.

4.1. Pensionados del SENA con pensión compartida de vejez reconocida con ISS que solicitan la extensión de la sentencia de unificación sobre factores salariales en las pensiones de transición del sector público. En estos casos la decisión es no extender los efectos de la sentencia de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en el expediente radicado con el número 250002325000200607509 01(N.I. 0112-09), en el que fue demandante el señor Luis Mario Velandia.

La Subsección B ha señalado que la Sentencia de 4 de agosto de 2010, es de unificación por cuanto en su momento se profirió por la necesidad de unificar



la jurisprudencia de la Sección Segunda, frente a la naturaleza de enunciativos de los factores salariales aplicables a los beneficiarios del régimen de transición establecido en la Ley 33 de 1985; cumpliendo así con el precepto establecido en el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011.

En estos casos se resaltó que es relevante para los fines de extender la jurisprudencia en el caso de reconocimiento pensional y de reliquidación pensional, se aluda al mismo régimen jurídico estudiado en la sentencia unificadora del 4 de agosto de 2010, esto es, la Ley 33 de 1995.

Se niega la solicitud de extensión porque respecto al tema de pensiones compartidas, el ingreso base liquidación de las mismas, los efectos de reliquidación pensional de dichas pensiones y las obligaciones que deben ser asumidas por los sujetos pagadores, no se ha estudiado por parte de la Sección Segunda en sentencia de unificación.

4.2. Ex miembros de la fuerza pública que solicitan reliquidación de la asignación de retiro con aplicación del IPC por los años en que este fue inferior al principio de oscilación. En estos casos se solicita la extensión de los efectos de la Sentencia de Unificación de 17 de mayo de 2007 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, M.P. Dr. Jaime Moreno García, dentro del expediente radicado 25000-23-25-000-2003-00851-01 con el número interno 8464-2005.

La Sala procedió a extender la jurisprudencia y se ordena a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional reliquidar la asignación de retiro percibida en los años 1997 a 2004, de conformidad con el incremento del IPC correspondiente a los años citados, por cuanto el reajuste a su asignación de retiro realizado con el principio de oscilación es evidentemente menor al que debió recibir.

Se advierte que no puede perderse de vista que el reajuste al que puede tener derecho el solicitante, en todo caso debe verse reflejado en la base de la asignación de retiro que viene percibiendo.

4.3. Casos de solicitud de extensión de la sentencia de factores salariales en la pensión, aunque hubo previamente proceso judicial de lesividad por parte de la entidad respecto de la legalidad del reconocimiento pensional. En estos asuntos, en los que fueron actores pensionados de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, se decidió extender los efectos de la sentencia de 4 de agosto de 2010 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, en el expediente radicado con el número 250002325000200607509 01(N.I. 0112-09).

En estos casos se dijo en la audiencia adelantada el presente año, que no se configura la cosa juzgada, por cuanto los fallos se dictaron dentro de un proceso que instauró la Universidad en ejercicio de la acción de lesividad, con la que se pretendió que se declarará la nulidad del acto administrativo de reconocimiento pensional a favor de la señora Garzón Moya, expedido con fundamento en el Acuerdo 024 de 1989, proferido por las Directivas de la Universidad.

Consideró la Sala que con la solicitud de extensión no se reabre el debate o controvierte el régimen pensional que regula la fuente del reconocimiento del derecho de los solicitantes, sino que lo pretendido con la solicitud de extensión es el estudio de si procede o no la modificación del ingreso base de liquidación de la mesada pensional incluyendo la totalidad de los factores salariales devengados en el último año de servicios que prestó la solicitante a favor del ente universitario.

En este punto, el Despacho reiteró que en materia pensional, le asiste el derecho al titular de la pensión de solicitar en cualquier momento y en diferentes ocasiones la revisión de su mesada cuando este considere que surgieron motivos de derecho o de hecho que lo ameriten.

Se señaló en la decisión que para la liquidación del derecho patrimonial reconocido al peticionario, en caso de desacuerdo con la liquidación efectuada por la entidad, el apoderado del solicitante deberá iniciar el correspondiente trámite incidental ante la autoridad judicial que habría sido la competente para conocer el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho dentro del término previsto en el inciso 5° del artículo 269 del CPACA. ■





Los jueces que gobiernan y los jueces que legislan

Los nuevos papeles del juez de lo contencioso administrativo¹

por: **Hugo Fernando Bastidas Bárcenas**
Consejero de Estado, Sección Cuarta

La Ley 1437 de 2011 ha establecido un nuevo procedimiento para resolver los litigios contencioso administrativos, procedimiento caracterizado por un sistema oral cuyo trámite implicará tres audiencias claves: la audiencia inicial, la audiencia de pruebas y la audiencia de alegaciones y sentencia.

¹ Trabajo elaborado sobre un texto que fue presentado por el autor para la Maestría en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda.

El nuevo proceso quiere que el juez y la jurisprudencia tengan una real preponderancia. Justamente me propongo examinar por lo menos dos herramientas que confieren un fuerte poder a las instituciones de la justicia de lo contencioso administrativo. Se trata de las medidas cautelares y del recurso de extensión de la jurisprudencia a un caso concreto.

La primera impresión que surge de la lectura de la Ley 1437 es la de convertir al juez en un gran protagonista del proceso judicial, con amplias competencias para resolver el conflicto de la mejor manera, todo dentro de la filosofía que se impuso en Colombia con la llegada de las mal llamadas acciones constitucionales².

En efecto, la justicia administrativa ya hace rato dejó de entender solo de los litigios derivados de las acciones clásicas, esto es, de la acción de nulidad, nulidad y restablecimiento, reparación directa y contractual, para ocuparse de la acción de tutela, la popular, la de grupo y la de cumplimiento, acciones éstas creadas por la Constitución de 1991, y que impactaron el modelo tradicional y formalista que utilizaba la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Eso ha dado paso a un modelo de justicia permeado incluso por un gran activismo judicial.

Como se sabe, la nueva ley inicia por reunir casi todas las acciones de que conoce la jurisdicción para llamarlas “medios de control”, vale decir, serán, en

adelante, tales medios de control los mecanismos judiciales para controlar la actividad administrativa del Estado, incluidas las manifestaciones legislativas y los errores judiciales. El nuevo código no creó ninguna nueva acción o medio de control, salvo el caso de la extensión de la jurisprudencia, que si bien no figura en el capítulo de los medios de control, lo es, según se verá.

Para atender la demanda de justicia, el nuevo código estableció el proceso oral, que se supone traerá el beneficio de la agilidad en la resolución de los casos, cosa que no va a ocurrir. El aumento considerable de demandas que se interpone día a día, la simultaneidad de sistemas escritos y orales que tienen ciertas instancias judiciales como el Consejo de Estado, la escases de jueces en algunas regiones, la poca efectividad de la conciliación prejudicial y la falta de logística (salas de audiencia, equipos de grabación, etc.) están confabulándose para que el juicio oral sea tan demorado como el juicio escrito.

1. Las medidas cautelares y el juez que gobierna.

Entre las normas del nuevo proceso figura la regla de las medidas cautelares, que ahora son profusas y variadas. Aquí se ha vuelto a aplicar la vieja ley del péndulo: de no tener durante más de setenta años sino una sola medida cautelar (la suspensión provisional del acto acusado, que, de hecho, raras veces se concedía), hemos pasado a tenerlas todas. Veámoslo.

El artículo 229 inicia por decir que el juez podrá, en cualquier estado del proceso, tomar, a petición de parte, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Termina advirtiendo que las medidas cautelares no serán vistas como prejuizgamiento. Y si bien el artículo siguiente, el 230, hace una lista de las medidas cautelares, es lo cierto que es muy amplia la potestad, pues le confiere al juez una gran discrecionalidad a la hora de estimar la necesidad de ordenar la medida y la clase de cautela que impondrá.

2 En rigor, las acciones constitucionales serían las que deciden un litigio con aplicación directa de la Constitución, sin mediar otra norma. Esto es, son las que tienen por objeto la defensa de la supremacía de la norma superior (criterio material). Son ejemplo de ese tipo de acciones la de nulidad por inconstitucionalidad que conoce el Consejo de Estado, en los términos del artículo 237-2 C.P., y las que decide la Corte Constitucional, en virtud de la denominada acción de inconstitucionalidad contra los actos reformativos de la constitución, las leyes y los decretos con fuerza de ley, de conformidad con el artículo 241 ibídem. En esos casos el juez confronta directamente el acto jurídico acusado con la Constitución y a partir de eso decide si es válido, es decir, si es conforme con la norma superior. La acción de tutela también lo es porque se trata de hacer prevalecer el derecho subjetivo fundamental constitucional sobre el ordenamiento jurídico y frente a la conducta que genera la violación o amenaza del derecho.

No serían acciones constitucionales auténticas las acciones populares y de grupo, por ejemplo, puesto que en estas acciones el juez comúnmente resuelve el litigio con base en la ley y los reglamentos o en los precedentes judiciales, como ocurre cuando se pretende defender derechos colectivos relacionados con el urbanismo o cuando se trata de indemnizar daños causados a grupos.

Como existe el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, todas las acciones judiciales tienen como fin último la supremacía de normas constitucionales, y así, según se mire, todas serían “acciones constitucionales”, lo que es una tautología.

Ese artículo 230 enseña que las medidas cautelares serán preventivas, conservativas, anticipativas y de suspensión. De hecho, la suspensión de un acto o una actividad de la administración puede ser asumida como una medida cautelar conservativa o preventiva, de modo que sobra la categorización individual de esta orden de suspensión, que es la clásica medida cautelar de esta jurisdicción.

Enseguida, la ley nos presenta cinco medidas cautelares³:

La primera es la orden de que, según el caso, se mantenga o reverse, de ser posible, la situación fáctica que se creó o perturbó con la “conducta vulnerante (sic) o amenazante”. Se trataría de una medida conservativa, pero frente a hechos de la administración. No se trataría de situaciones jurídicas nacidas o modificadas o extinguidas por actos administrativos, pues estos son objeto de suspensión provisional, medida que está regulada ad hoc en la propia ley.

Luego aparece la orden de suspensión de trámites y actuaciones administrativas, aún de tipo contractual, con la recomendación de que el juez dé instrucciones para que se reanude el procedimiento administrativo. Sería una medida de tipo preventivo, pues no dejará que avance una determinada actuación o procedimiento administrativo sospechoso de ser contrario a la ley.

³ El artículo 230 trae las siguientes medidas:

- “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”.

En tercer lugar está la medida clásica de suspensión de los efectos de los actos administrativos demandados, que conserva el modelo actual, esto es, que le toca al actor ab initio demostrar que el acto viola una norma superior.

Aparece después la orden de que se adopte una decisión administrativa o que se ordene la demolición de obras, si con esto se evita o previene un perjuicio o el agravamiento del daño.

Finalmente, figura la medida cautelar genérica y muy discrecional según la cual se podrá impartir órdenes de todo tipo incluidas obligaciones de hacer o no hacer.

Para salvaguardar un tanto la ya afectada discrecionalidad administrativa, en el párrafo del artículo 230⁴ el legislador pareciera que frena los poderes que acaba de entregarle al juez y dice que si el cumplimiento de la medida implica eso, esto es, una invasión a la órbita discrecional de la administración, el juez se limitará a imponer el plazo para que se adopte la orden. Pero que supuestamente no podrá sustituir a la administración. He ahí un contrasentido, pues, por una parte, el artículo describe cuanta medida cautelar puede adoptar el juez, usando la técnica de *numerus apertus*, y enseguida se arrepiente diciendo que el juez evitará inmiscuirse en la administración y que solo concederá el plazo para que se adopte la medida. No creo que la administración tenga opción distinta de cumplir a rajatabla lo que ordenó el juez. La discrecionalidad administrativa ha quedado reducida a nada.

- ⁴ Dice el párrafo: “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”.



El examen detallado de todos los elementos de esta nueva institución procesal no es el objetivo de este breve escrito. Lo que pretendo es mostrar simplemente cómo ahora la ley ha dotado al juez de lo contencioso administrativo de grandes poderes para asegurar que la sentencia no sea nugatoria o ineficaz.

Este cambio tan radical se debió por lo menos a dos razones. Una tiene que ver con la debilidad del juez en el antiguo régimen (literalmente) para controlar el comportamiento de las partes y frente a las pretensiones u objeto del proceso. Los procesos tomaban muchos años para finalizar y el simple paso del tiempo estropeaba la eficacia de la justicia. La mera suspensión del acto administrativo acusado no era suficiente para precautelar el objeto del proceso. Y la otra razón fue la de fortalecer al juez administrativo hasta ponerlo a la par del juez de tutela, que es el juez más poderoso en Colombia.

Así se aspira a reducir las acciones de tutela que se interponen en vez de los procesos ordinarios, si en estos el juez queda ampliamente facultado para proteger desde el inicio los derechos en discusión.

Empero, la interpretación de las normas que han regulado el fenómeno de las medidas cautelares ha generado arduas polémicas, pues es evidente la textura abierta de la mayoría de las reglas. No más el hecho de que se diga que no se trata de una lista cerrada de medidas cautelares, sino de una lista indicativa, hace que crezca el debate sobre la interpretación y aplicación de estas leyes.

El juez deberá echar mano de grandes dosis de *sindéresis* y de una buena capacidad de argumentación para justificar las medidas cautelares, puesto que la ley le exige que las dicte siempre de forma motivada.

Muchos piensan que el juez no puede sustituir a la administración ni puede someterla a dictados coercitivos, so pena de acabar con la tradicional separación de funciones. Que todas esas leyes que se han venido dictando y que han conferido más y más poderes a la Rama Judicial, son ya casos del extravagante gobierno de los jueces, entronizado en el país desde la Constitución de 1991.

Pero no creo que el fenómeno del aumento cuantitativo y cualitativo del control judicial sobre la administración pueda verse de esa manera. Es un hecho cierto que la “constitucionalización del derecho” traiga implícito una mayor injerencia del juez en todos los ámbitos de la administración pública. El equilibrio podría estar en la legitimidad de las decisiones judiciales. En pocas palabras, toca apelar al Perogrullo de que “los jueces deben legitimarse con la fuerza de sus argumentos” para esperar que los derechos de la gente queden protegidos y salvaguardados tanto por la acción de la administración como por la decisión de los jueces actuando ambas esferas paralelamente.

El problema está por los lados de la responsabilidad política. Los jueces están tomando definitivamente decisiones que impactan directamente las políticas públicas, sino es que son verdaderas políticas públicas (véase las sentencias que ordenan descontaminar los ríos, descongestionar las cárceles, recuperar zonas de reserva natural en manos de miles de particulares, etcétera), sin tener que rendir cuentas ante la comunidad en caso tal de que fracasaran las medidas adoptadas. Es posible que por lo menos a un alcalde no se lo vuelva a elegir nunca más si se equivocó en el manejo de la ciudad. El juez se queda para siempre en el cargo o es ascendido a magistrado: grave desigualdad si al fin y al cabo ambos terminan siendo actores de lo político.

El abanico de medidas cautelares que ahora podrá abrir un juez es amplio. Con buen juicio, esa normativa fortalece institucionalmente el aparato judicial. Empero, si se abusa del mecanismo, habrá pronto una contrarreforma.

2. La extensión de la jurisprudencia y el juez que legisla.

El interesado en que a su caso se le extienda cierta jurisprudencia (precedente judicial⁵), primero debe acudir a la administración a pedir el derecho subjetivo con base en lo dicho ya por el juez, pero en otro caso igual o similar. Eso dice el artículo 102 del nuevo código. Si la administración se negare a extender la jurisprudencia o guardare silencio, el artículo 269 de la Ley 1437 permite acudir directamente al Consejo de Estado a pedir que ordene la extensión de la jurisprudencia a su caso, previa audiencia con participación de la entidad pública respectiva.

La orden judicial favorable será la de que se reconozca el derecho con base en la jurisprudencia y si se trata de pagar algo, se ordenará directamente que ante el juez competente se inicie el trámite de liquidación y pago de la acreencia, tal y como sucede cuando se obtiene una sentencia favorable. De hecho, el pronunciamiento del Consejo de Estado en el sentido de que se extienda la jurisprudencia al caso particular equivale a una sentencia común y corriente.

Si no prospera este recurso judicial especial, el interesado podrá interponer la demanda ordinaria correspondiente, previa obtención de un acto administrativo ejecutorio, si fuere el caso. Si alguien primero va ante la administración a reclamar algo concreto y ante la negativa de la entidad ocurre ante el juez, en este caso la máxima instancia, para que decida finalmente de tal modo que se configure una

⁵ En realidad, la figura debería llamarse extensión del precedente. Si unos hechos fueron juzgados de una manera, hechos similares deben ser juzgados igual. La administración estaría en la obligación de resolver las peticiones que contengan hechos similares de la misma manera como los resolvió el juez. Eso es propiamente la extensión de un precedente. La noción de jurisprudencia es más amplia y tiene que ver no tanto con los hechos similares, sino con la ratio decidendi. No siempre jurisprudencia y precedente son lo mismo.

Sobre el tema, ver a Michelle Taruffo en *Precedente y Jurisprudencia*. PDF: file:///C:/Users/MAG_S402/Downloads/1434-4481-1-PB.pdf.

sentencia favorable, si a eso hubiere lugar, no me digan que eso no es una acción judicial o un medio de control. Por eso digo que esto de la extensión de jurisprudencia es la única acción que creó la Ley 1437. No detecto otras nuevas.

Lo primero que emerge de esta novedosa figura es el problema de identificar correctamente la jurisprudencia. Se trata, según el artículo 102, de sentencias de unificación que hubiere dictado el Consejo de Estado. Y son tales, según el artículo 270, las dictadas por la Sala Plena, por importancia jurídica o trascendencia económica o social. Además, las dictadas *ex profeso* para unificar la jurisprudencia y las dictadas con ocasión de los recursos extraordinarios.

Inicialmente no hay muchas sentencias de unificación propiamente dichas. Pero las habrá y entonces será más frecuente el uso de esta singular figura, que le confiere a la jurisprudencia un grado equivalente al de la ley. No es que eso sea una novedad en el derecho comparado y ni aquí en Colombia, pero no habíamos tenido nunca un mandato imperativo para que la administración resuelva las peticiones con base en la jurisprudencia, insisto, la jurisprudencia de tipo precedente.

Esta institución, también pretende disminuir los litigios originados en la renuencia de la administración para aplicar la jurisprudencia, sobre todo en derecho laboral. Pero las diferentes secciones del Consejo de Estado hoy se ven inundadas por múltiples peticiones en ese sentido, algunas presentadas sin el menor rigor jurídico, situación que aumenta el desbordante problema de congestión, pues la extensión de jurisprudencia se suma ya a la larga lista de asuntos ordinarios pendientes por resolver⁶.

⁶ La Secretaría del Consejo de Estado informa que hay aproximadamente más de 1000 solicitudes de extensión de jurisprudencia por tramitar.

De nuevo surge el problema de las fuentes del derecho administrativo y la discusión del papel del juez como auténtico creador del Derecho. Cualquiera que sea la escuela jurídica que uno profese, la realidad normativa nos deja a menudo sin argumentos o nos confiere demasiados según si estamos matriculados en una u otra corriente del pensamiento jurídico.

En este particular caso de la extensión de la jurisprudencia, es evidente que el régimen del precedente judicial tendrá que convivir con el régimen estatutario. Lo digo porque si bien la jurisprudencia se hace sobre el modo de entender la ley, al final, lo dicho en un caso sobre lo que es el derecho incidirá en el futuro y no para que nomás los jueces sigan el precedente, sino para que haga lo mismo la propia administración.

Con los dos institutos aquí analizados muy rápidamente, corroboro que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo le da un papel preponderante al juez. Lo dota de potestades suficientes para que sea un elemento transformador de sociedad a la que pertenece y lo aleja definitivamente de ser apenas la boca de la ley.

Por un lado, el juez gobierna, gobierna cuando hace uso de los tremendos poderes de las medidas cautelares consagradas en el nuevo código, medidas que luego podrían ser ratificadas por las sentencias. El importante campo de la discrecionalidad administrativa ahora tendría un potencial cogestor: el juez. De otra parte, el ordenamiento jurídico administrativo cuenta con un nuevo protagonista: el precedente contenido en las decisiones de unificación del Consejo de Estado, precedente que será la norma jurídica aplicable al caso tanto en sede administrativa como en sede judicial. ■



Intervención de terceros en el proceso electoral

por: **Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez**
Consejera de Estado, Sección Quinta

Apoco más de dos años de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, como ocurre en todos los órdenes de la vida política, cultural, social, económica, etc., el acomodamiento y la asimilación de los cambios supone un prudente compás de espera para determinar si en el plano real surtieron los resultados esperados. En materia procesal, nuestra jurisdicción, y en especial en lo que tiene que ver con las controversias de contenido

electoral, ha tenido siempre un tratamiento especial y diferenciado, en atención a la naturaleza *sui generis* de la pretensión anulatoria del acto administrativo, referido única y exclusivamente a los que declaren una elección, realicen un nombramiento o hagan el llamado a ocupar una vacante.

Al hilo de lo anterior, nos corresponde en esta breve exposición hacer algunas reflexiones sobre un tema eminentemente procesal, a veces abstruso y pasado

por alto, como es la actuación en juicio de los sujetos que al inicio del proceso no se encontraban vinculados al mismo.

Para comenzar, merece la pena recordar la distinción entre los sujetos de la relación jurídica sustancial y los de la relación meramente procesal. Los primeros son los titulares activos o pasivos de los derechos u obligaciones que hayan de declararse en el juicio; los segundos, serán las partes que tienen posibilidad de actuación dentro del proceso. En ocasiones, la relación sustancial¹ requiere la comparecencia de todos los implicados, caso en el cual habrá de integrarse el litisconsorcio necesario so pena de no poder decidirse el asunto en litigio. En otros casos, aun cuando existan otros sujetos sustanciales que no se hubieren vinculado al proceso, la decisión puede tomarse sin su presencia, configurándose entonces un litisconsorcio facultativo.

Ahora bien, dentro de la serie de actos concatenados que corresponden al proceso, la actuación de las partes se circunscribe a quienes formalmente concurren a él, así no coincida con la relación sustancial, *verbi gratia* cuando el demandante no demuestra y no se le reconoce en la litis el derecho de fondo invocado, caso en el cual habrá una falta de legitimación sustancial que atañe a la suerte de las pretensiones en la sentencia pero no es un requisito para instaurar la demanda o ejercer el derecho de acción².

Dejando de lado la intervención del juez, los sujetos litigiosos principales pueden estar acompañados de otros **intervinientes** llamados **terceros**, que pueden convertirse en parte en virtud de su aceptación en el proceso³ en momento posterior a su inicio. Sin embargo la relación sustancial objeto de solución por el juez sigue siendo una

sola, salvo en algunas especies de intervención de terceros como la *ad excludendum*, la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía, en las cuales se plantea una relación diferente a la existente entre demandante y demandado, sobre la que el operador judicial también debe pronunciarse.

En voces del diccionario Cabanellas⁴, desde el punto de vista general, el tercero está precedido por otras dos personas, cosas o cantidades. Procesalmente la figura hace relación a quien no interviene en un litigio, ni como demandante ni como demandado, y más técnicamente quien lo hace con carácter propio, reclamando su derecho frente al uno y al otro. Sin embargo, en nuestro sistema procesal no todos los llamados terceros tienen necesariamente una posición diferente o contradictoria frente al demandante o demandado⁵, por cuanto pueden asumir una actuación que apoye a la una o a la otra de forma secundaria –coadyuvantes- o se ponga al lado de alguna de ellas de manera principal, como en el caso de los litisconsortes.

Por otra parte, debe recordarse que quienes intervienen en oportunidad posterior al inicio del proceso –terceros- pueden convertirse en parte, bien sea principal o secundaria.

En cuanto a estos terceros intervinientes secundarios- coadyuvantes- son aquellos que no reclaman un derecho propio sobre el cual deba pronunciarse el juez, sino que tienen un interés particular en la posición de alguna de las partes, por lo que su actuación se dirige a auxiliarla haciéndola depender de ella⁶. Con todo, su intervención por solicitud voluntaria o por el llamado realizado por el juez, debe estar precedida de un interés sustancial que configure la legitimación en la causa y su aceptación en el proceso.

¹ Couture, Eduardo, “Introducción al Estudio del Derecho Procesal”, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1959.

² Guasp, Jaime, “Derecho Procesal Civil”, Ed. , Madrid 1956.

³ Devis Echandía, Hernando, “Compendio de Derecho Procesal”, Tomo I, Ed. Dike, Bogotá 1987, pg. 324.

⁴ Cabanellas, Guillermo, “Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Tomo VIII, Ed. Heliasta, Argentina, 2006.

⁵ Como en los casos de intervenciones *ad excludendum*, denuncias del pleito y llamamientos en garantía.

⁶ Carnelutti, Francesco, “Instituciones del Proceso Civil”, Tomo I, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1956, num. 376.

Esta intervención accesoria o secundaria, llamada también *ad adiuvandum*, implica sostener siempre la posición de una de las partes principales, aunque no representa sus intereses, sino los suyos propios.

La doctrina sobre el particular reconoce dos características para la intervención de este tipo, a saber:

1. La litis debe estar trabada entre la parte demandante y la demandada, y sólo después de estar notificadas puede proceder el interviniente a solicitar su reconocimiento.
2. El coadyuvante debe tener un interés personal en que la posición a la que apoya salga adelante.

Su naturaleza está en una, por llamarla de alguna manera, *capitis diminutio*, frente a la parte principal, por cuanto no tiene facultad para demandar o legitimación para ser demandado, pero debe admitir

que, alguna relación existe entre ellos para legitimar su ayuda y auxilio. La solicitud de intervención no exige los requisitos formales de la demanda, pero tiene un límite temporal y debe expresar la voluntad de la parte a la que apoya y la fundamentación de su interés. Tal petición deberá ser resuelta por el juez y reconocer o no su actuación de allí en adelante.

Respecto a las facultades que puede ejercer el interviniente accesorio, debe tenerse en cuenta que no puede exceder las propias de la parte principal. No puede ampliar el objeto del litigio, es decir, proponer nuevas pretensiones o excepciones ni actuar en contradicción o extralimitación de lo propuesto por el coadyuvado.

Así las cosas, en el proceso electoral, tanto en el anterior Código Contencioso Administrativo (art. 235) como en la Ley 1437 de 2011 (art. 228), el régimen de actuación de los **terceros** era y es restringido y limitado a la intervención secundaria



Foto: El Espectador

o accesoria, es decir en apoyo, bien de la parte demandante o de la demandada. Nuestra tradición doctrinal y jurisprudencial ha reconocido que el género **coadyuvancia** se desarrolla mediante los impugnadores (apoyando a la parte demandada) y a través de los coadyuvantes propiamente dichos (apoyando a la parte demandante).

Actualmente, la petición que realice el pretendido interviniente debe realizarse a partir de la admisión de la demanda, como lo establece de manera general los artículos 223 y 224 del CPACA y hasta antes de la celebración de la audiencia inicial (art. 228), con lo cual surge la duda de si, en caso de ser rechazada, por cuanto no cabe cuestionamiento a su admisión e inadmisión⁷, tal decisión pueda ser impugnada por un posible coadyuvante. En nuestra opinión, siguiendo la lógica de esta actuación accesoria, si el demandante interpone los recursos respectivos en la oportunidad legal y aparece un sujeto accidental proponiendo su intervención e igual cuestionamiento que el accionante, nada obsta para que el juez analice en ese momento procesal la pertinencia de tal solicitud.

Por otra parte, por las particularidades del juicio electoral, y en especial las relacionadas con votaciones populares para elegir cargos a Corporaciones Públicas, pueden implicar la intervención de un número considerable de terceros, tanto principales⁸ como secundarios. Respecto a estos últimos, en tratándose de las irregularidades ocurridas en la etapa de votación o escrutinios,

⁷ Incisos segundo y tercero del artículo 276 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁸ “Artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:
1. Que se notifique personalmente al elegido o nombrado, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

d) Cuando se demande la elección por voto popular a cargos de corporaciones públicas con fundamento en las causales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo 275 de este Código relacionadas con irregularidades o vicios en la votación o en los escrutinios, caso en el cual **se entenderán demandados todos los ciudadanos elegidos** por los actos cuya nulidad se pretende, se les notificará la providencia por aviso en los términos de los literales anteriores.

(...)” (Subrayas y negrillas fuera de texto)

el artículo 277 del CPACA establece la posible vinculación de partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos (literal e) del numeral 1), de la autoridad que expidió el acto y de la que intervino en su adopción (numeral 2), de la comunidad en general (numeral 5) y del presidente de la Corporación Pública si se tratare de la demanda contra la elección de sus miembros (numeral 6). Como se observa, todos estos sujetos pueden intentar su actuación procesal en virtud de la ley, lo que, aparentemente, los relevaría de fundamentar y explicar ante el juez su interés en intervenir dentro del proceso.

Lo anterior por cuanto, si bien nuestro estatuto procesal se refiere al interés directo respecto a la posible intervención de terceros en las pretensiones de carácter resarcitorio más no en las de carácter público, el Código de Procedimiento Civil, aplicado por remisión del CPACA, determina la evaluación que debe realizar el juez sobre la pertinencia de la intervención de manera general, con fundamento en la posible relación sustancial existente entre el tercero y las partes principales a la cual no se extiendan los efectos jurídicos de la sentencia, pero que pueda afectarse desfavorablemente si dicha parte es vencida (art. 52 CPC y hoy en día el art. 71 del CGP). Así, consideramos que el operador judicial debe analizar el vínculo del tercero respecto a alguna de las partes para legitimar su intervención; debe estar convencido del real interés que lleva al sujeto accesorio a auxiliar o adherir a alguno de los principales. Su decisión entonces, no obedece a la mera orden legal, sino a su conclusión sobre el impacto de su sentencia en las relaciones parte – tercero que ameriten el socorro mutuo en su posición procesal.

Como se advirtió en precedencia, para la jurisprudencia de esta Corporación, en sus diversas Salas, es claro que las partes y los coadyuvantes tienen posibilidades de actuación dentro del proceso que resultan diferenciables, por cuanto mientras las primeras actúan de manera autónoma, los otros intervinientes encuentran como

condicionamiento de sus intervenciones el interés de la parte a la que apoyan, habiéndose inclusive señalado que su posición es la de contribuir a enriquecer argumentalmente la posición de la parte coadyuvada⁹.

Así, la Sección Tercera de esta Corporación, en sentencia de 13 de agosto de 2008 (Expediente AP-2004-00888. Consejera Ponente, Doctora Ruth Stella Correa Palacio), expuso que las facultades del coadyuvante están concebidas para contribuir a la demanda. Es un interviniente secundario o parte accesorio, por lo que su actuación se circunscribe a reforzar los argumentos de la demanda, no pudiendo reformularla, dado que no puede actuar autónomamente.

A su turno, la Sección Primera sostuvo, en sentencia de 7 de octubre de 2010¹⁰, que el coadyuvante no puede ir más allá de los argumentos de la parte que coadyuva. Posición reiterada posteriormente por la misma Sala al decir que¹¹:

“... Cabe resaltar que esta Corporación ha precisado que la intervención de los coadyuvantes y, particularmente, en tratándose de las acciones públicas, como la que se instauró en el evento sub examine, está limitada a la actividad del actor y supeditada a los argumentos que éste exprese en su libelo.

(...) que por ser éste un adherente accidental del proceso, no se encontraba legitimado para exceder los límites fijados en la demanda inicial por el demandante.

(...)

9 Sentencia Consejo de Estado, Sección Quinta de 27 de marzo de 2014, Rad: 2012-00001-03, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

10 Expediente N° 2007-00010, Consejero Ponente, Doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

11 Consejo de Estado. Sección Primera. 28 de octubre de 2010. Expediente núm. 2005-00521-01, Actor: José Omar Cortés Quijano, Consejera ponente doctora María Elizabeth García González).

Las anteriores precisiones, que la Sala prohija en esta oportunidad, conducen a la conclusión de que si el coadyuvante no es autónomo de la parte a la que adhiere, no pudiendo por esta razón modificar las pretensiones ni proponer nuevos cargos, pues para ello podría perfectamente instaurar su propia demanda, tampoco puede **apelar si la parte principal a la cual adhiere o de la cual depende no lo hace (...)**”.

A su vez, la Sección Quinta, en un aparte que vale la pena transcribir *in extenso*, también ha dicho¹²:

“El coadyuvante, por disposición legal, **sólo puede realizar actos procesales de apoyo a la parte que coadyuva y, por tanto, le está vedado efectuar actos procesales que estén en oposición a ella**. Así el artículo 235 del C.C.A. prevé esta figura para el proceso contencioso electoral y el inciso segundo del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil consagra que el coadyuvante puede efectuar los actos procesales que le son permitidos a la parte que ayuda con dos condiciones: **que no estén en oposición con las de éste y que no conlleven disposición del derecho en litigio**. La razón en la limitación del actuar del tercero interviniente, como coadyuvante o como opositor, responde **a que no reclama un derecho propio, “actúa para sostener las razones de un derecho ajeno”**, su interés radica en su conveniencia personal de que la pretensión encuentre prosperidad, si es coadyuvante, o no la encuentre, si es opositor, porque de ello depende su beneficio (indirecto). Como ya se mencionó, el proceso contencioso electoral tiene regulación propia para esta figura procesal, que está contenida en el artículo 235 del C.C.A. mediante el cual se permite al tercero prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda, claro está, con las limitantes propias de

12 Sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta de 23 de septiembre de 2010. Rad. No. 2009-00034-01, Actor: Albeiro Vanegas Osorio y otro, Demandado: Gobernador del Departamento de Arauca, M.P. Mauricio Torres Cuervo.



la coadyuvancia, en tanto no es un cotitular de la misma pretensión del coadyuvado por carecer de pretensión propia, por ende, **“[su] legitimación [es] menos plena, [porque] sin facultarlo para demandar la pretensión de su coadyuvado, sí lo autoriza para coadyuvarla o defenderla en el proceso iniciado por éste o contra éste”**, por eso su condición es secundaria, accesoria y subordinada a quien coadyuva y dentro de sus restricciones **está la imposibilidad de modificar o ampliar el objeto del litigio o la litis contestatio, en razón a que no ingresa al proceso una pretensión o litis propia**. En el caso concreto la sentencia de primera instancia fue denegatoria de las pretensiones, es decir, que el elegido Gobernador de Arauca Dr. Luis

Eduardo Ataya Arias mantuvo su investidura de primer mandatario seccional. Por otra parte, Elmer Ramiro Silva Rodríguez intervino en el proceso para oponerse a las pretensiones de la demanda así que su participación en el proceso está adherida a la actuación de la parte a la cual coadyuva, es decir, al demandado, quien no apeló porque la sentencia le fue favorable. El interés para recurrir tiene como fundamento la necesidad de que la providencia sea corregida o modificada en aquello que perjudica a quien recurre “puede aceptarse que sin interés no procede recurso. Se trata del interés especial por resultar perjudicado con la providencia. Ese perjuicio puede ser material o moral, así como puede serlo el interés para obrar en el proceso, pero

concreto y actual respecto del asunto materia de la providencia. No es suficiente un interés teórico en la recta aplicación de la ley [...]. **[el coadyuvante] no puede interponer recursos que el coadyuvado no desee o en disconformidad con éste, porque entonces hay una actuación procesal contraria a la de la parte principal**”. **la sala concluye entonces que el recurso de apelación referido no será tenido en cuenta por falta de interés para recurrir.**”

Y más recientemente ha recalcado¹³:

“Las facultades que el legislador extraordinario **le confirió a los terceros intervinientes se reducen exclusivamente a la coadyuvancia, expresión que en términos conceptuales significa “contribuir, asistir o ayudar a la consecución de algo”**, con lo que bien puede afirmarse que la participación de terceros **debe limitarse a la exposición de argumentos a favor o en contra de las pretensiones de la demanda**, sin que los mismos puedan, en lo que a la demanda respecta, **hacerle modificación alguna**, bien para adicionarle o para suprimirle cargos, dado que **ello es del exclusivo resorte del accionante, quien para ello puede hacer uso de la oportunidad que le confiere el artículo 230 del c.c.a. si bien el artículo 235 permite que los terceros adhesivos puedan concurrir al proceso hasta la ejecutoria del auto que corre traslado para alegar, ello no puede justificar la posibilidad de que hasta ese momento procesal los coadyuvantes puedan participar formulando nuevas imputaciones contra los actos demandados**, ya que además de no estar así previsto en aquella disposición, tal posibilidad afectaría el debido proceso y subvertiría la estructura diseñada para el proceso electoral. En

13 Sentencia del Consejo de Estado, Sección Quinta del 7 de marzo de 2011, Rad. N° 2010-00006-00, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

efecto, en una fase tan avanzada del proceso la parte demandada **no tendría ninguna posibilidad de defenderse contra esos nuevos señalamientos, pues ya le habría vencido el término de fijación en lista y no tendría como solicitar o aducir pruebas de descargo**, sin olvidar que con ello se pasaría por alto el principio de la eventualidad o de la preclusión, en lo relativo al término para reformar la demanda, así como al término de caducidad de la acción. De acuerdo con lo dicho, la Sala no estudiará ninguno de los planteamientos del coadyuvante de las pretensiones de la demanda, que no coincida con los cargos que fueron formulados con la demanda por el accionante.”(Resaltado fuera de texto)

En conclusión, como los coadyuvantes no son autónomos, sino que sus actuaciones dependen de la parte a la que coadyuvan, todas las actuaciones que intenten los terceros intervinientes deben guardar estricta conformidad con las proposiciones de sus partes principales, so pena de ser declaradas improcedentes por falta de legitimación. Así ha ocurrido en varias oportunidades al ser interpuestos por los terceros intervinientes recursos en contra de algunas decisiones tomadas dentro del proceso, frente a las cuales la parte principal directamente interesada no ha realizado manifestación alguna o no ha ejercido el medio de impugnación pertinente, o en definitiva no ha mostrado su voluntad de cuestionar la providencia judicial, como se puso de presente en la sentencia antes referenciada¹⁴, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, donde se decidieron diversas solicitudes de terceros intervinientes dentro del proceso en el cual se debatió el acto de elección del Alcalde de Cúcuta, Don Amaris Ramírez Paris Lobo para el periodo 2012-2015. ■

14 Rad. 2012-00001-03.

La vigencia del Código General del Proceso en los procesos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

por: **Martha Teresa Briceño de Valencia¹**
Consejera de Estado, Sección Cuarta

El artículo 4 de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia, modificado por el artículo 4 de la Ley 1285 de 2009, resume en unas pocas líneas todo lo que debería ser el sistema de administración de justicia.

En efecto, dispone esa norma que la justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que son sometidos a su conocimiento. Que los términos procesales son perentorios, de estricto cumplimiento y que su desconocimiento injustificado implica responsabilidad para el servidor judicial.

En cuanto al cómo de la administración de justicia, la norma indica que los procesos judiciales deben ser orales, salvo las excepciones legales, razón por la cual se deberían expedir los nuevos estatutos procesales con diligencias orales, por audiencias y con la implementación de los avances tecnológicos, todo esto en procura de la unificación de los procesos judiciales.

Desde luego que la inclusión de la oralidad en los procedimientos judiciales no es un fin en sí mismo, sino uno de los muchos instrumentos de los que debe disponer el Estado para el correcto y eficaz funcionamiento del sistema de administración de justicia². Aunque resulta un hecho, para muchos

indiscutible, que los procedimientos judiciales orales optimizan la realización de los principios de publicidad, inmediación y concentración, propios de la actividad jurisdiccional.

La utilización de procedimientos judiciales de tendencia oral no es un tema novedoso en el ordenamiento jurídico colombiano. Por el contrario, a modo enunciativo, conviene recordar el Código Procesal del Trabajo, Decreto 2158 de 1948, y recientemente el Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004. Estos códigos prevén las actuaciones judiciales orales y los juicios por audiencias.

Pero, en desarrollo del mandato del artículo 4 de la Ley 270 de 1996, sí resultó novedosa la adecuación casi simultánea de los estatutos de procedimiento civil y contencioso administrativo al sistema oral y la implementación de los medios tecnológicos en el sistema de administración de justicia, no solo en lo relacionado con la actividad del juez y de sus colaboradores, sino respecto de los otros actores de dicho sistema: las partes, los terceros, los auxiliares de la justicia, etc.

La comprobación de la anterior afirmación se encuentra en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento

impulso de los mecanismos alternativos de solución de conflictos y el apego de los particulares y de la administración pública a las soluciones brindadas por la autoridades judiciales, a través del precedente, frente a los conflictos de ocurrencia común.

¹ Vicepresidenta del Consejo de Estado 2014.

² En este punto vale la pena mencionar el fortalecimiento presupuestal, de infraestructura y de recursos humanos para la Rama Judicial; el

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y en la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso. Ambos estatutos procesales son el resultado de comisiones redactoras que sesionaron de manera coetánea, por un lado la Comisión que se creó en el Consejo de Estado, por otro lado, el trabajo adelantado por el Instituto Colombiano de Derecho Procesal, para la adecuación de los respectivos procedimientos al sistema de tendencia oral.

Asimismo, los dos códigos prevén el uso de medios tecnológicos, entre muchas otras cosas, en la notificación de las decisiones judiciales, en materia de la producción y práctica de los medios de prueba y en el registro de las actuaciones del juez por conducto de archivos electrónicos.

Hechas estas breves anotaciones sobre el porqué de la actualización y modificación de los códigos de procedimiento en material civil y de lo contencioso administrativo, por supuesto, sin el ánimo de querer agotar ni profundizar en todas las razones que llevaron a la expedición de las mencionadas leyes, resulta oportuno hacer algunas precisiones sobre la vigencia del Código General del Proceso en los asuntos que son del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Este tema es relevante, en la medida en que tradicionalmente los códigos de procedimiento de las diferentes materias, tales como la laboral, penal y de lo contencioso administrativo tienen normas que remiten, bien sea de manera específica o general, a las disposiciones del procedimiento civil, en aquellos aspectos que no tienen regulación propia.

También, porque en la Jurisdicción Ordinaria Civil, primera destinataria de las disposiciones de la Ley 1564 de 2012, estas aun no están vigentes, en su gran mayoría. Pues si bien la totalidad del código entró a regir el 1 de enero de 2014, su aplicación gradual está condicionada a los acuerdos que al efecto expida la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura³. Y, hasta la fecha, por mandato del Acuerdo 10155 del 28 de mayo de 2014, la aplicación gradual del código

³ Cfr. Código General del Proceso, artículo 627. En este punto es importante anotar que algunas normas del Código General del Proceso tuvieron vigencia desde su promulgación, es decir, el 12 de julio de 2012 y otras el 1 de octubre del mismo año.

en relación con la Jurisdicción Ordinaria Civil fue suspendida por falta de recursos.

En el caso de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la Ley 1437 de 2011 entró en vigencia el 2 de julio de 2012, de acuerdo con el mandato del artículo 308 *ejusdem*, y, si bien es cierto que la implementación del juicio por audiencias y diligencias orales ha encontrado ciertas dificultades, las más grandes relacionadas con la falta de recursos, de infraestructura y el incremento exponencial de nuevos procesos, también es cierto que este código cumplió dos años de aplicación, de allí que resulta importante la experiencia adquirida por los servidores de la jurisdicción dedicados a tramitar y decidir los procesos del sistema de tendencia oral.

Luego, si para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el proceso por audiencias y el juicio oral son realidades desde hace más de dos años, es apenas natural y obvio el cuestionamiento sobre la vigencia del Código General del Proceso en los asuntos que son del conocimiento de esta jurisdicción, máxime cuando por disposición del artículo 627 la totalidad de la normativa en mención entró a regir desde el 1 de enero de 2014, aunque con las anotaciones hechas⁴.

El tema no ha resultado pacífico y seguramente aun son muchos los criterios encontrados sobre la materia, habida cuenta de que los acuerdos de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que decidieron sobre la aplicación gradual del Código General del Proceso, no distinguieron si tal gradualidad se predicaba solo de la Jurisdicción Ordinaria Civil o si se debía entender para las otras jurisdicciones que también aplican Ley 1564 de 2012⁵.

En razón de esta discusión, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante auto del 25 de junio de 2014⁶, unificó su jurisprudencia, en relación con la vigencia de la Ley 1564 de 2012 para los asuntos que son del conocimiento

⁴ Se insiste en la anotación hecha sobre la vigencia de algunos artículos desde el 12 de julio de 2012 y otros desde el 1 de octubre del mismo año.

⁵ Se sugiere ver los Acuerdos de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura 10073 del 27 de diciembre de 2007 y 10155 del 28 de mayo de 2014.

⁶ Cfr. Auto del 25 de junio de 2014, exp. 2012-00395-01 (IJ), C.P. doctor Enrique Gil Botero.



de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. La decisión en cita indicó que:

“(...) su aplicación plena [se refiere al Código General del Proceso] en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición que se explicará en el acápite a continuación, las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite (...)”.

Entonces, en los términos de la anterior providencia, la Ley 1564 de 2012 está vigente para los asuntos tramitados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, desde el 1 de enero de 2014, cuando, por mandato del artículo 627 [6] *ejusdem*, las disposiciones de dicho código, que aun no tenían vigencia, entraron a regir⁷.

⁷ Artículo 627 [6] del Código General del Proceso: “(...) *Los demás*

Como sustento del criterio adoptado por el auto del 25 de junio de 2014 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se expuso que:

1. Aunque el legislador no lo hizo expreso, el contenido normativo del artículo 627 [6] del Código General del Proceso está dirigido exclusivamente a la Jurisdicción Ordinaria Civil.
2. Esa jurisdicción es la única que aun no ha implementado la oralidad como mecanismo para tramitar los asuntos a su cargo⁸. En consecuencia,

artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de dos mil catorce (2014), en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias a, según lo previsto por el Consejo Superior de la Judicatura, y en un plazo máximo de tres (3) años, al final del cual esta ley entrará en vigencias en todos los distritos judiciales del país (...)”.

⁸ Se sugiere consultar la Ley 1716 del 16 de mayo de 2014 que

los plazos previstos en materia de adaptación de infraestructura, capacitación de servidores, etc. a la normativa del Código General del Proceso se predica únicamente de la Jurisdicción Ordinaria Civil.

3. El contenido del Acuerdo 10073 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que dispuso la implementación gradual de la Ley 1564 de 2012, se refiere solo a la Jurisdicción Ordinaria Civil, toda vez que los distritos judiciales de esta corresponden a la agrupación de circuitos integrados por municipios, sin embargo, en un mismo departamento pueden existir varios distritos.

En el caso de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, los distritos judiciales corresponden a los departamentos, luego no es posible la implementación gradual que dispone dicho acuerdo, que en un mismo departamento aplica varias fechas para la vigencia, según el distrito que corresponda⁹.

4. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, desde la vigencia de la Ley 1437 de 2011, debe tramitar los asuntos a su cargo por conducto del sistema oral, salvo los procesos iniciados antes del 2 de julio de 2012. En ese orden de ideas, no es lógico ni coherente someter a unos plazos la vigencia del Código General del Proceso, para efectos de la adecuación de la infraestructura, cuando en esta jurisdicción existe infraestructura, así no sea suficiente, y la capacitación para adelantar los procesos que requieran de la oralidad.

5. De acuerdo con el principio de efecto útil de las normas, siempre que exista duda en cuanto al alcance e interpretación de una norma, es deber del intérprete preferir aquel entendimiento que permita la efectividad del contenido normativo. Entonces, si de la lectura del artículo 627 [6] de la Ley 1564 de 2012 es posible establecer dos posiciones: i)

aplazó la entrada en vigencia del sistema oral para la Jurisdicción Ordinaria Civil previsto por la Ley 1395 de 2010.

⁹ Esta precisión obedeció a que el Acuerdo 1003 de 2013 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, suspendido por el Acuerdo 10155 de 2014, establecía una implementación gradual de la Ley 1564 de 2012, así, por ejemplo, para el Distrito Judicial de San Gil la norma debería regir el 3 de junio de 2014, mientras que para el Distrito de Bucaramanga la aplicación empezaría el 1 de diciembre de 2015, aunque ambos distritos son del departamento de Santander.

una interpretación conforme a la cual ese código no se encuentra vigente y ii) una interpretación que razonablemente sostiene la vigencia del código, se debe preferir esta última.

Conviene advertir que la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en mención no fue unánime, sino que tuvo salvamentos de voto sustentados, por un lado, en que los presupuestos fácticos del caso no ameritaban un pronunciamiento sobre la vigencia de la Ley 1564 de 2012 en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, por otro lado, porque la providencia no precisó frente a cuáles asuntos se debe aplicar el código¹⁰, esto es, si a aquellos del Decreto 01 de 1984, si a los de la Ley 1437 de 2011 o a todos.

Para efectos de mostrar la posición disidente a la mayoritaria, se hará referencia a una de las salvedades de voto, tal vez la que resulta más pertinente a esta disertación¹¹, pues sostiene que el artículo 627 del Código General del Proceso fija “(...) una suerte de “vigencia escalonada” esto es, algunas normas entraban a regir con la promulgación de la norma y otras –las más- tenían una vigencia diferida “gradual” en un plazo máximo de tres (3) años, según lo determinase el Consejo Superior de la Judicatura.

Aúna la salvedad de voto que, el legislador subordinó la vigencia de la Ley 1564 de 2012 a la ocurrencia de dos eventos: i) que el Consejo Superior de la Judicatura, en ejercicio de la facultad regulatoria, debe definir el momento de la aplicación en un plazo máximo de dos años; ii) que existan unas condiciones de orden operativo y práctico que deberán ser evaluadas por dicha corporación.

Y, concluye el salvamento de voto que el auto del 25 de junio de 2014, en reemplazo de la función regulatoria propia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, decidió la vigencia del Código General del Proceso sin definir, entre otras cosas: la aplicación de esa normativa a los procesos escriturales, es decir, los tramitados con el Decreto 01 de 1984; la aplicación para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

¹⁰ De los doctores Bermúdez Bermúdez, Buitrago Valencia, Conto Díaz del Castillo, García González, Ortiz de Rodríguez, Pazos Guerrero, Rojas Betancourth y Velilla Moreno.

¹¹ Cfr. Salvamento de voto del doctor Ramiro Pazos Guerrero.

de la regla de pérdida de la competencia por exceder el plazo previsto por el artículo 121 de la Ley 1564 de 2012 y; si la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo cuenta con la infraestructura física y tecnológica para la oralidad.

Hasta acá quedan expuestos los criterios que sirvieron a la discusión resuelta por el auto del 25 de junio de 2014 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado. Ahora, es del caso hacer unas breves disertaciones sobre el asunto, siempre con la consideración de que el tema es susceptible de varias interpretaciones y criterios, todos, por cierto, respetables.

Como punto de partida se debe tener el Código General del Proceso, comoquiera que en tratándose de la vigencia de las leyes, son estas mismas las llamadas a resolver las dudas sobre su aplicación y, en caso contrario, se debe acudir a las reglas generales previstas por la Ley 153 de 1887 y sus modificaciones.

Ya se ha hecho referencia al artículo 627 de la Ley 1564 de 2012 como una de las reglas que se deben observar en punto de la vigencia del mismo código. No obstante, de lo hasta aquí dicho, se concluye que ese artículo resulta insuficiente para despejar los interrogantes relacionados con la aplicación del código en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Concretamente, ya existe claridad en cuanto a que el Código General del Proceso está vigente para los asuntos del conocimiento de la aludida jurisdicción, mas no existe certeza frente a cuáles procesos se aplica, si los que se tramitan por el Decreto 01 de 1984 o los que se regulan por la Ley 1437 de 2011.

Para aproximarse a la respuesta a ese interrogante se acude a las reglas de tránsito legislativo del artículo 624 de la Ley 1564 de 2012, que modificaron el artículo 40 de la Ley 153 de 1887. Dispone aquel artículo que:

“(…) Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren

comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.

La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de la formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la Ley elimine dicha autoridad (...).”

Del contenido del artículo se advierte que: i) las normas procesales **tienen vigencia inmediata** y derogan las anteriores sobre la materia. ii) Pero los recursos propuestos, las diligencias iniciadas, los términos que comenzaron a correr, los incidentes en curso y las notificaciones en trámite, se rigen por la norma que estaba vigente cuando se interpuso el recurso, se decretó la prueba, se inició la audiencia o diligencia, empezó a correr el término, se inició el incidente o el trámite de la notificación. iii) La autoridad judicial competente para tramitar el proceso es la que misma que tenía competencia, de conformidad con la norma vigente, al momento de la presentación de la demanda, salvo que por virtud de la nueva ley procesal se suprima dicha autoridad.

Luego, de las reglas mencionadas en válido concluir que para los procesos tramitados con la Ley 1437 de 2011 en los que sea necesario acudir, por remisión especial o general, a las normas del procedimiento civil, se debe aplicar el Código General del Proceso, excepción hecha de aquellos trámites iniciados, antes del 1 de enero de 2014, tales como recursos, diligencias, pruebas, incidentes, y notificaciones, los cuales deberán culminar con la misma norma con la que fueron iniciados, es decir, el Código de Procedimiento Civil. Esto, por cuanto así lo dispone la misma norma de tránsito legislativo referida y el auto del 25 de junio de 2014 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Ahora bien, surge el interrogante acerca de los procesos tramitados con el Decreto 01 de 1984, Código Contencioso Administrativo, pues precisamente este fue uno de los aspectos que motivaron los salvamentos de voto al auto del 25 de junio de 2014 de la Sala

Plena de lo Contencioso Administrativo, toda vez que esa providencia, al parecer, no dejó claridad sobre la materia.

Es preciso acudir al artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, en tanto prevé que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo solo aplica a “*las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia*”, esto es, el 2 de julio de 2012.

De manera que todas las demandas y procesos anteriores a esa fecha, forzosamente deben continuar su trámite con las disposiciones del Decreto 01 de 1984. Nótese que la Ley 1437 de 2011 **excluyó** la posibilidad de que procesos iniciados en vigencia del Código Contencioso Administrativo puedan ser tramitados con el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Esto, sin duda alguna, es una **evidente y clara excepción** a las reglas de tránsito legislativo del artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, en la medida en que este artículo establece la vigencia **inmediata de las normas procesales**, con las salvedades descritas.

Fluye entonces que, frente al tránsito legislativo del Decreto 01 de 1984 por la vigencia de la Ley 1437 de 2011, se estableció la regla de que *el procedimiento anterior*, esto es, el previsto por el Código Contencioso Administrativo, rige para **todos los procesos anteriores al 2 de julio de 2012**. La regla así enunciada se extiende a las disposiciones del Decreto 01 de 1984 que remiten a otras normas de procedimiento, verbigracia el Código de Procedimiento Civil.

Un criterio contrario al explicado podría resultar problemático, por cuanto sería tanto como sostener que un proceso que se tramita por el Decreto 01 de 1984, **en materia de remisiones otras normas de procedimiento**, se podría apartar de los mismos mandatos del Código Contencioso Administrativo y, por ejemplo, en lugar de aplicar el Código de Procedimiento Civil, aplicar la Ley 1564 de 2012. Dicho de otro modo, la aplicación del Decreto 01 de 1984 a los procesos anteriores al 2 de julio de 2012 debe ser **íntegra**, lo que, por supuesto supone, la aplicación de las normas a las que remite el mismo Código Contencioso Administrativo.

En refuerzo del criterio propuesto en esta disertación, a saber, que para los procesos regulados por el Decreto 01 de 1984 no es posible acudir al Código General del Proceso, cuando sea del caso aplicar por remisión normas del procedimiento civil, sino que se debe aplicar el Código de Procedimiento Civil, conviene referirse al artículo 267 del Código Contencioso Administrativo que dispone:

“(…) *En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo (…)*” (negrilla y subraya fuera del texto).

Según la norma en mención, los vacíos de procedimiento del Decreto 01 de 1984 deben ser llenados con las normas del procedimiento civil, siempre y cuando no sean contrarias con la naturaleza del proceso contencioso administrativo. Por tanto, resulta, por lo menos extraño, al procedimiento administrativo escritural del Código Contencioso Administrativo la aplicación de normas del procedimiento civil de la Ley 1564 de 2012, las cuales fueron concebidas para un sistema de tendencia oral.

En suma, el Código General del Proceso está vigente para los asuntos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que se tramitan por la Ley 1437 de 2011, desde luego, con apego por las reglas de tránsito de legislación del artículo 624 de la Ley 1564 de 2012. Respecto de los procesos regulados por el Decreto 01 de 1984, se deberá aplicar como norma remisoría al procedimiento civil el Código de Procedimiento Civil.

Dicho lo anterior, queda por reflexionar sobre algunas normas del Código General del Proceso que no podrán ser aplicadas al trámite de los procesos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, porque, en los términos del artículo 306 de la Ley 1437, serían incompatibles con la naturaleza de tales actuaciones.

Es pretensioso para esta disertación hacer una lista taxativa y comprensiva de todas las normas de la Ley 1564 de 2012 que, por su contenido, son extrañas al procedimiento de lo contencioso administrativo y, por ende, no se pueden aplicar. Empero, de entrada es posible advertir que todas las normas que regulan los

procesos que son de competencia de la Jurisdicción Ordinaria Civil son inaplicables a los procesos de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, comoquiera que esta cuenta regulación especial para sus procesos en la Ley 1437 de 2011¹².

El artículo 121 del Código General del Proceso que prevé un (1) año como término máximo para la duración del proceso, en primera instancia, y seis (6) meses en segunda¹³, también resulta incompatible con el procedimiento administrativo. La primera razón que sustenta esta afirmación es la congestión judicial actual de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, lo que en la práctica hace imposible dar cumplimiento a esa previsión. Y, aunque este argumento no es jurídico sino práctico, tiene plena comprobación en el hecho de que en la Jurisdicción Ordinaria Civil la aplicación de la Ley 1564 de 2012 está suspendida, entre otras razones, por la congestión de procesos.

Desde la perspectiva jurídica existen argumentos para sustentar la incompatibilidad del aludido artículo 121. Cabe mencionar que tal norma no fue introducida al ordenamiento jurídico colombiano por el Código General del Proceso, sino que fue establecida por el artículo 9 de la Ley 1395 de 2010¹⁴, en realidad lo que

hizo la Ley 1564 de 2012 fue reproducirla.

No obstante, y sin perjuicio de las discusiones que sobre la unidad de materia se puedan suscitar, el artículo 200 de la Ley 1450 del 26 de junio de 2011¹⁵, que estableció el Plan Nacional de Desarrollo para el periodo 2011-2014, excluyó la aplicación del término de duración de los procesos a los asuntos que son del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

No se desconoce el hecho de que esa norma de la Ley 1395 de 2010 fue derogada por el artículo 626 [c] del Código General del Proceso, pero el contenido normativo del artículo 121 *ejusdem* es el mismo, por tanto, es indiscutible que el mandato del artículo 200 de la Ley 1450 se mantiene, es decir, que el término de duración de los procesos excluye a los procesos administrativos.

Fuera de lo anterior, no se puede pasar por alto las diferencias que existen entre la integración de la Jurisdicción Ordinaria Civil y la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. A modo ilustrativo, téngase en cuenta que la Jurisdicción Ordinaria tiene un nivel adicional de decisión, pues cuenta con jueces municipales, y los tribunales no conocen asuntos en primera instancia.

12 Cfr. Artículos 368 y ss de la Ley 1564 de 2012, en cuanto disponen los procesos de la Jurisdicción Ordinaria Civil.

13 **Artículo 121 de la Ley 1564 de 2012: Duración del proceso.** Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal (...). Excepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis (6) meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso. Será nula de pleno derecho la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia (...).

14 **Artículo 9 de la Ley 1395 de 2010. Derogado por el literal c), art. 626, Ley 1564 de 2012.** Se adiciona el artículo 124 del Código de Procedimiento Civil con el siguiente párrafo: **Parágrafo.** En todo caso, salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada, ni a seis (6) meses para dictar sentencia en segunda instancia, contados a

partir de la recepción del expediente en la Secretaría del Juzgado o Tribunal (...).

15 **Artículo 200 de la Ley 1450 de 2011. Gestión de la Administración de Justicia.** Para todos los efectos legales, en los procesos en los que la parte demandada ya se hubiere notificado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, el plazo de duración de la primera instancia previsto en el artículo 9° de la Ley 1395 de 2010, comenzará a contarse a partir del día siguiente a la vigencia de esta ley.

Desde esta última fecha también comenzará a correr el plazo de duración de la segunda instancia para los procesos que ya se hubieren recibido en la Secretaría del juzgado o tribunal.

Para los demás procesos, los plazos de duración previstos en el artículo 9° de la Ley 1395 de 2010 comenzarán a contarse desde el momento en que se configure el presupuesto establecido en esa disposición.

El plazo de duración para los procesos de única instancia será el señalado para los de primera.

Vencido el respectivo término sin haberse dictado la sentencia, el expediente pasará a un Juez o Magistrado itinerante designado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura o quien siga en turno según lo prevé el artículo 9° de la Ley 1395 de 2010.

Los términos a que se refiere el artículo 9° de la Ley 1395 de 2010 no aplican en los procesos que se tramitan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo (negrilla y subraya fuera del texto).



Por el contrario, en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo el primer nivel de decisión corresponde a los jueces de circuito, los tribunales sí conocen asuntos en primera instancia e, incluso, el Consejo de Estado actúa como órgano de cierre, pero también como juez de segunda instancia en ciertos asuntos.

De manera que el plazo de un año, en primera instancia, y de seis meses, en segunda instancia, para decidir los procesos administrativos, en el estado actual de cosas, es inasequible¹⁶.

Otra de las normas del Código General del Proceso que es incompatible con la normativa de la Ley 1437 de 2011 es la relacionada con el trámite de las audiencias. Dispone el artículo 107 del Código General del Proceso las reglas para el desarrollo de las audiencias. Asimismo, los artículos 368 *ejusdem* y siguientes regulan las especificidades de cada uno de los procedimientos ante la Jurisdicción Ordinaria Civil y las audiencias que se deben celebrar para su decisión.

16 Cfr. GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos. *El nuevo proceso contencioso administrativo, sistema escrito-sistema oral*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá, 2014, págs.751 y ss.

Por su parte, los artículos 180, 181 y 182 de la Ley 1437 de 2011 enuncian las pautas para el desarrollo de la audiencias inicial, de pruebas y de alegaciones y juzgamiento, que son iguales para todos los medios de control que se tramitan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con las excepciones hechas por la misma normativa.

Así las cosas, las previsiones sobre el desarrollo de las audiencias fijadas por la Ley 1564 de 2012 no podrían ser extensivas al procedimiento de lo contencioso administrativo, pues, se insiste, este último cuenta con la regulación íntegra en la Ley 1437 de 2011.

Quedan así expuestos los argumentos de esta disertación sobre la vigencia de la Ley 1564 de 2012 para los asuntos del conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, también las razones para sostener que la aplicación de esa norma solo sería posible para los procesos que se tramitan por la Ley 1437 de 2011. Asimismo, se mencionaron algunas de las normas del Código General del Proceso que se consideran incompatibles con las previsiones del procedimiento administrativo. ■



Derecho electoral: guardián de la democracia y pilar del Estado Social de Derecho

por: **Susana Buitrago Valencia**
Consejera de Estado, Sección Quinta

1. Reflexiones generales.

La legitimidad de toda organización social con régimen republicano la asegura un sistema electoral que materialmente garantice la participación y el pluralismo, dotado de un ordenamiento legal que esté compuesto por parámetros claros y precisos para el ejercicio democrático. Esto, porque las normas de

textura abierta en materia electoral atentan contra la certeza que exige el debate político en toda su integralidad, tanto del lado de los electores como en dirección a los candidatos que aspiran a ser parte de la dirigencia del Estado.

La regla general es la habilitación de la que *per se*, en principio, gozan todos los ciudadanos en su posibilidad de vincularse al ejercicio y al control del desempeño de las potestades públicas.

Se accede a éstas, ya mediante elección por voto popular o a través de elección por cuerpo colegiado, o ya por designación o nombramiento, modalidades que son especies o manifestaciones del derecho fundamental de carácter político previsto en el artículo 40 Superior¹ y en el 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos².

Los requisitos de inelegibilidad y el régimen de inhabilidades como exigencias para su ejercicio, reciben justificación de su validez, de una parte, en el interés prevalente de la comunidad a obtener convicción sobre la idoneidad integral de sus dirigentes, expresión del mandato representativo que les otorga para el manejo de lo público; y de la otra, en asegurar el equilibrio de las condiciones para cautivar un electorado legítimo. En este entendido, tales requerimientos deben ser racionales y proporcionales a dichos fines.

1 El artículo 40 de la Constitución Política consagra: “*Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:*

1. *Elegir y ser elegido.*
 2. *Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.*
 3. *Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.*
 4. *Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.*
 5. *Tener iniciativa en las corporaciones públicas.*
 6. *Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.*
 7. *Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.*
- Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisivos de la Administración Pública.”*

2 El artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: “*Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.*

Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.”

2. Iniciativas para un derecho electoral más ajustado a la dinámica del Estado colombiano

Nuestro actual sistema político requiere que se evalúen y revisen materias transcendentales v.gr. la elección por circunscripción nacional de los Senadores de la República y el porcentaje del umbral para participar en la asignación de curules, pues es preciso establecer si en verdad el actual régimen ha propiciado una equitativa integración de esta corporación legislativa con representación de todas las regiones de Colombia.

De la misma manera, merece revisión el actual régimen de inhabilidades constitucionales y legales para acceder al Congreso de la República, para ser elegido miembro de corporación en los órdenes territoriales, e igualmente para ser gobernadores o alcaldes.

Inhabilidades como la prohibición del ejercicio de autoridad en sus diferentes modalidades por parte del candidato o de sus parientes durante la época de la campaña se basa en reglas que en la forma como actualmente están configuradas no ofrecen la claridad y la precisión suficiente para que su observancia por parte de los actores políticos sea certera. El propio juez electoral batalla para interpretar su alcance a la hora de enfrentar una decisión.

Resulta insólito que el constituyente originario haya establecido a título de inhabilidad una prohibición sin sujeción temporal para acceder al cargo de Congresista: la consagrada en el numeral 5° del artículo 179 Superior³, que se vuelve inane, pues se soslaya evitando quedar incurso en ella retirándose de la función pública solo para el momento de la elección, mientras que durante el período inhabilitante ejerció esa clase de autoridad proscrita, época que es donde tenía incidencia tal situación, lo que salva de no resultar afectada su elección.

3 Esa norma establece: “*No podrán ser congresistas: (...)*

5. *Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política. (...)*”

En el numeral 6° del citado artículo de la Carta⁴ y en los numerales 5° del 33 de la Ley 617 de 2000⁵ y 4° del 43 de la Ley 136 de 1994⁶, se establece como prohibido que se inscriban por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de miembros a corporaciones públicas a realizarse en la misma fecha, parientes en los grados señalados en las respectivas disposiciones, prohibición que, por lo tanto, de incurrirse en ella, acarrea la invalidez de la elección que se produzca.

Pero, aunque la teleología que informa tal proscripción es la de evitar la concentración de poder en las corporaciones públicas entre familiares, a la hora de tipificar tal conducta surge el inconveniente de que la norma no precisa cuál elección es la que debe anularse o, si dado el supuesto de hecho previsto en ella, acarrea que tanto la elección del primero que se inscribió como la de los sucesivos parientes estén viciadas.

4 En esa norma se consagra: “No podrán ser congresistas (...)

6. *Quienes estén vinculados entre sí por matrimonio, o unión permanente, o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad, o primero civil, y se inscriban por el mismo partido, movimiento o grupo para elección de cargos, o de miembros de corporaciones públicas que deban realizarse en la misma fecha. (...)*”

5 “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”. El numeral 5 del artículo 33 de norma en comentario preceptúa: “De las inhabilidades de los Diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido como diputado: (...)

5. (...) quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha.”

6 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”. El numeral 4° del artículo 43 establece: “No podrá ser inscrito como candidato ni elegido como concejal municipal o distrital: (...)

4. (...) *quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha.*”

También es necesario que se examine si lo que otorga preexistencia de ventaja de un candidato sobre otro recae en que haya celebrado el contrato estatal (como actualmente lo reza la norma) o si lo que le da la preeminencia frente a la comunidad electoral es que haya ejecutado el contrato que se desarrolló con un presupuesto público. Otra circunstancia que se debe delimitar con precisión, a fin de evitar equívocos, es el lindero que separa la prohibición de intervenir en la celebración de contratos, de la prohibición de intervenir en la gestión de negocios, puesto que son figuras que pese a los esfuerzos y el desarrollo de la jurisprudencia, todavía inducen a confusión al candidato, al ciudadano que ejerce control del acto de elección, e incluso al propio juez de lo contencioso administrativo cuando se enfrenta a resolver el caso concreto.

Y como estos ejemplos, muchos otros puntos de similar naturaleza requieren ser abordados como contenidos o como materia de una reforma política de la que el propio Congreso es consciente de su necesidad, pero que se cuida de liderar por el temor del impacto mediático de la reforma que podría ser vista como una manera de dotarse de privilegios, aún sin ser así, y correspondiéndole por ser órgano competente para la presentación de la iniciativa del proyecto.

Así, la verdadera eficacia práctica del control judicial del sometimiento a la Constitución y a la Ley del acto de elección, traducido en mecanismo que materialmente contribuya a la garantía de la certeza sobre la legitimidad del acceso a la función pública, está íntimamente relacionada y depende de lo unívoco que sea el régimen legal aplicable, si bien con un diseño preventivo, (reglas para la garantía de evitar desequilibrio en la igualdad de oportunidades entre los aspirantes y dirigidas a otorgar seguridad en la probidad e idoneidad de los elegidos o nombrados), pero estructurado con lógica y racionalidad.

De un sistema constitucional y legal con estas características de acierto, precisión y certeza en las reglas del juego político, también depende la efectiva participación de los ciudadanos como aspirantes a los cargos de elección popular, y la seguridad de los partidos políticos en el otorgamiento de los avales.

Es por ello que al derecho electoral le repelen los vacíos legales y la asunción por el juez electoral de crear jurisprudencia, que se constituya en fuente formal del derecho (pues tan delicada materia debe estar prevista en derecho positivo y porque la jurisprudencia puede ser cambiante o reestructurarse, causando incertidumbre al elector y al electorado), y se trata de temática que atañe directamente a un derecho fundamental, que requiere estar garantizado por un ordenamiento jurídico completo, a fin de que otorgue plena certeza.

Temas como el triple efecto de consecuencia adversa del que es sujeto pasivo un ciudadano elegido popularmente a corporación pública respecto de una misma causal inhabilitante: **i)** que se anule judicialmente su elección; **ii)** que se le destituya por falta disciplinaria por parte de la Procuraduría General de la Nación; y **iii)** que se le decrete la pérdida de su investidura; es situación que debe conducirnos a repensar si en verdad esta cadena de sanciones por un mismo hecho se justifica en que es diferente el interés jurídico que se tutela en el contencioso electoral, en el proceso administrativo disciplinario y en la acción de pérdida de investidura, o si por el contrario, con ello se presenta una alteración de la prohibición universal del *non bis in idem*.

Padecer la consecuencia de quedarse suprimidos vitaliciamente los derechos políticos a poder ser elegido popularmente, cuando se pierde la investidura como congresista, no debe contravenir una de las garantías del derecho a la libertad previsto en el último inciso del artículo 28 de la Carta, según el cual en ningún caso podrá haber penas

imprescriptibles, es materia de no poca importancia y trascendencia, y por lo tanto necesita ser objeto de profundo análisis por el constituyente derivado.

Por otro lado, que perder la investidura como miembro de corporación pública de elección popular perteneciente al orden territorial inhabilite de por vida para ser elegido diputado, concejal o edil, pero no así para ser congresista, es situación que, como mínimo, requiere volver los ojos sobre su justificación.

El contencioso electoral o acción de nulidad electoral⁷ es por excelencia un proceso objetivo de legalidad, que teóricamente está al alcance de ser instaurado por cualquier ciudadano, pero tal serie de exigencias de técnica jurídica, en especial, en el planteamiento de los cargos o vicios que en la demanda se atribuyen a la elección acusada, y sobre todo, cuando ésta es por voto ciudadano y los motivos de nulidad que se alegan como censuras que invalidan el acto administrativo corresponden a causales objetivas atinentes a irregularidades en la votación o en el escrutinio, arriesgan con desdibujar su naturaleza de acción pública.

Porque, dado el carácter eminentemente rogado de este juicio y a fin de que el juez pueda fijar el litigio y que el demandado (que es el elegido) ejerza su derecho de defensa, se le exige al demandante que no le es admisible proponer los cargos de manera genérica o indeterminada, sino que está obligado a precisarlos, circunscribiéndolos a la mesa, puesto y zona donde alega haberse presentado el fraude o el motivo de la falsedad electoral que aduce.

Así mismo, se le impone como carga demandar junto con el acto de elección que acusa, y que es el principal, también los actos administrativos

⁷ La denominación de acción electoral es la que recibe directamente de la Carta Política en los artículos 237 y 264 Superiores, razón por la que prevalece frente al nombre “medio de control de Nulidad Electoral” que le otorgó el CPACA.

emanados de la autoridad electoral competente que contengan los pronunciamientos producidos antes de declararse la elección y proferidos en función de resolver las reclamaciones o irregularidades presuntamente constitutivas de nulidad, cuando quiera que estos actos presenten relación directa con las causales de nulidad en que funda la demanda y que atañen a actuaciones previas a la declaración de la elección que cuestiona.

Todas estas exigencias, aunque necesarias para que el juez electoral realice en concreto su función verificadora de la transparencia del proceso administrativo electoral que precedió a la declaratoria de la elección, es innegable que hasta cierto punto desdican del carácter público de este contencioso para la cual no se exige el *ius postulandi* para promoverlo, lo mismo sucede al no exigirse acreditar legitimación en la causa o interés para obrar, características que tradicionalmente han identificado el medio de control de nulidad electoral.

Ello lleva a pensar si entonces convendría que cuando se aleguen causales o vicios objetivos contra una elección de carácter popular se exija al demandante legitimación - *acreditación de defensa de un derecho subjetivo para poder instaurar esta acción*. En la práctica, se aprecia que las más de las veces, detrás de quien figura como demandante, en realidad quien promueve el proceso es el candidato que resultó no elegido, lo que podría desnaturalizar el contencioso electoral como un objetivo de legalidad y convertirlo en un proceso de nulidad con restablecimiento del derecho.

Adicionalmente, es de resaltar que la redacción literal del artículo 139 del “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” - CPACA- establece que “cualquier persona puede presentar la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales (...)”, de lo que es pensable que el legislador haya querido

que las demandas de nulidad electoral respecto de elección por voto popular puedan ser instauradas por personas jurídicas, v.gr. los partidos o movimientos políticos.

De esta manera, la naturaleza pública del contencioso electoral se reservaría para cuando se instaure con el fin de someter a control judicial una elección popular en las que se invoquen causales de nulidad subjetivas, esto es, las que atañen a la falta de requisitos de elegibilidad o basadas en que el elegido se encuentra incurso en inhabilidades. Esta clase de vicios son quizás de más fácil percepción o averiguación por cualquier ciudadano y presentan menor exigencia de planteamiento técnico jurídico a la hora de instaurar la demanda, la cual en todo caso debe incluir un concepto de violación debidamente sustentado.

3. Las recientes reformas políticas y la necesidad de adecuación del ordenamiento jurídico electoral para el postconflicto.

No es posible desconocer los esfuerzos del constituyente derivado en las últimas reformas políticas, 01 de 2003⁸ y 01 de 2009⁹. La primera con el énfasis de fortalecer a los partidos y movimientos políticos y la segunda dirigida mayormente a responsabilizarlos de las consecuencias de los avales que otorgan a los candidatos que se inscriben a elección popular, actos legislativos que en tales propósitos han tenido significación y repercusión con efectos benéficos.

Tampoco se puede dejar a un lado el esfuerzo del Congreso como legislador ordinario con la expedición en el año 2011 de la Ley 1437 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, estatuto en el que se mantuvo como proceso especial y propio el contencioso

⁸ “Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones”.

⁹ “Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia.”



electoral para el juzgamiento de los actos de elección y de nombramiento y que lo inspiró la finalidad de hacer más ágil su trámite; así como también el esfuerzo del legislador estatutario traducido en la Ley 1475 de 2011 *“por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”*, codificación y estatuto, respectivamente, que son de avanzada en la contribución por dotar al ordenamiento jurídico colombiano de nuevas reglas para el control y la promoción del mantenimiento de la democracia participativa. Pero aún faltan bastantes temas por perfeccionar en tan trascendente materia.

Las situaciones aquí citadas son meros ejemplos frente a una amplia gama de asuntos de la mayor importancia, que requieren ser replanteados si aspiramos a que nuestro sistema político electoral presente mayor coherencia con la filosofía que caracteriza nuestro Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizado, democrático, participativo y pluralista, que facilite la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida política de la Nación, para asegurar la convivencia pacífica

y la vigencia de un orden justo (Artículos 1° y 2° de la Constitución Política).

A la anterior consideración se arriba ante omisiones legislativas, tales como que después de más de dos décadas de la expedición de la Carta Política de 1991, aún no se cuente con el Estatuto de la Oposición. Téngase en cuenta que con los resultados que otorguen los diálogos de paz que actualmente se surten con los grupos insurgentes alzados en armas, en el acuerdo que se alcance para poner fin al conflicto que durante tantos lustros ha atormentado a la patria, surgirán nuevos y grandes retos para el sistema electoral vigente.

Ello implicará transformaciones que contemplen nuevas reglas para ampliar la posibilidad de participación en la gobernabilidad del país de actores políticos provenientes de circunscripciones electorales que tradicionalmente han estado marginados, debido a la situación de violencia, así como de parte de ciudadanos respecto de quienes por las especiales circunstancias habrá que exceptuarlos de considerarlos incursos en algunas precisas inhabilidades, para permitirles su participación política. ■

El juramento estimatorio, o la eficacia del principio constitucional de la buena fe en el servicio público de la justicia

por: **Germán Alberto Bula Escobar**
Consejero de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil

El juramento estimatorio es una institución de vieja data en el ordenamiento procesal colombiano que enhorabuena el Código General del Proceso actualizó y fortaleció dentro de su propósito de adecuar el ejercicio del derecho de acceso a la justicia y la prestación de este servicio público a los postulados que informan la Constitución Política de 1991 y, muy en particular, al principio de la buena fe, que en términos procesales se ha expresado tradicionalmente en la lealtad que se deben las partes, los demás intervinientes y la autoridad judicial en el curso de los procesos.

Es, en últimas, un instrumento para la realización de la ética en la justicia.

Esa lectura de la norma no es nueva pero destaca su importancia dentro del marco del objeto y los propósitos que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo fijaron a esta jurisdicción: “... *la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución y en la ley y la preservación del orden jurídico...*”¹

Además del sentido ético de la norma que lo consagra, interesa su análisis frente a la tendencia

¹ Ley 1437 de 2011, artículo 103.

a establecer una decidida separación entre el juramento estimatorio y la exigencia de la estimación razonada de la cuantía para determinar la competencia del juzgador cuando se trata de pretensiones cuantificables económicamente, no obstante que uno y otra deben contenerse en los respectivos escritos de demanda y que, con la salvedad de lo que resulte probado en el proceso o se cause en su transcurso, las sumas a las que se contraigan ambos requisitos apuntan a la competencia del juzgador por razón de la cuantía, si las pretensiones son coherentes y responden a actuaciones de buena fe.

La hipótesis a considerar es que se trata de instituciones que se retroalimentan y que, como consecuencia, hacen manifiesta desde la presentación misma de la demanda la buena fe de la parte actora más allá del efecto de definir el juez competente.

El juramento estimatorio en su regulación actual², está contenido en el artículo 206 del Código General del Proceso³ que es del siguiente tenor:

² Ley 1564 de 2012 (julio 12), “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

³ Recuérdese que por mandato del artículo 627, numeral 1, el artículo 206 entró a regir desde la promulgación de la Ley 1564.



“Artículo 206. Juramento estimatorio.

Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión

o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales.

Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento la sanción equivaldrá al cinco (5) por ciento del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.”

La estructura de la norma está claramente fundada en la necesidad de configurar la plena prueba del valor económico o precio de unas pretensiones concretas. Subyace en ella la idea de que se trata del derecho a un pago en dinero cuyo monto no está determinado, y por consiguiente no es exigible por vía de ejecución y debe ser controvertido y declarado previamente.

Así pues, quien pretende el pago estima su valor y activa la intervención del presunto obligado para que, con la demostración razonada de la inexactitud, la cuantía reclamada se decante y pueda ser valorada por el juzgador para efectos de la decisión que le compete.

Hasta aquí, la norma asume que las partes actúan bajo el principio general de la buena fe, de manera que de ellas mismas depende que sus diferencias económicas queden tasadas en derecho y en justicia. El legislador también se hizo cargo de las debilidades humanas y facultó al juez para decretar pruebas de oficio cuando observe que, con o sin intervención del posible obligado, la cuantía estimada es notoriamente excesiva o ilegal o tiene elementos que le permiten sospechar de actuaciones desleales de una o ambas partes.

Si así quedare demostrado, la misma norma consagra la sanción pecuniaria que procede imponer a la parte que actuó de mala fe, e igualmente sanciona cuando en el proceso no se prueben los perjuicios pretendidos.

Valga observar que la norma procesal en comento incorpora una disposición acorde con el mandato constitucional de reconocimiento y especial protección de las condiciones de vulnerabilidad en las que puede encontrarse una persona, y al efecto excluye de manera expresa a los incapaces de la aplicación del juramento estimatorio, puesto que en tal condición jurídica deben actuar a través de representantes y por lo tanto sus derechos y obligaciones deben ser valorados con todos los medios de prueba que resulten necesarios y el derecho a su contradicción.

Los elementos destacados y los demás que surgen de la lectura detenida del artículo 206 del Código General del Proceso, son un mandato concreto y eficaz del legislador para que el acceso a la justicia y las actuaciones de los jueces incorporen la conducta ética que se extraña y reclama a las instituciones y que es particular objeto de reproche a la Rama Judicial, pero que tanto obliga a los funcionarios y empleados como obliga a los ciudadanos y a sus apoderados cuando acuden a los jueces para resolver sus diferencias.

Ahora bien, en el Código General del Proceso el juramento estimatorio es requisito de la demanda al igual que lo es la estimación de la cuantía cuando sea necesaria para establecer la competencia y el trámite⁴; su ausencia es causal de inadmisión.

La coherencia, que para el caso es expresión manifiesta de la buena fe de la parte actora, hace suponer que los valores a los que se refiera en los acápites correspondientes de su demanda deben guardar relación, de manera que la determinación de la autoridad judicial competente que de tales valores se deriva sea analizada sin prejuicios

⁴ C.G.P., Ley 1564/12, artículo 82. “Requisitos de la demanda. Salvo disposición en contrario, la demanda con que se promueva todo proceso deberá reunir los siguientes requisitos: ... 7. El juramento estimatorio, cuando sea necesario. ... 9. La cuantía del proceso, cuando su estimación sea necesaria para determinar la competencia o el trámite. (...)”

y, de contera, garantice que en el proceso, por lo menos respecto de la cuantía, no se configure causal de nulidad que haga nugatoria la actividad judicial adelantada.

Este efecto arrastra otro, de muchísima importancia: la justicia pronta y justa. Regulaciones como la del juramento estimatorio se erigen en valioso instrumento para cambiar muchas de las expectativas bajo las cuales el ciudadano se acerca a la justicia, y muchas de las respuestas que de ella obtiene; y, por supuesto, para cambiar los imaginarios y realidades que resultan de tales expectativas y sus respuestas.

En la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo las normas procedimentales no se refieren de manera especial ni explícita al juramento estimatorio, lo cual no aparece necesario en la medida en que al ser un medio probatorio, la remisión expresa que el artículo 211 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo hace al Código de Procedimiento Civil (que debe entenderse hecha a la norma que lo sustituye, esto es, al Código General del Proceso) hace que se incorpore a los procesos de conocimiento de esta jurisdicción.

Se advierte, sí, que es parte de los requisitos de la demanda en cuanto medio probatorio, puesto que al igual que en el Código General del Proceso, el CPACA en su artículo 162 ordena que dicho escrito debe contener:

“... 5. La petición de las pruebas que el demandante pretenda hacer valer...
6. La estimación razonada de la cuantía, cuando sea necesaria para determinar la competencia.
...”

Vuelve a jugar la coherencia de la demanda y la presencia de la buena fe en la conducta de la parte actora en los procesos contencioso administrativos, como quiera que si se trata de pretensiones económicas para las cuales es necesario acudir al juramento estimatorio como medio de prueba de su cuantía, es

imprescindible incluir en el escrito de demanda dicho juramento y el monto que por él se tase como medida económica de las pretensiones.

De manera que, sin perjuicio de las resultas de la aplicación del artículo 206 del Código General del Proceso que es el régimen propio del medio de prueba, es lo cierto que el monto propuesto por el actor incide en la competencia del juzgador por razón de la cuantía y se configura como un elemento lógico de la estimación que para tal efecto exige el artículo 162, numeral 6, del CPACA.

En esa perspectiva, el juramento estimatorio como elemento de configuración de la competencia por razón de la cuantía no debe excluirse por considerar *prima facie* que deja en la voluntad de la parte actora la definición de su juez. Al contrario. Su regulación está llamada a generar los mismos efectos en la conducta ética del ciudadano, de los apoderados y de las autoridades públicas cuando deben resolver sus diferencias ante esta jurisdicción.

En los dos estatutos procedimentales es evidente que la coherencia entre el monto de las pretensiones estimado bajo juramento y el de la cuantía que determina la competencia del juzgador, obliga al ejercicio del derecho de acceso a la justicia bajo el principio constitucional de la buena fe.

La Corte Constitucional por su parte, en la sentencia C- 157 de 2013 de la que fue ponente el Magistrado Mauricio González Cuervo, al sintetizar el razonamiento que llevó a esa Alta Corporación a condicionar la exequibilidad del artículo correspondiente del Código General del Proceso, sentó la base que estaría ínsita en estos razonamientos y en el eventual acogimiento de propuestas como las que adelante se mencionan en lo que respecta al objeto jurídico tutelado por la estimación de la cuantía de que se viene hablando. Dice la sentencia:

“... la Corte pudo establecer que la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias es acorde con el

ordenamiento constitucional; que esta norma es potencialmente adecuada para cumplir dicha finalidad... “

Al declarar **Exequible** el parágrafo único del artículo 206 del Código General del Proceso, la Corte lo sujetó al “*entendido de que tal sanción -por falta de demostración de los perjuicios-, no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado.*”

Este condicionamiento no empece a lo subrayado en este escrito en relación con la ética que desde la condición de ciudadanos y apoderados o en la calidad de jueces, debe impregnar la conducta de quienes acceden a la justicia y de quienes la imparten.

Por último valga anotar que la inquietud relativa a consagrar de manera expresa la figura del juramento estimatorio para la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha sido mencionada en varias oportunidades por más de un Magistrado y algunos

jueces y académicos. En texto aún inédito puesto a disposición de quien escribe estas notas por generosidad de su autor, el Magistrado Leonardo Augusto Torres Calderón, expresidente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, hace la propuesta consistente en que:

“En el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se debe establecer la figura procesal del ‘juramento estimatorio’ como requisito de la demanda y como medio de prueba, juramento que permitiría racionalizar las pretensiones de las demandas, pues en caso de que sean excesivas, el demandante puede verse penalizado, tal como lo consagran el numeral 7 del artículo 82 y el artículo 206 del Código General del Proceso, Ley 1564 de 2012.”

Se trata de reconocer y empoderar un instrumento de tantas connotaciones éticas y jurídicas como es el juramento estimatorio, en medio de las dificultades y prevenciones que inhiben el ideal de la pronta y debida justicia. ■





El objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo¹

por: **Enrique Gil Botero**
Consejero de Estado, Sección Tercera

1. Antecedentes del nuevo objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

¹ El presente escrito se apoya en dos autos proferidos por el Consejo de Estado, donde fue ponente el Consejero autor de este otro texto: El primero, del 21 de noviembre de 2013 -rad. 76001-23-31-000-2012-00002-01 (46.027)-; y el segundo, del 12 de febrero de 2014 -rad. 25000-23-36-000-2012-00679-01 (47.083).

Para entender en su dimensión completa el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo definido en los artículos 103 a 105 de la Ley 1437 de 2011, es necesario recordar, por lo menos, los antecedentes más inmediatos del tema, concretamente la Ley 1107 de 2006,

por medio de la cual se modificó el artículo 82 del CCA.²

Las reformas del 2006 se resumen en los siguientes aspectos: *De un lado*, se definió que el objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo consiste en "... juzgar las controversias y litigios originados en la actividad de las entidades públicas...", en lugar de "... juzgar las controversias y litigios administrativos...", como disponía el artículo modificado. *De otro lado*, incluyó, en forma expresa, a las sociedades de economía mixta, siempre que el capital estatal sea superior al 50%. De esta manera, la Ley 1107 de 2006 dispuso, con absoluta claridad, que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de las controversias originadas en litigios donde sean parte las "entidades públicas". Con este nuevo enfoque el criterio que definió quién es sujeto de control, fue el "orgánico", no el "material", es decir, ya no importaba determinar si una entidad ejerce o no función administrativa, sino si pertenece a la estructura del Estado. De esta manera, se simplificaron, en buena medida, los conflictos de

jurisdicción, recurrentes entre la justicia ordinaria y la Contencioso Administrativa, que se reflejaron en mayor seguridad jurídica para las partes procesales, así como para la propia administración de justicia.

La otra modificación que introdujo la Ley 1107 fue que las sociedades de economía mixta, con capital público superior al 50%, también eran sujetos de esta jurisdicción. Esto significó, por lo menos, lo siguiente: Que las sociedades mixtas, con capital igual o inferior al 50%, tenían, como juez natural, al ordinario, sin importar el tipo de acción, acto, hecho o situación que diera lugar al proceso donde fueran parte.

El propósito del legislador fue dirimir la polémica surgida entre las altas Cortes, a propósito de la jurisdicción competente para conocer de algunas controversias, así como dilucidar, al interior del Consejo de Estado, sus propias dificultades para resolver los problemas de las Empresas de SPD, que sirvieron de base a la exposición de motivos del proyecto de ley, como también a todas las ponencias en cada uno de los debates.

El legislador adoptó una solución, clara y agresiva: La Ley 1107 de 2006 asignó, de manera fuerte e intensa, a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la competencia para juzgar las controversias donde fueran parte las "entidades públicas", sin importar la función que desempeñaran, toda vez que se pasó de considerar el "criterio material o funcional", como factor de distribución de competencias, al "criterio orgánico", donde lo determinante era la pertenencia a la estructura del Estado. A manera de síntesis, la estructura de competencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la Ley 1107 de 2006, fue la siguiente:

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

² Prescribe esta norma, resaltando en negrillas los aspectos modificados, que: "Artículo 1. El artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 30 de la Ley 446 de 1998, quedaría así:

"Artículo 82. Objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. 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 los 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'.

"Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en actos políticos o de Gobierno'.

"La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley. Las decisiones jurisdiccionales adoptadas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura, no tendrán control jurisdiccional'. (Negrillas fuera de texto)

"Artículo 2. Derógase el artículo 30 de la Ley 446 de 1998 y las demás normas que le sean contrarias.

"Parágrafo. **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.**" (Negrillas fuera de texto)

ii) Conoce de las controversias y litigios de responsabilidad extracontractual, en los que sea parte una entidad pública, sin importar el tipo de órgano, ni la función que ejerza, basta con que se trate de una entidad pública, con la excepción del numeral siguiente.

iii) Las materias a que se refieren los numerales anteriores, las juzgaba esta jurisdicción, inclusive, tratándose de sociedades donde el Estado posea un capital superior al 50%. Si el capital público era igual o inferior a este porcentaje, la competencia correspondía a la jurisdicción ordinaria.

iv) En materia laboral, esta jurisdicción conoce los asuntos que tenía asignados, excepto los previstos en la ley 712 de 2001, la cual continuó vigente, en los términos del parágrafo del art. 2 de la ley 1.107 de 2006.

v) También conoce de las controversias y litigios de las personas privadas "... que desempeñen funciones propias de los distintos órganos del Estado" –art. 1, ley 1.107 de 2006-, incluidas las contrataciones de las empresas privadas de SPD, donde se pacten y/o ejerciten los poderes exorbitantes –art. 31 ley 142, modificado por la ley 689 de 2001-, y las materias a que se refiere el art. 33 de la misma ley.

vi) Esta jurisdicción no conoce, sin embargo, de los procesos de ejecución que reúnan las características descritas, salvo los que están asignados por normas especiales –ejecutivos contractuales (art. 75, ley 80) y de sentencias dictadas por esta jurisdicción (art. 132.7 del CCA)-, que prevalecen sobre las disposiciones generales.

Esta fue la Ley que el CPACA se propuso modificar, cuyo nuevo alcance se explica a continuación.

2. El objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en la Ley 1437 de 2011: El criterio general.

Los artículos 103 a 105 de la Ley 1437 de 2011 regulan el nuevo objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Para empezar, el art. 103 alude, de manera general, a los *principios* y al *objeto* al que se dirige esta jurisdicción. Sobre el *último* aspecto, que se toma en su acepción de *finalidad*, señala que consiste en alcanzar la efectividad de los derechos constitucionales y legales; y sobre *aquellos* indica que están conformados por los principios constitucionales y procesales que dirigirán la interpretación de sus disposiciones; además, enfatiza en el principio de igualdad, que en el contexto del Código recoge la doctrina de la Corte Constitucional³, lo que se acompasa con los mecanismos de unificación de jurisprudencia en el nuevo código⁴.

Sin embargo, el artículo 104 es la disposición que verdaderamente define el *objeto* de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, al delimitar el alcance de sus competencias, de allí que remplazó al anterior art. 82 del CCA⁵. Varias ideas rectoras

3 "Art. 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.

"En la aplicación e interpretación de las normas de este Código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.

"En virtud del principio de igualdad, 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.

"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."

4 Cfr. artículos 10, 102, 269 y 256 y ss.

5 "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.

explican esta disposición, que se combinan entre sí para concretar el *objeto de la jurisdicción* -que por esa misma estructura ya se advierte complejo en su alcance, o por lo menos en su interpretación-, y que se distinguen mejor de la siguiente manera:

El *propósito central* de la norma es definir de qué conoce y de qué no conoce la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero sin adentrarse en la definición de las competencias específicas de los jueces, tribunales y del Consejo de Estado –única, primera y segunda instancia-, de ahí que establezca que le corresponde: i) Conocer de los procesos asignados directamente por la constitución: pérdida de investidura, nulidad de actos administrativos, tutela, entre otros. ii) Conocer de los procesos asignados por leyes especiales: acción de cumplimiento, acción popular, acción de repetición, entre otras. iii) Conocer 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. iv) También conoce de los procesos -especialmente diferenciados, a manera de aclaración- a que se refieren los numerales 1 a 7 de la misma disposición.

Sobre los *dos primeros* aspectos, no se observa dificultad para definir qué hace parte del objeto de esta jurisdicción, pues se trata de la definición que realizan directamente la constitución y las leyes especiales, así que es un criterio objetivo-positivo, que se concreta en disposiciones particulares, contenidas en esos dos rangos normativos, que asignan competencias a esta jurisdicción. Los numerales iii) y iv), en cambio, ofrecen verdaderos problemas de comprensión, porque ambos criterios

son menos claros y precisos, y aunque se apoyan en algunos factores objetivos, también es cierto que lo hacen en otros más indefinidos, complejos y abiertos, porque se trata de conceptos jurídicos indeterminados, carentes de significado preciso y único.

Cuando el inciso primero del artículo 104 señala que a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo le corresponde conocer: 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, recoge varios elementos o criterios, y luego los combina, haciendo complejo entender a primera vista el objeto de la jurisdicción, de esta manera se tiene:

a) Criterio del litigio: Debe tratarse de controversias y litigios. De conformidad con esta exigencia, que la jurisdicción conozca de *controversias y litigios* excluye, en principio, el conocimiento de los procesos ejecutivos, y sólo incorpora los procesos de conocimiento, pues aquellos no constituyen una controversia, sino que dan lugar a un debate de pura ejecución, donde el derecho no se disputa. Sin embargo esta regla general tiene excepciones –que se mencionarán más adelante- conforme a la cual algunos procesos ejecutivos hacen parte de su competencia, pero por asignación expresa para conocerlos.

b) Criterio de la causa: La controversia se debe originar en “actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones”. Conforme a esta condición, las controversias que conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo deben tener por causa un “*acto, contrato, hecho, omisión u operación*”, conservándose la histórica distinción que el CCA de 1984 introdujo sobre las clases de *acciones*, y que el CPACA nominó nuevamente según el objeto del debate, de la siguiente manera: *medios de*

“Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

(...)

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

control de nulidad, de nulidad y restablecimiento del derecho y electoral: cuando se trate de *actos administrativos*; *medio de control* de controversias contractuales: si se controvierten *contratos*; *medio de control* de reparación directa: si se discute la responsabilidad por *hechos*, *omisiones* y *operaciones administrativas*; así que se mantiene la causa u origen de la controversia para definir la jurisdicción.

c) Primer criterio material: el régimen jurídico aplicable a los actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones objeto del litigio debe ser el “derecho administrativo”. Esta cualificación de la jurisdicción es una verdadera novedad procesal, porque era ajena al CCA de 1984. Claro está que uno de los grandes problemas que ofrece el derecho administrativo moderno radica, precisamente, en la dificultad de concretar su definición, pues las nociones clásicas no responden a la versatilidad, a los cambios y a la naturaleza indiferenciada que el derecho en general ha adquirido en ciertos lugares, espacios y contextos de la actualidad de la administración.

Si bien en el ordenamiento se conservan -casi intactos pero no inmutables- algunos núcleos duros del derecho administrativo tradicional y ortodoxo -como la estructura del Estado, el régimen municipal y departamental, el presupuesto público, la carrera administrativa, entre otros-; lo cierto es que a partir de la década de los años noventa del siglo pasado, el derecho administrativo colombiano se ha combinado con el derecho privado -y el proceso continúa- de manera verdaderamente agitada, produciendo una mezcla de regímenes jurídicos francamente difícil de distinguir en su resultado, pues no es claro si el derecho aplicable a la administración es el administrativo o el privado, porque al combinarse resulta difícil establecer qué prevalece de ella⁶.

⁶ Frente a la relación entre el derecho público y el derecho privado, cuya mezcla origina problemas sobre el régimen jurídico que surge,

No obstante la dificultad de concretar este aspecto, lo cierto es que la nueva ley procesal administrativa estableció, como criterio inédito para definir la jurisdicción, que el *acto*, que el *contrato*, que el *hecho*, que la *omisión u operación* administrativa estén sujetos al derecho administrativo, para que el litigio que de allí proviene corresponda a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Por tanto, si están sujetos al derecho privado el juez del conflicto será el ordinario.

El único problema que ofrece la norma no consiste en concretar qué es y qué no es *derecho administrativo*, sino también otros problemas, aunque en realidad menores, como por ejemplo: que un contrato esté o no sometido al derecho administrativo es una posibilidad admisible, al igual que un acto administrativo; sin embargo la pregunta produce perplejidad tratándose de hechos, omisiones y operaciones administrativas, los cuales no tienen régimen jurídico que los oriente, así que el estudio del caso concreto será la clave para concretar la jurisdicción.

d. Segundo criterio material y el criterio orgánico: En la controversia o litigio deben estar “involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”. El último aspecto definitorio de la jurisdicción administrativa lo constituye una combinación del *criterio orgánico* con el *criterio material*, porque la norma establece que a los anteriores tres (3) elementos se debe sumar a que por lo menos una de las partes del proceso debe ser *i)* una entidad pública o *ii)* un particular en ejercicio de la función administrativa.

ver: SUAREZ TAMAYO, David. Huida o vigencia del derecho Administrativo: el caso de los servicios públicos domiciliarios. Transformaciones-tendencias del derecho administrativo, ed. Universidad de Antioquia, Medellín, 2010, p. 59 a 60; MARÍN CORTÉS, Fabián. *Público y Privado. Las transformaciones del Derecho del Estado y de la Empresa*, ed. Temis, Bogotá, 2008, p. 227 a 228; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, primera edición, ed. Universidad Externado de Colombia, p. 177 a 180.



Aquí empiezan los problemas hermenéuticos, porque la dificultad que ofrece esta redacción exige establecer si quien debe ejercer *función administrativa* es el particular, para que su juez sea el contencioso administrativo, o si la entidad estatal también debe ejercer esta misma función para que sus conflictos los dirima el mismo juez. Una buena parte de la filosofía pura de derecho administrativo que se recoge en esta disposición tiene que ver, precisamente, con este aspecto, pues la disyuntiva que se ofrecía para sus formuladores era: *¿la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debe juzgar cualquier controversias que surja: cuando el Estado sea parte de ella, sin importar la actividad que origina el litigio; o sólo debe conocer cuando el Estado actuó en ejercicio de la función administrativa; o debe conocer cuando actúe aplicando el derecho administrativo?*

Optar por la *primera opción* supone acoger el *criterio orgánico* de definición de competencias, porque de conformidad con él basta que una parte

del proceso sea una entidad estatal para que la jurisdicción sea la administrativa, criterio que acogió la Ley 1107 de 2006 -y que aún rige los procesos iniciados antes de la vigencia de la Ley 1437 de 2011-. Elegir la *segunda opción* significa acoger el *criterio funcional o material* para definir la competencia, porque a la luz de él no basta que una parte del proceso sea una entidad estatal para que la jurisdicción sea la administrativa; es necesario que actúe en ejercicio de la función administrativa, criterio que en su momento acogió el Decreto-ley 01 de 1984 –derogado en lo pertinente por la Ley 1107 de 2006. La *tercera opción* también contiene un *criterio funcional o material* para definir la competencia, sólo que apoyado en la perspectiva del régimen jurídico aplicable a la entidad –no ya en relación con la función pública que ejerza-, así que no basta que una parte del proceso sea una entidad estatal, ni que ejerza función administrativa; sino que lo determinante es que al actuar aplique el derecho administrativo, criterio que nunca ha regido en el país.

Para definir el *telos* de la norma, se acude a los antecedentes de la disposición, examinando la motivación que se ofreció en el proceso que llegó a la expedición de la Ley 1437. El proyecto se publicó el 17 de noviembre de 2009 – Senado N° 198 de 2009⁷. En la *Exposición de motivos* sobre la *segunda parte del código*, se planteó como uno de los objetivos de ese trabajo redefinir el objeto de la jurisdicción, por eso señaló:

“Con el fin de afianzar el criterio de especialización, el proyecto en el artículo 100 considera que para la definición del objeto, 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”.

“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”.

Además, la misma Gaceta contiene el Proyecto de Ley que de manera conjunta presentaron el Consejo de Estado y el Ministerio de Justicia, cuyo actual artículo 104 –para los efectos de esta providencia– fue del siguiente tenor –en su momento correspondía al art. 100–:

“Artículo 100. Objeto 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 sujetos al derecho administrativo* originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones administrativas en los *que estén involucradas las entidades públicas o particulares en ejercicio de funciones propias del Estado*”.

⁷ Gaceta del Congreso No. 1173, del 17 de noviembre de 2009, págs. 53 a 62.

Según esta propuesta, lo determinante era: de un lado, que la controversia o litigio estuviera sujeta al *derecho administrativo*, y de otro lado que por lo menos una de las partes del proceso fueran “... las entidades públicas o particulares en ejercicio de funciones propias del Estado”, así que –a juzgar por esta redacción– era necesario que unas y otros ejercieran *función propia del Estado*, no sólo los particulares; además de que no se trataba únicamente de la función administrativa –especie– sino de las funciones públicas, sin distinción –género–.

En las Gacetas N° 1210, del 27 de noviembre de 2009 y 264 del 27 de mayo de 2010, Senado de la República, se reitera la intención del legislador de redefinir el objeto de la Jurisdicción Contenciosa, acudiendo al *criterio material* de competencia. La idea rectora continuó siendo que la controversia o litigio tuviera naturaleza o estuviera sujeta al derecho administrativo, y siempre que tanto las entidades del Estado como los particulares ejercieran función propia del Estado –no sólo función administrativa–.

En la Gaceta No. 683, del 23 de septiembre de 2010, Cámara de Representantes, en el Informe de Ponencia para primer debate al proyecto de Ley No. 315 de 2010 Cámara y 198 de 2009 Senado; y en la 951, del 23 de noviembre de 2010, Informe de ponencia para segundo debate, se mantuvo el criterio material como regla general, y el orgánico para algunos asuntos especiales. De esta manera, el texto aprobado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, en el inciso primero del artículo 104 de proyecto de Ley, estableció, sin modificaciones, los parámetros para definir el criterio de competencia aplicable a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo:

“**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.*”⁸ (Resaltos fuera de texto)

⁸ Gaceta número 951 de 2010. Texto probado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes al proyecto de Ley 315 de 2010 Cámara de Representante, 198 de 2009 Senado.

En este momento del trámite legislativo se conserva la alusión al régimen jurídico de derecho administrativo para que la controversia se asigne a la justicia administrativa, sólo que quien se debe regir por él son los “actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones”; y sobre las partes del proceso se separó con una coma (,) a las *entidades del Estado* de los *particulares*, para señalar que éstos deben estar en ejercicio de *función administrativa*, así que desapareció la alusión a la “*función a cargo del Estado*”, y sobre todo que a partir de aquí se hizo predicable sólo de los particulares.

La Gaceta No. 1068 del 9 de diciembre de 2010, Cámara de Representantes, aparece el texto definitivo de plenaria al proyecto de ley número 315 de 2010 Cámara, 198 de 2009 Senado, donde se ratifica la disposición anterior; lo que igualmente se hizo en la plenaria de la Cámara de Representantes. El texto definitivo fue sometido a una *comisión de conciliación*, por tener diferencias entre lo aprobado en la Cámara y en el Senado. Finalmente, en la Gaceta No. 1072 de 2010 consta el texto del artículo 104, que coincide con la consagración actual.

Al igual que se hizo con los antecedentes legislativos, al analizar los Antecedentes de la norma en la Comisión de Reforma al CCA., integrada por el Gobierno Nacional y el Consejo de Estado, se advierte que en medio de la claridad consecucional que se tuvo durante los debates en el trámite legislativo, la verdad es que subsiste una duda en relación con el alcance de los conceptos en que se apoya la norma aprobada, porque si bien es claro que el criterio material fue el que se quiso hacer prevalecer para definir el objeto de la jurisdicción, aunque sin desestimar el orgánico, lo cierto es que en el inciso primero de la norma aprobada no queda suficientemente claro *qué debe entenderse* por *criterio material*, puesto que ofrece, por lo menos, dos entendimientos: i) criterio material alude al régimen jurídico aplicable al acto, contrato, hecho, omisión u operación administrativo, o ii) criterio material se refiere a la función pública –en concreto la administrativa- que se ejerce.

Al consultar los registros informales de esas reuniones de trabajo –tanto de Comisiones como de

Subcomisiones- se encuentra que el criterio material al que alude la Ley 1437 no se refiere solamente a la *función administrativa* sino –sobre todo a esto– al *régimen jurídico* aplicable al contrato, acto, hecho, operación u omisión, esto es: al derecho administrativo. Este fue, finalmente –para bien o para mal– el vector organizador del art. 104, el centro de gravedad, el punto de giro o pivote alrededor del cual se construyó el nuevo objeto de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Durante las reuniones de la comisión de reforma, el acento se puso en reforzar el criterio material para definir el objeto de la jurisdicción, pero sin descuidar el criterio orgánico. Sin embargo, en las últimas reuniones de la comisión, en la Sesión de 31 de agosto de 2010, momento para el cual el proyecto de ley fue aprobado en *primer debate* en la Cámara de Representantes, los integrantes de la Comisión de Reforma al CCA. expresaron que el inciso primero del artículo que define la jurisdicción contiene un *criterio material*, porque: “Uno es el criterio de la especialidad que está consagrado en la primera parte, en donde se establece que esta jurisdicción debe conocer de todos aquellos asuntos relacionados con ‘actos, hechos, omisiones, operaciones, sujetas al derecho administrativo’. Esa es una cláusula general de competencia en razón de la materia, que es el criterio que históricamente ha servido realmente a esta jurisdicción.” Y añaden que “Luego se le agregó una segunda parte a la norma, en la cual se recoge el llamado criterio orgánico”.

Lo anterior significa que la noción de *criterio material* que usó esta norma, entre las dos que se podían ofrecer: función administrativa y régimen jurídico, fue la última, es decir que se entendió que la especialidad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo no proviene de la función pública que ejerza la entidad estatal, sino de la circunstancia de que aplique derecho administrativo al acto, contrato, hecho, omisión u operación administrativa. Claro está que a continuación la norma creó reglas especiales, basadas en el criterio orgánico puro, para evitar futuros conflictos de jurisdicción.

En conclusión, luego del análisis histórico realizado al proyecto de ley, el inciso primero del art. 104 de la

Ley 1437 de 2011 significa lo siguiente, en términos del objeto de la Jurisdicción:

i) A la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo le pertenecen los procesos asignados por la Constitución Política y por leyes especiales; y los que se mencionan a continuación.

ii) La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo también conoce de los conflictos que se originen en un “acto, contrato, hecho, omisión u operación”, siempre que se encuentren sujetos al *derecho administrativo*; prevaleciendo en esta idea el *régimen jurídico* aplicable a la actuación, como una de las manifestaciones del criterio material de asignación de la jurisdicción.

iii) Además de lo anterior -es decir, sumados los criterios-, el art. 104 también se sirvió del *criterio orgánico* para afinar la asignación de la jurisdicción. Señaló que así mismo es necesario que una de las partes del litigio o controversia sea una *entidad estatal* o un *particular*. Para entender qué y quién es una entidad estatal, el parágrafo de la misma norma definió qué debe entenderse por este concepto, para los solos efectos de la jurisdicción.

iv) Sobre las *entidades estatales* -criterio orgánico-, en particular, advierte que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocerá de sus conflictos y litigios originados en “actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones”, siempre que éstos se encuentren estén sujetos al *derecho administrativo*, prevaleciendo esta exclusiva manifestación del *criterio material* de asignación de la jurisdicción. Esto significa que tratándose de estos sujetos del proceso, no importa si ejercen o no función administrativa, sino que el conflicto provenga de una cualquiera de aquellas manifestaciones de su voluntad, y que estén sujetas al derecho administrativo.

v) Sobre los *particulares* -criterio orgánico-, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conoce de sus conflictos y litigios originados en “actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones”, siempre que estén sujetos al *derecho administrativo* -criterio material-, además de que se produzcan en ejercicio de la función administrativa -

criterio material-. Esto significa que tratándose de estos sujetos del proceso, es determinante establecer: si ejercen función administrativa, si el conflicto proviene de una cualquiera de aquellas manifestaciones de su voluntad, y si están sujetas al derecho administrativo.

3. Reglas especiales de atribución de competencia.

El artículo 104, a modo de aclaración, identificó algunos asuntos que le corresponden a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Varios excepcionan las reglas o criterios que, de modo general, exige el inciso primero para que el proceso corresponda a esta jurisdicción⁹.

El criterio utilizado para desarrollar el **numeral 1** es exclusivamente orgánico, por lo que se exceptiona la regla general de que la jurisdicción conoce de los asuntos “sujetos al derecho administrativo”, es decir que, independientemente del régimen aplicable en las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual en que se encuentre vinculada una entidad estatal, corresponde conocer del proceso al juez contencioso. Esto no resulta extraño pues, en general, el régimen de responsabilidad de las entidades públicas se sustenta en el artículo 90 superior. Las únicas entidades estatales que escapan a esta regla de competencia, son las que tengan el

⁹ Prescribe esta disposición: Art. 104 “(...) Igualmente conocerá de los siguientes procesos:

“1. Los relativos a la responsabilidad extracontractual de cualquier entidad pública, cualquiera que sea el régimen aplicable.

“2. Los 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.

“3. Los relativos a contratos celebrados por cualquier entidad prestadora de servicios públicos domiciliarios en los cuales se incluyan o hayan debido incluirse cláusulas exorbitantes.

“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.

“5. Los que se originen en actos políticos o de gobierno.

“6. Los ejecutivos derivados de las condenas impuestas y las conciliaciones aprobadas por esta jurisdicción, así como los provenientes de laudos arbitrales en que hubiere sido parte una entidad pública; e, igualmente los originados en los contratos celebrados por esas entidades.

“7. Los recursos extraordinarios contra laudos arbitrales que definan conflictos relativos a contratos celebrados por entidades públicas o por particulares en ejercicio de funciones propias del Estado.”

carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o de valores vigilados por la Superintendencia Financiera –art 105.1 CPACA-. En el supuesto del **numeral 2** se combina el criterio orgánico, para las entidades estatales, con una de las dos facetas del criterio material, para los particulares; así, el entendimiento correcto de la disposición es el siguiente:

i) Si la entidad que es parte en el proceso tiene naturaleza estatal -en los términos del párrafo del mismo art. 104-, salvo las instituciones financieras, en el giro ordinario de sus negocios, no importa el régimen jurídico de sus contratos ni el tipo de función pública que ejerza, para que el litigio corresponda dirimirlo a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. En este evento lo que importa es el puro criterio orgánico, sin consideración al régimen jurídico ni a la función pública o comercial que ejerza la entidad estatal.

ii) Si se trata de un particular, tampoco importa el régimen jurídico del contrato, pero sí la función pública que ejerza, aunque la norma no alude exclusivamente a la actividad administrativa sino, en general, al “ejercicio de funciones propias del Estado”. Esto significa que tanto un contrato regido por derecho administrativo como por derecho privado, donde sea parte un particular que ejerce función pública, le corresponde juzgarlo a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin que importe la naturaleza de los recursos que involucre su gasto.

El **numeral 3** consagra una regla especial de jurisdicción para los operadores de los servicios públicos domiciliarios -no para los prestadores de cualquier otro servicio público: salud, educación, transporte, etc.-. Tal disposición genera dudas en cuanto a su hermenéutica, pues es posible entender, i) Que sin importar si el operador de los SPD es estatal o privado, su juez es el administrativo, siempre que el contrato tenga o haya debido incluir cláusulas exorbitantes. A *contrario sensu*, si el contrato no tiene ni debió tenerlas el juez es el ordinario. ii) Que sólo si el operador de los SPD es *privado*, su juez es el administrativo siempre que el contrato tenga o haya debido incluir *cláusulas exorbitantes*. *Contrario sensu*, si el contrato no tiene ni debió tener las cláusulas su juez será el ordinario.

Aunque no es fácil dilucidar la intención que se tuvo con este numeral¹⁰, el entendimiento adecuado de la norma –armonizado con el numeral 2-, consiste en que en el numeral 2 quedaron incorporadas todas las entidades estatales, incluidas las que prestan SPD, y en el numeral 3 las empresas privadas que prestan los mismos servicios, con la condición de que incorporen, o hayan debido hacerlo, cláusulas exorbitantes. Esto significa que para las entidades estatales prestadoras de SPD el criterio que define la jurisdicción es el orgánico del numeral 2 –salvo lo previsto en el art. 105.1 para las instituciones financieras, en el giro ordinario de sus negocios-, no el material –ni el régimen jurídico ni la función administrativa-; y para las empresas privadas prestadoras de SPD el criterio que define la jurisdicción es la inclusión de cláusulas exorbitantes -numeral 3-, no el orgánico ni el material –régimen jurídico o función administrativa-.

El **numeral 4** asigna la competencia para conocer de los asuntos que se deriven de la relación legal o reglamentaria del Estado con sus servidores públicos. Debe tenerse en cuenta que tratándose de los conflictos laborales que surjan entre las entidades públicas y sus *trabajadores oficiales*, conoce la jurisdicción ordinaria, por disposición del numeral 4 del art. 105 del CPACA, aspecto sobre el que se volverá más adelante.

Como gran novedad, la norma atribuye a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la competencia para conocer de los procesos relativos a la seguridad social de los servidores públicos, más precisamente a los empleados públicos, pues la norma no los incluyó a todos sino exclusivamente a estos, es decir, entre los que existe una relación legal o reglamentaria, no cuando media un contrato laboral.

Adicionalmente, para que esta jurisdicción sea competente, es necesario que la entidad a la que se encuentre afiliado el empleado público estatal, de lo contrario el proceso le corresponde a la justicia ordinaria. Esta competencia es muy novedosa,

¹⁰ Un análisis detallado de la evolución de este numeral en el trámite legislativo y en la comisión de reforma al CCA., se realiza en el auto del 21 de noviembre de 2013, dentro del proceso con radicado 76001-23-31-000-2012-00002-01 (46.027), CP. Enrique Gil Botero.

porque en la legislación anterior estos procesos correspondían a la Jurisdicción Ordinaria Laboral.

El **numeral 5** se ratifica el control de los actos políticos o de gobierno, al asignar su conocimiento a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, control que introdujo el Decreto 01 de 1984, que en el inciso segundo del art. 82 original estableció: “Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno, pero sólo por vicios de forma”. Debe recordarse que el aparte “pero solo por vicios de forma” fue declarado inexecutable por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 130, del 15 de noviembre de 1984 -exp. 122-, al considerar que el control debe extenderse al fondo y no solo a la forma. De esta manera, en esa época se introdujo el control pleno de las actuaciones de la administración, y ya ninguno escapó al examen judicial. Esta filosofía la conserva el numeral 5 del art. 104, así que el culto a la razón y la justicia aún se debe rendir en el presente.

De otro lado, según se señaló al analizar el inciso primero del artículo 104, que la jurisdicción conozca, en principio, de *controversias y litigios*, excluye los procesos ejecutivos, porque no constituyen controversia, en vista de que el derecho no se disputa, así que se trata de un debate de pura ejecución. Guardando coherencia con ello, el **numeral 6** asignó la competencia especial para conocer de los procesos ejecutivos derivados de las condenas impuestas por esta jurisdicción, al igual de las conciliaciones que apruebe. Esto no contradice la especialidad que se persigue con la asignación de competencias a esta jurisdicción, pues, por diferentes motivos, en estos procesos se discuten aspectos que interesan al derecho administrativo y a la administración.

Adicionalmente, el numeral también dispone que conocerá de los procesos ejecutivos que provengan de las decisiones que tomen los tribunales de arbitramento, siempre y cuando haya sido parte una entidad estatal –competencia nueva-, al igual que los originados en los contratos celebrados por estas entidades –competencia preexistente-. La disposición acude a un criterio puramente orgánico, pues, como se señala -y vale la pena resaltarlo-, ello solo aplica para las entidades estatales, de ahí que un

particular que ejerza función pública o administrativa deberá acudir a la justicia ordinaria para buscar la ejecución de sus créditos.

De este numeral se excluyen los procesos ejecutivos relativos 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 –art 105.1 CPACA-.

El último numeral, **séptimo**, asigna competencia para conocer de los recursos extraordinarios de anulación contra laudos arbitrales relativos a conflictos donde sean parte las entidades públicas. Esta competencia se extiende a los particulares que ejerzan función pública, es decir, no se reduce a la “función administrativa” sino que abarca al particular que ejerza “funciones propias del estado”.

Vale la pena advertir que el artículo 149.7 del CPACA es parcialmente incoherente con este numeral, porque señala que el Consejo de Estado conoce del recurso de anulación de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos celebrados por las entidades públicas, y no menciona los contratos que suscriben los particulares que ejercen función pública. No obstante, habrá de entenderse, en términos del art. 104.7 que desde luego también los comprende.

4. Excepciones a la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El artículo 105 señala los asuntos que por expresa disposición no serán de conocimiento de esta jurisdicción¹¹. De conformidad con la **primera**

11 “Artículo 105. Excepciones. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no conocerá de los siguientes asuntos:

“1. Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, incluyendo los procesos ejecutivos.

“2. Las decisiones proferidas por autoridades administrativas

excepción¹², las controversias o litigios relativas a responsabilidad extracontractual y a contratos celebrados por entidades estatales que tengan el carácter de “... *instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera...*”, y cuyo objeto haga parte del giro ordinario de sus negocios, quedan sujetas al juez común y no a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; por oposición, si el contrato no hace parte del giro ordinario del negocio la controversia corresponde dirimirla a la justicia administrativa.

De esta manera, el punto más problemático del numeral consiste en establecer a qué se refiere la expresión *giro ordinario de los negocios*: Debe entenderse en una perspectiva restringida, limitada a las actividades enunciadas por él, esto es: financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores; o la lectura debe hacerse en sentido más amplio, comprendiendo todas las actividades que dichas entidades desarrollan.

Sobre este concepto jurídico indeterminado, se considera que se compone, en primer lugar, del ejercicio de la “función principal”, de tal forma que hace parte del giro ordinario de las actividades propias del objeto social de estas entidades la realización de las actividades descritas para cada una de ellas, en el EOSF. Pero, adicionalmente, hace parte del “giro

en ejercicio de funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las competencias en materia de recursos contra dichas decisiones atribuidas a esta jurisdicción. Las decisiones que una autoridad administrativa adopte en ejercicio de la función jurisdiccional estarán identificadas con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutive de sus sentencias y deberán ser adoptadas en 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.

“3. Las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley.

“4. Los conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales.”

12 Sobre esta excepción se hace un análisis detallado en el auto del 12 de febrero de 2014, proferido por el Consejo de Estado, dentro del proceso con radicado 25000-23-36-000-2012-00679-01 (47.083). C.P. Enrique Gil Botero.

ordinario” de los negocios de dichas entidades, las actividades conexas a su función principal, sin embargo, entre dichas actividades conexas y su objeto social o actividad principal debe existir una relación de necesidad, es decir, que la excepción del numeral aplica también para los actos directamente relacionados con el desarrollo de su objeto¹³.

El **segundo numeral** exceptúa 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. Este numeral se sustenta en que, al tratarse de decisiones proferidas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, no procede el control propio de los actos administrativos, sino el propio de las actuaciones jurisdiccionales.

En la disposición se exige que estas decisiones se identifiquen con la expresión que corresponde hacer a los jueces precediendo la parte resolutive de las sentencias y adoptarse en proveído independiente que no podrá mezclarse con decisiones que correspondan al ejercicio de función administrativa, las cuales, si tienen relación con el mismo asunto, deben constar en acto administrativo separado.

El **tercer numeral** ratifica lo establecido en el inciso tercero del artículo 82 del CCA., al exceptuar las decisiones proferidas en juicios de policía regulados especialmente por la ley; frente al concepto de “juicios de policía”, el Consejo de Estado señaló, que son aquellos en que “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 gobernadores, según el caso) dirimen contiendas entre particulares sobre asuntos de incidencias jurídicas menores, especialmente señalados y regulados por la ley”. ■

13 Sobre este concepto jurídico indeterminado, ver Consejo de Estado. Sección Tercera, Sentencia del 6 de julio de 2005, exp. 11.575.



Los medios de prueba electrónicos

por: **Álvaro Namén Vargas**
Consejero de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil

1. Introducción.

Las dos primeras décadas del siglo XXI han sido las del auge del desarrollo tecnológico, informático y de las telecomunicaciones. En ningún otro periodo de la historia de la humanidad se había presenciado un cambio tan significativo en la forma en que nos relacionamos los individuos como el que presenciamos en la actualidad, marcado por la influencia del uso de aparatos de todo tipo que tiempo atrás no imaginábamos. En efecto, las relaciones personales, jurídicas, económicas y sociales han mutado sustancialmente del mundo físico

a un plano eminentemente virtual. Esta realidad ha traído consigo una serie de hechos y fenómenos con características particulares que implican un cambio en el comportamiento y en la mentalidad de los individuos, respecto de los cuales el derecho como instrumento del Estado debe manifestarse en aras de garantizar el bien común, la justicia, la equidad y en especial la convivencia pacífica, pues el derecho como tal, es el resultado de una cultura, que en las condiciones actuales está influenciada en grado sumo por el modo de conducta que nos impone la “sociedad de la información”.

Ante el impacto de estos fenómenos, propios de la denominada “sociedad de la información”, el derecho se ha venido inmiscuyendo en las relaciones humanas que han mutado de lo físico a lo virtual y a partir de ahí, ha establecido reglas de conducta e impuesto límites a las libertades individuales en aras de garantizar los derechos de los asociados y evitar la arbitrariedad y el caos. Es por esto que encontramos disposiciones normativas regulando aspectos como el comercio electrónico, la transferencia de datos y el uso de las tecnologías de la información en las relaciones con los similares y con el Estado.

El Derecho Procesal y en particular el Derecho Probatorio tampoco son ajenos a esta realidad, pues en atención a que las relaciones humanas, culturales, económicas, políticas y sociales no solo se efectúan en el mundo físico, sino también virtual y tecnológico, le ha correspondido encargarse de la forma en que se manifiestan todos estos fenómenos y a partir de ello establecer un conjunto de reglas para garantizar la igualdad de las partes que acuden a resolver sus diferencias ante la jurisdicción y sus derechos de defensa y contradicción, permitiéndoles el uso de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones para defender, justificar o controvertir sus causas. Así, el legislador ha introducido modificaciones a los procesos judiciales con el fin de superar el predominio del escrito y el excesivo ritualismo que los afecta, para pasar a un proceso con énfasis en la oralidad y por audiencias, además mediante el empleo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), lo cual implica una profunda transformación en el sistema judicial, para posibilitar el litigio en línea y el manejo del expediente digital o electrónico, esto es, la presentación y contestación de la demanda por medios electrónicos, la interposición de recursos por medios electrónicos, la notificación electrónica, y en general la posibilidad de surtir las diversas actuaciones judiciales susceptibles de realizarse por escrito a través del uso de medios tecnológicos.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- y el

Código General del Proceso -Ley 1564 de 2012-, son precisamente los que han codificado en gran medida las reglas de derecho necesarias para la aplicación e inclusión de las tecnologías de la información y las comunicaciones, con consecuencias y repercusiones en el derecho probatorio en este nuevo modelo, especialmente, con el objeto de que los medios de prueba que tienen connotaciones o características digitales o electrónicas no sean un obstáculo para la realización de los derechos de los sujetos, sino, por el contrario, contribuyan al logro de la tutela judicial efectiva de quienes acuden ante los jueces en procura de que se les solucionen sus controversias y protejan sus derechos.

2. Marco Legal aplicable.

La Ley 1437 de 2011 -CPACA-, no establece en el capítulo noveno de la segunda parte definiciones sobre el concepto de prueba judicial, elementos o requisitos de las pruebas, ni sobre los medios de prueba que se admiten en el proceso contencioso administrativo, pues siguiendo la tradición jurídico procesal de las últimas décadas y del código contencioso derogado -Decreto 01 de 1984-, se remite a lo que sobre el particular establece el estatuto procesal civil, que ha sido la columna vertebral del derecho procesal nacional. Esta regla de remisión es específica y se entiende de la lectura del artículo 211 del CPACA que indica que “[e]n 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”.

Por lo anterior, en aspectos tales como necesidad de la prueba, medios de prueba admisibles, presunciones probatorias, carga y apreciación de la prueba, pruebas practicadas en el extranjero y pruebas extra proceso o trasladadas, entre otros, es menester remitirse a lo que dispone la Sección Tercera del Código General del Proceso -CGP-, en el que se encuentra todo un desarrollo normativo sobre el particular. Además, en tratándose de la prueba o evidencia electrónica

propriadamente dicha, el uso de mensajes de datos, sus implicaciones y consecuencias en el ordenamiento legal, debe atenderse lo dispuesto en la Ley 527 de 1999¹, expedida siguiendo los parámetros de la ley modelo sobre comercio electrónico elaborada por la Cnudmi (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), que equipara el mensaje de datos al documento escrito tradicional, y la Ley 1579 de 2012 (*Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos*), que se refiere de manera expresa al documento electrónico.

3. Aproximación al concepto de prueba electrónica.

Antes de aproximarse a una definición de lo que comúnmente se ha denominado prueba electrónica, es pertinente hacer una somera referencia a la noción de prueba en el contexto jurídico.

Una de las definiciones a la que más hacen referencia los teóricos del derecho probatorio es la de Carrara, para quien la *“prueba es todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición”*². Definición genérica y excesivamente amplia, pero por supuesto válida para el momento y el contexto en el que fue elaborada. En nuestro medio, Rocha, acorde con el estatuto procesal de su época, se ocupó de definir lo que quiere decir el verbo probar y no la prueba en sí misma. Al respecto señaló que probar es averiguar la verdad de una cosa, justificarla, hacerla presente. Concluyó que esta era la noción de probar luego de analizar una definición de término probatorio, según la cual este es aquel tiempo que el juez concede al interesado para que averigüe y muestre la verdad de algo que es conducente al reconocimiento de un derecho³.

Sin duda, el Decreto 1400 de 1970 y la Ley 600 de 1970 permitieron definir la prueba de una manera

1 *“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”*.

2 Carrara, Francesco. Programa de derecho criminal, Parte General, t. II. Bogotá, Edit. Temis. 1957. Pág. 381.

3 Rocha Alvira, Antonio. De la prueba en derecho. Tomo I. Quinta Edición. Bogotá. Ediciones Lerner, 1967. Pág. 2.

más concreta, pues a partir de dichos estatutos puede señalarse que prueba es todo elemento que sirve para llevar convencimiento de la ocurrencia de un hecho al juez o al fiscal⁴.

Así las cosas, intentar definir de manera integral y absoluta lo que los teóricos jurídicos y la praxis judicial han denominado *“prueba electrónica”* es una tarea compleja. Podría afirmarse que la prueba electrónica hace referencia a todo elemento que sirve para llevar convencimiento de la ocurrencia de un hecho al juez o al fiscal, pero con la particularidad de estar fijado en un instrumento electrónico, instrumento que a su vez puede ser un aparato o dispositivo electrónico, un archivo digital o intangible, un dispositivo de almacenamiento de datos, un servidor o nodo de internet, o cualquier otro similar conocido o por conocer. Desde un punto eminentemente jurisdiccional, la prueba electrónica se puede definir como la información generada, almacenada o transmitida mediante el uso de dispositivos electrónicos, que resulta útil, relevante y necesaria para la demostración de los hechos sobre los cuales existe disconformidad entre las partes en un proceso y, por tanto, indispensable para el esclarecimiento de la verdad.

Sin embargo, estas definiciones, que resultan de articular distintas definiciones formuladas en el ámbito del derecho probatorio, han sido objeto de diversas críticas, pues algunos consideran que es incorrecto establecer un concepto genérico y absoluto de prueba electrónica. Hay quienes sostienen que se debe hablar de medios probatorios electrónicos o fijados en dispositivos electrónicos (también digitales). Otros son más estrictos, se refieren al documento electrónico como único medio de prueba de este tipo.

Más allá de esta discusión, cabe advertir que en el campo de lo electrónico, es decir, en lo resultante del proceso de creación de las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones, por ningún motivo deben cualificarse o tarifarse los medios,

4 Nisimblat, Nattan. El manejo de la prueba electrónica en el proceso civil colombiano. Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías. Junio de 2010. Universidad de Los Andes.

instrumentos o dispositivos electrónicos admisibles o válidos para el derecho probatorio, pues el ritmo al que avanzan las tecnologías de la información y las comunicaciones es tan acelerado que lo que hoy nos sorprende o parece novedoso al cabo de un breve lapso puede convertirse en un mero recuerdo, con lo que dicha cualificación se tornaría automáticamente en obsoleta. En efecto, según el artículo 165 del Código General del Proceso: “[s]on medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”. Nótese que la disposición deja abierta la posibilidad de que se conciban medios de prueba distintos a los que se acude ordinariamente y con frecuencia, con lo cual puede inferirse que no solo tiene cabida la prueba electrónica sino que esta podría admitir modalidades diferentes al documento electrónico. De ahí que el inciso segundo de esta norma finalice diciendo que “[e]l juez practicará las pruebas no previstas en este Código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales”.

Así, como ilustra Reyes Sinisterra “*piénsese por ejemplo en un programa que en la actualidad sirva para mostrar el estado de salud de una persona y que ese dictamen que hace el aparato electrónico sea tenido en cuenta para demostrar una negligencia en un procedimiento médico. ¿Se podría pensar que la ruta de acceso al proceso, es decir, el medio no se da en un entorno electrónico? ¿Sería un disparate atreverse a pensar que se está frente a un dictamen pericial electrónico?*”; o “*por ejemplo, si se trata de un testimonio que se recibió por medio de una videoconferencia (es decir que se utilizó un medio electrónico para la práctica del mismo), perfectamente se podría decir que se está frente una prueba testimonial electrónica, o por el contrario, asumir la postura de que la prueba testimonial sigue siendo la tradicional pero que*

el medio de reproducción se ha transformado en aplicación de las tecnologías de la información y de la comunicación”⁵.

En este sentido, no es conveniente circunscribir la existencia de los medios de prueba electrónicos al documento electrónico individualmente considerado, toda vez que no se sabe qué deparara el avance de la tecnología y la ciencia y sería cerrarle el paso a todo aquello que vaya apareciendo en el mundo virtual.

Como señala la doctrina, la prueba electrónica es aquella necesariamente ocurrida en un medio electrónico, pero no siempre ingresa al proceso como una prueba documental, ni debe confundirse con el concepto de documento electrónico, puesto que “todo documento electrónico es una prueba electrónica, pero no toda prueba electrónica es un documento electrónico”⁶.

Por lo pronto y en aras de una mejor comprensión de la materia y de las normas que resulten aplicables, lo apropiado es referirse a medios probatorios fijados en medios electrónicos, tecnológicos, virtuales o digitales y no a prueba electrónica de manera genérica, porque por más vocación probatoria, validez, veracidad, tecnología, novedad o autenticidad que tenga un medio de prueba determinado, en el estado del régimen probatorio actual, no deja de ingresar al proceso con la denominación de un medio probatorio de los tradicionales, como el testimonio, el documento, la inspección judicial o la experticia, entre otros, solo que tendrá la particularidad de haber ocurrido o estar soportado electrónicamente y en consecuencia tendrá que acudirse a los protocolos y estándares técnicos, tecnológicos e informáticos correspondientes.

4. Existencia de un medio de prueba electrónico.

Como su nombre lo indica, un medio de prueba electrónico se manifiesta o existe en el mundo virtual

⁵ Reyes Sinisterra, Cindy Charlotte. La prueba electrónica en materia civil. Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre. XXXIV, Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Medellín. 2013. Págs. 1048 y 1062.

⁶ Reyes Sinisterra, Cindy Charlotte. Ob. Cit. Pág.1058.

y no el mundo físico. Cualquier forma en que dicho medio o recurso esté contenido necesariamente requerirá de un instrumento o dispositivo computarizado o digital para reproducirse y apreciarse por los sentidos, pues si la prueba no se manifiesta por medio de ellos, no hay forma de comprender o apreciar su existencia en el mundo físico.

La existencia de un medio electrónico se supedita estrictamente a la forma en la que se fije o archive, pues independientemente del instrumento que se utilice, en alguna base de datos debe ocupar un espacio que normalmente está expresado en un patrón de medida denominado, según el tamaño, como bit, byte, mega byte, giga byte o tera byte. Por ejemplo, un documento no físico siempre debe estar almacenado en algún dispositivo para que exista, pues mientras no esté almacenado no ocupa un lugar, no es apreciable por ninguno de los sentidos y, por lo tanto, no se puede dar fe de su existencia. Igual ocurre con el archivo físico, el cual para que exista debe tener una localización espacial (materia).

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que para que un archivo digital o electrónico exista, debe, obligatoriamente, estar almacenado en algún recurso o dispositivo.

En cuanto a los dispositivos de almacenamiento, encontramos unos puramente físicos, otros eminentemente digitales y algunos con ambas particularidades, esto es, un componente físico y otro digital. Los medios de almacenamiento eminentemente físicos que encontramos en el mercado de las tecnologías y los más comunes en asuntos informáticos son: *i)* memorias portátiles, dentro de las que encontramos USB⁷, SD⁸, disco duro portátil o externo, entre otros

⁷ De Universal Serial Bus. Es un dispositivo de almacenamiento que utiliza una memoria tipo flash para guardar información.

⁸ De Secure Digital. Es un formato de tarjeta de memoria para dispositivos portátiles tales como cámaras fotográficas digitales, teléfonos móviles, computadoras portátiles e incluso videoconsolas, entre otros.

⁹ Un disco duro o disco rígido (en inglés *Hard Disk Drive*, HDD) es un dispositivo de almacenamiento de datos no volátil que emplea un sistema de grabación magnética para almacenar datos digitales.

y *ii)* los Cd rom¹⁰ virgen o Dvd rom¹¹ virgen.

La diferencia entre unos y otros es que normalmente los primeros son reutilizables, regrabables, no dependen de un software¹² o hardware¹³ determinado para su reproducción y simplemente requieren de un puerto de entrada (ranura) que se denomina con el mismo nombre del dispositivo que se conecta a este (puerto usb o puerto sd). En tanto que los segundos necesitan de una unidad específica de entrada (hardware) y en la mayoría de los casos de un software para su reproducción (Windows Media Player o Winamp, entre otros) al igual que para su grabación (Nero o Easy Cd Creator) y salvo excepciones, no son regrabables, es decir, al cerrar o finalizar la grabación de archivos no es posible sustraerlos ni reemplazarlos por otros; quedan ahí para siempre. El factor común de ambos es que almacenan la mayoría de los archivos con los que nos enfrentamos día a día, sobre todo los abogados (documentos, fotografías, audio y video, etc) y que son tangibles y perceptibles por los órganos que conforman los sentidos. Un Cd Rom o una memoria, cualquiera sea su especie, por más dispositivo digital que sea, es un objeto tangible.

Los eminentemente digitales solo existen en el mundo virtual, puesto que se encuentran almacenados en dispositivos que en principio no percibimos quienes utilizamos los medios tecnológicos y que en apariencia no ocupan un lugar en el espacio. Un ejemplo de dispositivo de almacenamiento de esta categoría es lo que hoy algunos conocemos como

¹⁰ Un CD-ROM es un prensado disco compacto que contiene los datos de acceso, pero sin permisos de escritura.

¹¹ Es un DVD que pertenece al tipo de soportes WORM, es decir, al igual que un CD-ROM ha sido grabado una única vez y puede ser leído o reproducido muchas veces.

¹² Se conoce como software *al equipamiento lógico o soporte lógico* de un sistema informático, que comprende el conjunto de los componentes lógicos necesarios que hacen posible la realización de tareas específicas, en contraposición a los componentes físicos que son llamados hardware.

¹³ Este término se refiere a todas las partes tangibles de un sistema informático; sus componentes son: eléctricos, electrónicos, electromecánicos y mecánicos.

“la nube¹⁴”, que no es otra cosa distinta a una base de datos que existe para el usuario de los medios electrónicos solo en la WEB¹⁵, y, en esa medida, es imposible percibir dicho dispositivo por los órganos de los sentidos. Para acceder a “la nube” obligatoriamente hay que estar conectado a internet y contar con un proveedor de servicios específico.

Los archivos contenidos en esta especie de instrumentos de almacenamiento, necesitan de otro dispositivo que los reproduzca o permita su apertura, pues de su existencia solo da fe el creador del archivo y la única forma de demostrar que en efecto existe es reproduciéndolo o abriéndolo, mientras que esto ocurre, solo es una fijación o un recuerdo en la mente del autor de la información¹⁶.

Dentro de la categoría restante, los más comunes son los computadores y las tabletas, pues reúnen elementos físicos (hardware) y digitales (software) y por eso no necesitan de otro dispositivo para su almacenamiento ni para su reproducción, dado que, salvo excepciones, cuentan con ambos. Su mayor ventaja es que con estos se logra la reproducción de archivos electrónicos de manera autónoma, en tanto que la desventaja es el espacio físico que ocupan.

Estas precisiones son importantes puesto que cualquiera de los dispositivos que se mencionan,

14 Es un paradigma que permite ofrecer servicios de computación a través de Internet.

15 La World Wide Web (WWW) o Red Informática mundial, es un sistema de distribución de documentos de hipertexto o hipermédios interconectados y accesibles vía Internet.

16 En la actualidad muchos acuden a este tipo de herramientas porque en la mayoría de los casos no tienen costo, tienen un protocolo de seguridad más riguroso, con el que los archivos son menos vulnerables a infecciones electrónicas (virus, troyanos, malware, entre otros) y porque se evita el riesgo de perder el archivo si se pierde el dispositivo, como ocurre, por ejemplo, con un Cd rom o una memoria USB. Se denomina troyano o caballo de Troya (traducción literal del inglés *trojan horse*) a un software malicioso que se presenta al usuario como un programa aparentemente legítimo e inofensivo, pero que, al ejecutarlo, le brinda a un atacante acceso remoto al equipo infectado. El malware (del inglés *malicious software*), también llamado badware, código maligno, software malicioso o software malintencionado, es un tipo de software que tiene como objetivo infiltrarse o dañar una computadora o sistema de información sin el consentimiento de su propietario.

otros más sofisticados respecto de los que no tenemos mayor conocimiento, y demás similares que llegaren a existir, se crea, reproduce, modifica, altera y almacena un archivo o insumo electrónico y a partir de ahí se manifiesta su existencia y la de un medio de prueba electrónico.

5. Equivalencia funcional.

El análisis en la actualidad de este concepto se ha circunscrito al documento electrónico, toda vez que es el único medio probatorio electrónico del que se ha ocupado el legislador, la jurisprudencia y la doctrina en forma profusa. Sin embargo, aun cuando los medios de prueba electrónicos se suelen reducir al documento, deben extenderse las reglas surgidas a partir de este a los que resulten en la medida en que avance la tecnología.

El término equivalencia funcional surge en nuestro ordenamiento legal a partir de la Ley 527 de 1999, la que, como se dijo, siguió el modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de las Naciones Unidas. A través de este concepto, específicamente mediante los artículos 6° y 8° *ejusdem*, el legislador nacional equiparó el mensaje de datos al documento escrito y a su vez le otorgó la connotación de originalidad. Así pues que el juez e, incluso, las partes, en el evento de enfrentarse a un supuesto de hecho soportado en un documento electrónico o digital, deberán asimilarlo e imprimirle el mismo tratamiento que se otorga al documento físico¹⁷. El artículo 6° dispone que “[c]uando cualquier norma requiera que la información

17 La Corte Constitucional sobre este principio en sentencia C-622 de 2000, indicó lo siguiente: “- *Equivalentes funcionales // El proyecto de ley, al igual de la Ley Modelo, sigue el criterio de los “equivalentes funcionales” que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas. // Se adoptó el criterio flexible de “equivalente funcional”, que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel. // En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley”.*

conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta”.

De esta norma se observan dos reglas, una de ellas a la que hicimos mención en el capítulo precedente: *i)* que un mensaje de datos, el cual es eminentemente electrónico, tiene el mismo valor del escrito, y *ii)* que dicho requisito se satisface cuando la información contenida en el mensaje de datos es accesible para su posterior consulta, supuesto que guarda íntima relación con lo que se explicó sobre el almacenamiento de los medios probatorios electrónicos para efectos de su existencia¹⁸. Y respecto de la originalidad del mensaje de datos señala el artículo 8° que se satisface si *“existe alguna garantía confiable de que se ha conservado la integridad de la información, a partir del momento en que se generó por primera vez en su forma definitiva, como mensaje de datos o en alguna otra forma”* y *“si de requerirse que la información sea presentada, dicha información puede ser mostrada a la persona que se deba presentar”*.

En síntesis, en la actualidad los avances tecnológicos y de las comunicaciones han permitido el intercambio electrónico de informaciones de datos en forma confiable y rápida a través de medios y herramientas telemáticas y electrónicas que se constituyen en alternativas válidas y sustitutas de los habituales documentos físicos o de papel y que han facilitado la difusión del conocimiento en todos los órdenes de la sociedad, y el surgimiento de relaciones dentro del tráfico jurídico y comercial. Los documentos

¹⁸ A esta misma conclusión arribó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia al decidir un litigio ocurrido en vigencia del Decreto 1400 de 1970 “Por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil”: *“5.3. Es claro, entonces, que de conformidad con los artículos 10° de la Ley 527 de 1999 y 4° del Decreto 266 de 2000, para fines probatorios, se asimilaron los mensajes electrónicos de datos a los documentos y que, por ende, les son aplicables, con la adecuación que por sus características técnicas sea necesaria, las normas que desarrolla el Código de Procedimiento Civil, a partir de su artículo 251”*. Sentencia de 4 de septiembre de 2007. Radicado 05001-22-03-000-2007-00230-01. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte o dispositivo de almacenamiento, gozarán de validez y eficacia, siempre que quede garantizada su autenticidad, accesibilidad, reproducción, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

6. Admisibilidad y valoración de los medios de prueba electrónicos.

Un medio de prueba, sea o no electrónico, para ser admitido en un proceso en la justicia ordinaria o en la contencioso administrativa debe reunir unos requisitos so pena de ser rechazado de plano. Los requisitos generales son: licitud, utilidad, conducencia y pertinencia. A estos predicados se llega a partir de la lectura del artículo 168 del Código General del Proceso, de conformidad con el cual *“[e]l juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”*.

Ahora bien, en cuanto a los medios de prueba electrónicos, en razón a sus particulares características, además de los señalados, deben reunir los siguientes requisitos: *(i)* Autenticidad, es la posibilidad de identificar a quien creó o generó el medio de prueba; es auténtico un documento cuando se tiene la certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado¹⁹; *(ii)* Confiabilidad, hace referencia a tres aspectos: forma en cómo se generó el medio de prueba, forma en

¹⁹ La Ley 527 de 1999 establece la firma digital como una forma a la que se puede acudir para obtener la autenticación, y la define como un valor numérico que se adhiere a un mensaje de datos y que, utilizado un procedimiento matemático conocido, vinculado a la clave del iniciador y al texto del mensaje, permite determinar que este valor sea obtenido exclusivamente con la clave del iniciador y que el mensaje inicial no ha sido modificado. El Decreto 2364 de 2012, en el artículo 1°, numeral 3°, define la firma electrónica como *“Métodos tales como, códigos, contraseñas, datos biométricos, o claves criptográficas privadas, que permite identificar a una persona, en relación con un mensaje de datos, siempre y cuando el mismo sea confiable y apropiado respecto de los fines para los que se utiliza la firma, atendidas todas las circunstancias del caso, así como cualquier acuerdo pertinente”*.

que fue conservado e identificación de quién lo generó²⁰; (iii) Inalterabilidad, requisito que guarda relación con el principio de integridad²¹, se refiere a la conservación del medio probatorio tal cual como fue creado; (iv) Rastreabilidad o trazabilidad, que constituye la posibilidad de acudir a la fuente de creación y (v) originalidad, que consiste en presentar el medio de prueba en la misma forma en que fue creado²², requisitos que, como lo señala Parra Quijano, deberán tenerse en cuenta para efectos de la valoración probatoria²³.

De la lectura de los requisitos específicos²⁴ para

20 Nisimblat, Nattan. *Idem*.

21 Nisimblat, Nattan. Derecho Probatorio. “Introducción a los medios de prueba en el Código General del Proceso, Principios y medios de prueba en particular”. Bogotá 2013. Ediciones Doctrina y Ley. Pág 374.

22 Parra Quijano, Jairo. “Manual de Derecho Probatorio”. Librería Ediciones del Profesional. 2004. Págs 560 - 574.

23 “El documento electrónico y su alcance probatorio”. I Convención Internacional de Derecho Informático, Documentación y Documento Electrónico. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Informática Jurídica y Dirección de Posgrados. Facultad de Derecho. Octubre 18, 19 y 20 de 2006.

24 Estos requisitos coinciden con los que precisó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 16 de diciembre de 2010. Radicado 11001 3110 005 2004 01074 01. M.P. Pedro Munar Cadena: “4.1.2 Para determinar la fuerza probatoria del mensaje de datos, el artículo 11 de la Ley 527, señala, como ya se pusiera de presente, que deben atenderse las reglas de la sana crítica, así como la confiabilidad que ofrezca la forma como se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en que se hubiere conservado la integridad de la información, la forma como se identifique a su iniciador, y cualquier otro factor relevante. // La integridad de la información tiene que ver con que el texto del documento transmitido por vía electrónica sea recibido en su integridad por el destinatario, tarea que puede cumplirse técnicamente utilizando el procedimiento conocido como “sellamiento” del mensaje, mediante el cual aquel se condensa de forma algorítmica y acompaña al mensaje durante la transmisión, siendo recalculado al final de ella en función de las características del mensaje realmente recibido; de modo, pues, que si el mensaje recibido no es exacto al remitido, el sello recalculado no coincidirá con el original y, por tanto, así se detectará que existió un problema en la transmisión y que el destinatario no dispone del mensaje completo. Incluso, la tecnología actual permite al emisor establecer si el receptor abrió el buzón de correo electrónico y presumiblemente leyó el mensaje. // Esa característica guarda una estrecha relación con la “inalterabilidad”, requisito que demanda que el documento generado por primera vez en su forma definitiva no sea modificado, condición que puede satisfacerse mediante la aplicación de sistemas de protección de la información, tales

los medios de prueba electrónicos se pensaría que es compleja su verificación, por cuanto se trata de asuntos eminentemente técnicos. En efecto es así, y en esa medida lo apropiado es acudir al informe de un experto o dictamen pericial para que de fe de que la inalterabilidad, la confiabilidad, la rastreabilidad o trazabilidad y la autenticidad se cumplen en el caso determinado. Sin embargo, los mismos instrumentos que ofrecen las tecnologías de la información pueden ayudar a establecer el cumplimiento de estos. Así, por ejemplo, en el mercado se encuentran programas (software) que pueden establecer estas particularidades e, incluso, en algunas páginas web, sin costo alguno, se puede establecer los requisitos de los medios probatorios electrónicos²⁵.

como la criptografía y las firmas digitales. // Otros aspectos importantes son el de la “rastreabilidad” del mensaje de datos que consiste en la posibilidad de acudir a la fuente original de creación o almacenamiento del mismo con miras a verificar su originalidad y su autenticidad. La “recuperabilidad”, o sea la condición física por cuya virtud debe permanecer accesible para ulteriores consultas; y la “conservación”, pues de ella depende la perduración del instrumento en el tiempo, siendo necesario prevenir su pérdida, ya sea por el deterioro de los soportes informáticos en que fue almacenado, o por la destrucción ocasionada por “virus informáticos” o cualquier otro dispositivo o programa ideado para destruir los bancos de datos informáticos. Una óptima conservación de la información puede lograrse mediante la aplicación de protocolos de extracción y copia, como también con un adecuado manejo de las reglas de cadena y custodia”. Negrillas originales.

25 El requisito de rastreabilidad o trazabilidad es posible verificarlo en <http://whatismyipaddress.com/>. Al ingresar a esta página aparece la dirección IP (número que identifica a cada dispositivo computarizado o de comunicación dentro de una red). Además establecer la localización del dispositivo y el proveedor de servicios electrónicos (En Colombia Claro, ETB, UNE, entre otros), es posible establecer los mismos datos respecto de cualquier e-mail que hayamos recibido, ingresando el código fuente del correo recibido en una plantilla en la Web. Aspectos como la confiabilidad, inalterabilidad, autenticidad y originalidad se logran con un análisis de metadatos (información estructurada y organizada de un conjunto de datos que permite consultar, evaluar, comparar, acceder, y/o utilizar la información, describiendo su autor, semántica, calidad, modo de identificación, restricciones de uso, mantenimiento, distribución, sistema de referencia, contenido entre otros). Este puede realizarse en <http://www.informatica64.com/foca/> y sirve para analizar archivos fotográficos (Jpeg, Gif, Bmp, Tiff, entre otros), de Word (.doc o .docx), inmodificables (PDF) y de audio o voz (Para este caso no se reconoce la voz, pero sí la fecha y datos de creación) (mp3, wma, etc). Con esta prueba se logra determinar cómo, cuándo y dónde se hizo un archivo y las modificaciones sufridas.



Ahora bien, en relación con la valoración probatoria del documento electrónico, existen diversas disposiciones legales que le asignan a estos medios probatorios el mismo rango de los medios de prueba tradicionales e imponen valorarlos como tal, bajo la observancia del principio de la sana crítica y las reglas de la experiencia.

El artículo 10° de la Ley 527 de 1999 señala que “[l]os mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil” y que “[e]n toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original”. El capítulo del Estatuto Procesal Civil, a que hace referencia este artículo, es el que establece los principios y las reglas probatorias generales y específicas que deben observarse en los procesos judiciales que se ventilan ante la jurisdicción ordinaria y en la contencioso administrativa²⁶, por

26 Según el artículo 5 de la Ley 527 de 1999 “[n]o se negarán efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria a todo tipo de información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos”. Este

expresa remisión normativa, lo cual reafirma el principio de equivalencia funcional también para efectos de la valoración probatoria de los medios de prueba contenidos en dispositivos electrónicos.

El Código General del Proceso no establece regla especial ni asigna un tratamiento específico para el evento en el que los medios probatorios estén revestidos de características digitales o electrónicas, pero sí lo hace de manera tangencial para el caso del documento, caso en el cual el artículo 243 así lo cualifica para los mensajes de datos, y en el artículo 247 establece que “serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que

artículo preceptúa: “Cuando cualquier norma requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos, si la información que éste contiene es accesible para su posterior consulta”. Y el Artículo 17 señala que: “Se presume que un mensaje de datos ha sido enviado por el iniciador, cuando: // 1. Haya aplicado en forma adecuada el procedimiento acordado previamente con el iniciador, para establecer que el mensaje de datos provenía efectivamente de éste. // 2. El mensaje de datos que reciba el destinatario resulte de los actos de una persona cuya relación con el iniciador o con algún mandatario suyo, le haya dado acceso a algún método utilizado por el iniciador para identificar un mensaje de datos como propio.”

*lo reproduzca con exactitud*²⁷. Cabe advertir, como lo anota Taruffo, que el documento electrónico tiene vocación probatoria propia, pues aun cuando en determinados casos se imprima para ser aportado al proceso, no se convierte en un documento escrito²⁷.

Así las cosas y siguiendo la regla establecida en el artículo 244²⁸ del Código General del Proceso, el documento electrónico tendrá plena validez y vocación probatoria mientras no sea tachado de falso o desconocido por la parte a quien se opone²⁹, pues se presume auténtico y autónomo, de manera que el juez debe valorarlo, en aplicación del criterio de equivalencia funcional y de conformidad con la sana crítica y las reglas de la experiencia.

Por consiguiente, descartar de plano un medio probatorio por tener características electrónicas o haber sido creado o modificado por los instrumentos que nos brindan las nuevas tecnologías, no es una posibilidad para los operadores judiciales, toda vez que el legislador ha establecido igual valor y las mismas reglas probatorias de los medios probatorios físicos para el caso en que estos se manifiesten o hayan sido creados por medios digitales, electrónicos o cualquier otro resultante de los instrumentos que nos proporcionan las tecnologías de la información y de las telecomunicaciones (TIC).

27 Taruffo, Michele. La Prueba. Colección Filosofía y Derecho. Marcial Pons. 2008. Pág. 89.

28 “Artículo 244. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. // Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso (...) La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos...”.

29 La presunción de autenticidad de los documentos electrónicos es legal y, por tanto, admite prueba en contrario, y de ahí que el artículo 269 del Código General del Proceso establece: “la parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se orden tenerlo como prueba”.

7. Diferencia entre la prueba electrónica como medio de prueba y como objeto de prueba.

El objeto de la prueba, en derecho, es acreditar que los supuestos fácticos que afirma alguna de las partes en el proceso en efecto ocurrieron. Para tal efecto, el interesado dispone de los medios de prueba que le proporciona el ordenamiento legal, como por ejemplo el documento.

Sin embargo, el medio de prueba electrónico, como también puede ser el documento, además de servir de vehículo para convencer al funcionario judicial que lo que se le afirma es cierto, también puede ser objeto de prueba cuando este existe únicamente en el mundo virtual. De esta manera, el interesado en probar los hechos que afirma, en tratándose de un medio de prueba electrónico, como por ejemplo el documento, en aras de conseguir el convencimiento del juez, deberá probar la existencia del supuesto fáctico mediante un medio probatorio determinado y a la par, deberá probar la existencia de dicho elemento probatorio.

Lo anterior se puede ilustrar en el siguiente ejemplo: Juan le hace una oferta a Pedro por correo electrónico en la que le propone la cesión de los derechos que tiene sobre las resultas de un proceso judicial en curso. Pedro analiza la oferta y le responde también por correo electrónico que sí, que no se la ofrezca a otra persona y que le pagará en dos días, sin embargo, no cumple este compromiso. En este caso, el hecho objeto de probanza es la oferta que le hizo Juan a Pedro y el incumplimiento por parte de este. A esta conclusión se puede llegar por los medios de prueba que considere Juan. No obstante, como la oferta fue efectuada por un medio digital, como es el correo electrónico, la cual según lo explicado consta en un documento electrónico, incumbe a Juan también probar la existencia del medio de prueba electrónico que aduce, so pena de que su elemento probatorio resulte insuficiente para convencer al juez de lo que afirma.

En esta misma línea un sector de la doctrina extranjera señala categóricamente que “...hay que tener en cuenta que la prueba electrónica puede ser

objeto y medio de prueba. La prueba electrónica puede ser objeto de prueba, y así se habla de ‘probar un hecho electrónico’ (ejemplo: el envío de un correo electrónico en determinada fecha); puede ser un medio de prueba, y así se alude a ‘probar electrónicamente un hecho’ (ejemplo: un email en el que el demandado reconoce expresamente una factura pendiente de pago). O puede, simultáneamente, ser objeto y medio de prueba, cuando se trata de ‘probar electrónicamente un hecho electrónico’ (ejemplo: la celebración de un contrato a partir de los emails enviados desde las terminales de dos ordenadores)”³⁰.

Por lo tanto, es diferente probar un hecho electrónico³¹ y probar electrónicamente un hecho. He aquí una diferencia vital en relación con los medios probatorios tradicionales o físicos, toda vez que estos, por regla general, no suponen la acreditación del medio como prueba, sino que el propósito de la prueba, se lograría únicamente con la prueba del hecho y no del medio.

8. Necesidad y carga de la prueba.

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, de manera que así se pueda dirimir determinada controversia. Sobre la necesidad de la prueba, y en desarrollo del derecho fundamental al debido proceso (artículo 29 C.P), bien señala el artículo 164 del C.G.P. que “[t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso”. Por eso en alguien debe recaer la carga de la demostración de los hechos con el aporte de las pruebas al proceso.

Nuestro sistema procesal está regido por el principio dispositivo para la impulsión del proceso, o sea, que la parte que alega el hecho y reclama el derecho o

30 Cfr. Abel Lluch, Xavier, Picó I Junoy, Joan. La prueba electrónica. Barcelona, Librería Bosch, 2011, pág. 26.

31 Caso en el cual el dictamen pericial será un medio de prueba idóneo para la parte que pretenda probar el hecho electrónico.

se opone a él está obligada a suministrar la prueba (artículo 167 C.G.P.). De todos modos, en el régimen procesal contencioso administrativo se conservan -como es la tendencia del derecho procesal moderno- elementos del sistema inquisitivo, tales como el poder del juez para decretar pruebas de oficio en primera y segunda instancia (artículos 179 numeral 10 y 213 de la Ley 1437 de 2011).

En la medida en que el medio de prueba electrónico se asemeja a la prueba física y tiene el mismo valor y reconocimiento, debe aplicársele las mismas reglas sobre carga probatoria prevista para las situaciones comunes. Quiere decir esto que la parte que pretenda demostrar un hecho a través de medios de prueba electrónicos deberá proceder a su aportación en el proceso, sin perjuicio de que el operador judicial también pueda decretar de oficio los medios electrónicos que sean adecuados para el esclarecimiento de los hechos materia de la controversia.

Sin embargo, en procura de la igualdad de las partes en el proceso, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso “...el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos...”.

Esta disposición consagra la denominada carga dinámica de la prueba, figura en virtud de la cual el juez traslada la carga de demostrar la verdad de lo alegado a la parte que esté en mejor posibilidad de aportar su prueba, 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. De acuerdo con el artículo 167 del C.G.P. “[l]a parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber

intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares”.

Por consiguiente, se morigera el principio dispositivo, lo que significa que si una de las partes se encuentra en mejores condiciones de aportar la prueba electrónica, el juez puede asignarle esa carga, con independencia de quien haya alegado el hecho dentro del proceso.

9. Los medios de prueba electrónicos según la Ley 1437 de 2011.

La Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 216, anterior al Código General del Proceso dispone que “[s]erá 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”.

Esta norma parte de la base de que la tecnología se encuentra al servicio de la Administración de Justicia, tal y como lo proclaman 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 este sentido, el nuevo Código 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 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 citada corporación, 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 legales³², pronunciamiento que atemperó lo establecido en los artículos 188 del Código de Procedimiento Civil y 141 del antiguo Código (Decreto 01 de 1984) 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 esta línea, se observa, por ejemplo, que en los artículos 55 y 57 de la primera parte del Código se dispone que 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, como ya se explicó. Asimismo, el artículo 166 núm. 1º, *ibídem*, preceptúa que 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 indicar que el acto demandado se encuentra en el sitio *web* de la respectiva entidad estatal para todos los fines legales. Bajo esta misma orientación en el artículo 167 de la Ley 1437 de 2011, aun cuando se preserva 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

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de agosto de 2007, radicado AP-19001-23-31-000-2005-00993-01., C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

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 entidad pública correspondiente, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet. Esta regla es reiterada en el art. 177 del C.G.P. y en particular referida a las resoluciones, circulares y conceptos de las autoridades administrativas, cuando estén publicadas en la página web de la entidad pública correspondiente.

En suma, como se dijo en capítulos precedentes, la información que se transmite a través de mensajes de datos no difiere de la que puede contener un documento físico, en tanto representa en forma inteligible y comprensible hechos jurídicamente relevantes para los procesos, de manera que la nueva legislación los admite y les otorga eficacia probatoria (artículo 247 del C.G.P.), siempre que ofrezcan niveles de seguridad similares a los de los documentos escritos y cumplan los requisitos técnicos y jurídicos relacionados con su autenticidad, integridad y rastreabilidad, siendo este el criterio para valorarlos y apreciarlos bajo las reglas de la sana crítica.

Además, según el artículo 171 del C.G.P. y de conformidad con las normas que reglamenten y desarrollen estos mecanismos y que se expidan para el efecto (artículos 85, numeral 13 y 95 de la Ley 270 de 1996), las partes y el juez, por razón del territorio o por otras causas, pueden hacer uso de los medios que proporciona la informática y las telecomunicaciones, no solo 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. Así, la utilización de los medios electrónicos puede ofrecer soluciones, por ejemplo, frente a las dificultades que surgen de la práctica de pruebas en el exterior, o en general por

fuera de la sede del juez, tal y como lo consagra el Código General del Proceso (artículos 171 y 182).

En conclusión, para el caso de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, todo lo expuesto se complementa con lo que dispone la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 216, anterior al Código General del Proceso, pero a la vanguardia en relación con estos temas, puesto que de manera expresa y categórica señaló que se admitirán los medios electrónicos para efectos probatorios.

10. Conclusiones.

1. Los medios de prueba electrónicos son autónomos, independientes y válidos para ser aducidos como medio de prueba en los procesos contencioso administrativos, para demostrar y verificar los hechos que se debaten en los mismos.
2. No es apropiado limitar la existencia del medio de prueba electrónico únicamente al documento, aun cuando sea el único al que se alude en la actualidad, porque desconocemos lo que ocurrirá con el avance de las tecnologías.
3. Las reglas de admisibilidad, valoración y carga de la prueba electrónica son sustancialmente similares a las de las pruebas físicas.
4. Los medios de prueba electrónicos deben agotar unos requisitos técnicos particulares, debido a sus características específicas, los cuales se pueden lograr, en algunos casos, sin necesidad de acudir a un experto, aun cuando en ocasiones sea necesario la práctica de un dictamen pericial.
5. Los mensajes de datos son documentos y se examinan de la misma manera que los documentos escritos, esto es, de conformidad con las reglas de la sana crítica, la lógica y la experiencia. ■

La Ley 1437 de 2011 y el régimen especial de las “acciones constitucionales”:

Una armonización puntual a partir de algunos desarrollos jurisprudenciales

por: **Ramiro Pazos Guerrero**
Consejero de Estado, Sección Tercera

A veinte años de expedida la Carta de 1991, en un esfuerzo mancomunado el Gobierno Nacional, el Congreso de la República y el Consejo de Estado se dieron a la tarea de rediseñar la legislación administrativa y contencioso administrativa de nuestro país con la expedición de la Ley 1437 de 2011. Ello fue motivado por los cambios que ha supuesto el papel del juez en el Estado Social de Derecho, la profunda alteración de la estructura organizacional de nuestra jurisdicción con la entrada en vigor de los juzgados administrativos y, por su puesto, el gravísimo problema de congestión que acusa aquella. Lo anterior, sumado a la necesidad de acompañar el Decreto 01 de 1984 a la Carta de 1991 en el marco de la denominada “constitucionalización del derecho”¹, explica el replanteamiento del marco jurídico aplicable a las relaciones del ciudadano con la administración, lo mismo que el control judicial de esta por parte de una ya centenaria justicia especializada.

¹ HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto, “El nuevo Código y la constitucionalización del derecho administrativo” en Consejo De Estado *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código: Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011* (Coordinadores Consejeros de Estado Martha Teresa Briceño de Valencia y William Zambrano Cetina), Bogotá, Nomos Impresores, 2012, p. 13 y ss.

En ese ejercicio de “repensar la jurisdicción contencioso administrativa”², que estuvo a la base de la ardua tarea de la Comisión de Reforma, se tomó una decisión fundamental: circunscribir el alcance de la reforma en punto de los medios de control, ya ambicioso por cierto, a la modificación de los mismos. Así se puso de relieve en la exposición de motivos:

[A]quellas acciones a las que se han dado en calificar como constitucionales porque su nombre fue dado directamente por la Constitución, simplemente se recogen en el capítulo de medios de control, sin modificarlas, bien porque ello implicaría una reforma a la Constitución como ocurre con la pérdida de investidura, donde el término

² Cfr. Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Consejo de Estado, Conseil d’État, *Memorias Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa*, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Escuela Judicial y Ambassade de France en Colombie, Bogotá, 2008; Consejo de Estado, *Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011* (Coordinador General Consejero de Estado William Zambrano Cetina), Bogotá, Imprenta Nacional, 2011 y Consejo de Estado, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código: Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011* (Coordinadores Consejeros de Estado Martha Teresa Briceño de Valencia y William Zambrano Cetina), Bogotá, Nomos Impresores, 2012.



para su trámite y decisión tiene consagración constitucional, ora porque el trámite es común para procesos adelantados por jueces ordinarios y contencioso administrativos, como sucede con las acciones populares y de grupo.³

Sin embargo, no se puede desconocer que el *letmotiv* que animó esta importante tarea fue fomentar y estimular la solución de las controversias por caminos diversos a las denominadas “acciones constitucionales” y reivindicar a la administración como protectora de derechos fundamentales y a la

³ Gaceta del Congreso, XVIII, 1173, 17 de noviembre de 2009, p. 63.

jurisdicción administrativa como juez natural de la actuación administrativa⁴.

⁴ Cfr. APONTE SANTOS, Gustavo “La Administración como protectora de Derechos Fundamentales”, POCHARD, Marcel “L’administration publique et la protection des droits fondamentaux” en Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Consejo de Estado, Conseil d’État, *Memorias Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contenciosa administrativa*, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Escuela Judicial y Ambassade de France en Colombie, Bogotá, 2008, p. 57 y ss.; “La protección y garantía efectiva de los derechos: Finalidad y razón de ser tanto de la administración como de la justicia administrativa (a propósito de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011)” en *Revista Judicial*, n.º 23 (septiembre 2012), Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, pp. 46 y ss.; ÁLVAREZ JARAMILLO, Fernando “Antecedentes y presentación general de la Ley 1437 de 2011”, ZAMBRANO

En efecto, para nadie es un secreto que las llamadas acciones constitucionales, en especial la de tutela, pero también —aunque en menor grado— las de grupo, popular y de cumplimiento, venían desplazando no sólo a la llamada “vía administrativa”, sino también a los tradicionales medios de control judiciales (contencioso objetivo, contencioso subjetivo, controversias contractuales y reparación directa), circunstancia que alteró de manera drástica las relaciones del ciudadano con la administración y con la justicia concebida especialmente para adelantar el control de aquella.

Por ello, en lugar emprender una incierta y quizás muy compleja armonización simultánea de todo este entramado normativo (Decreto 2591 de 1991, Ley 393 de 1997 y Ley 472 de 1998), se optó por una solución más pragmática —y que ya comienza a mostrar algunos efectos positivos— al encauzar la protección de los derechos en sede de la administración y los medios de control ordinarios (las antes denominadas “acciones contencioso administrativas”) con el marco constitucional, para reconducir mejor esa tendencia a recurrir la mayoría de las veces a las “acciones constitucionales”.

Ahora, en relación con la acción de tutela, cuyo análisis demanda una reflexión separada, bastaría afirmar que se pretendió optimizar su uso para lo que está llamada a operar, en orden a lograr una

verdadera adecuación de todo el Código a la efectiva defensa y garantía de los derechos de las personas por parte de la administración y, en subsidio de esta, por la jurisdicción administrativa. Es decir, que los asociados dispongan de instrumentos jurídicos eficaces para reclamar la protección de sus derechos, antes de acudir al dispositivo constitucional excepcional. Si ese propósito se lograra, la reforma ya tendría garantizado un lugar en la historia legislativa nacional.

Por lo anterior, salieron fortalecidos los denominados poderes del juez, en particular en lo relativo a las medidas cautelares⁵, que justamente se instauraron con base en la experiencia de la Ley 472 de 1998 y que buscaron superar esa situación paradójica con arreglo a la cual un mismo juez tenía amplísimos poderes cuando obraba como “juez constitucional” pero, en contraste, se encontraba bastante limitado cuando lo hacía como “juez de la administración” tradicional.

Este documento, entonces, se limitará a esbozar esos pequeños grandes ajustes que se hicieron a las tres otras acciones constitucionales. Con esta perspectiva se ha dividido en dos apartados: (i) una aproximación a los cambios que ha experimentado la acción popular como mecanismo para la protección

CETINA, William, “Fundamentos y objetivos de la reforma del Libro I del nuevo Código de Procedimiento administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, CORREA PALACIO, Ruth Stella “Fundamentos de la reforma del Libro II del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo” en Consejo de Estado, *Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011* (Coordinador General Consejero de Estado William Zambrano Cetina), Bogotá, Imprenta Nacional, 2011, pp. 31 y ss. y ZAMBRANO CETINA, William, “La protección de derechos en sede administrativa y la eficacia de los principios constitucionales de la función administrativa” en Consejo de Estado, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código: Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011* (Coordinadores Consejeros de Estado Martha Teresa Briceño de Valencia y William Zambrano Cetina), Bogotá, Nomos Impresores, 2012, p. 13 y ss.

5 Cfr. CORREA PALACIO, Ruth, “Medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa en Colombia”, en Comisión de Reforma a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Consejo de Estado, Conseil d’État, *Memorias Seminario Franco-Colombiano sobre la reforma a la jurisdicción contencioso administrativa*, Misión de Cooperación Técnica en Colombia del Consejo de Estado Francés, Escuela Judicial y Ambassade de France en Colombie, Bogotá, 2008, p. 143 y ss.; FAJARDO GÓMEZ, Mauricio, “Medidas cautelares”, en CONSEJO DE ESTADO, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código: Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011* (Coordinación General de la Edición Consejeros de Estado Martha Teresa Briceño de Valencia y William Zambrano Cetina), Bogotá, Nomos Impresores, 2012, pp. 327 y ss. y GÓMEZ ARANGUREN, Gustavo, “El régimen de medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011”, en Consejo de Estado, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código: Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011* (Coordinadores Consejeros de Estado Martha Teresa Briceño de Valencia y William Zambrano Cetina), Bogotá, Nomos Impresores, 2012, pp. 173 y ss.

colectiva de los derechos e intereses difusos; y (ii) las modificaciones que sufrió la regulación de las acciones de grupo.

Es preciso advertir que no obstante la enorme importancia de las acciones de cumplimiento, no se advierte –salvo las modificaciones transversales que afectaron a todo tipo de proceso– un mayor cambio en la regulación contenida en la Ley 393 de 1997⁶. No obstante, vale la pena señalar que en el fondo la reforma está inspirada en la misma preocupación que motivó al Constituyente en la adopción de ese valioso medio de control: combatir la falta de actividad de la administración y asegurar el imperio de la ley⁷. Así por ejemplo, mecanismos como el deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia (art. 10 Ley 1437) o la extensión de la jurisprudencia (art. 102 *ibid.*), están concebidos para evitar la judicialización excesiva de las relaciones del ciudadano con la administración, que terminan por imponer –como lo revela la historia fidedigna del establecimiento de esta nueva codificación– “una carga al ciudadano al que somete a acudir al juez para que sea este quien reconozca sus derechos”⁸.

6 Sobre su alcance *vid.* CORREA PALACIO, Ruth Stella, “Las acciones populares, de grupo y de cumplimiento y su impacto en la construcción de políticas públicas en Colombia”, en *Contexto Revista de derecho y economía* n.º 20, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006 y “La acción de cumplimiento en Colombia: ¿Un medio de control judicial de la administración que no produjo los efectos que se esperaban?”, en RODRÍGUEZ, Libardo et al. (editores) *El Derecho Público en Iberoamérica: Libro homenaje al profesor Jaime Vidal Perdomo*, Tomo II, Bogotá, Temis-Universidad de Medellín, 2010, pp. 481 y ss.

7 De acuerdo con la ponencia para segundo debate en la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente: “la acción de cumplimiento tiene el propósito de combatir la falta de actividad de la administración. Son frecuentes los casos en los cuales pese a existir un clarísimo deber para que las autoridades desarrollen una determinada acción de beneficio particular o colectivo, las mismas se abstienen de hacerlo. El particular afectado podría entonces acudir a esta acción para exigir el cumplimiento del deber omitido” (Ponencia para segundo debate en Gaceta Constitucional n.º 112, p.7).

8 Gaceta del Congreso n.º 1173 de 2009, p. 55.

1. El nuevo código y la protección de los derechos e intereses colectivos

Al mantener el régimen especial contenido en la Ley 472 de 1998, desarrollo particular del artículo 88 constitucional, para la defensa de los derechos cuyo titular es la comunidad, *intereses difusos* como los llama Cappelletti⁹, *intereses de grupo*¹⁰ o simplemente *derechos colectivos* como los denomina la Constitución y buena parte de la doctrina más representativa¹¹, se introdujeron ajustes muy puntuales, que sumados al adoptado previamente de la eliminación del incentivo (Ley 1425 de 2010) y la instauración de la revisión eventual (Ley 1285 de 2009), han cambiado significativamente el panorama de su ejercicio en esta jurisdicción.

La Ley 1437 fue, pues, congruente con el querer del Constituyente de 1991 que planteó una protección especial para esos derechos colectivos¹² no sólo con la enumeración de los mismos en el capítulo 3º del Título II de la Constitución Nacional (arts. 78 a 82), sino también con la previsión de un instrumento

9 Cfr. CAPPELLETTI, Mauro, “La protection d’interêts collectifs et de groupe dans le procès civile -Métamorphoses de la procédure civile”, *Revue Internationale de Droit Comparé- RICD*, janvier-mars, 1975, p. 596 y ss.

10 BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Editorial José María Bosch, Barcelona, 1995.

11 Vid. LÓPEZ CALERA, Nicolás, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialización en la teoría de los derechos*, Ariel Derecho, 2000, Barcelona.

12 Asamblea Nacional Constituyente, Informe de ponencia sobre derechos colectivos, Ponentes Iván Marulanda, Guillermo Perry, Jaime Benítez, Angelino Garzón, Tulio Cuevas y Guillermo Guerrero, en Gaceta Constitucional No. 46, Bogotá, lunes 15 de abril de 1991, p. 21: “Por su naturaleza e importancia, requieren un reconocimiento en la nueva Carta que fomente la solidaridad entre los habitantes del territorio nacional para la defensa de vitales intereses de carácter colectivo y que propicie la creación de instrumentos jurídicos adecuados para su protección”.



específicamente destinado a ello, sin que ello signifique que antes de su “constitucionalización” no hubiese ya un meritorio marco normativo que se remontaba a la expedición misma del Código Civil.

1.1. Improcedencia para anular de actos administrativos y de contratos estatales. La Ley 472 de 1998, en consideración a la dimensión e importancia de los derechos colectivos y en clara simetría con el diseño constitucional, dotó de carácter autónomo o principal -y no residual o subsidiario- a la acción popular (arts. 1, 2, 9 y 34) y así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación al advertir que la existencia de otros medios de defensa no la hace improcedente, pues es independiente de otras acciones¹³.

Sin embargo este carácter principal o autónomo llevó a que se diera en el interior de la jurisdicción

¹³ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AP 254 de 2005 y Sentencia AP 1588 de 2005.

un debate sobre la procedencia de este medio de control para anular actos administrativos y contratos estatales. Este fue sin duda uno de los problemas jurídicos más complejos que precipitó una agudísima discusión doctrinal¹⁴ y jurisprudencial.

¹⁴ Sobre este punto ver HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier, “La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares”, Instituto Antioqueño de responsabilidad civil y del Estado, octubre de 2001; ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro, “La acción popular, aspectos sustanciales y procesales”, en *Memorias Octavo encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2001; TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Diké, Medellín, 2001; BEJARANO GUZMÁN, Ramiro, *Procesos declarativos*, Temis, Bogotá, 2005; BOTERO ARISTIZABAL, Luis Felipe, *Acción popular y nulidad de actos administrativos*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario y Legis, Bogotá, 2004; “Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de anulación de actos administrativos y de contratos estatales en acciones populares” en Pardo Schlesinger, Cristina y Parra Dussán, Carlos (editores) *Teoría Constitucional, Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2006, pp. 309 y ss. y CORREA PALACIO, Ruth, “Los poderes del juez frente al acto administrativo ilegal dentro de la acción popular” en *Contexto, Revista de Derecho y Economía*, n.º 21, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

En efecto se produjeron dos grandes enfoques jurisprudenciales enfrentados, por un lado, una posición que negaba la posibilidad de anulación de los actos administrativos en sede popular (tesis restrictiva) y, por otro, el que estimaba procedente hacerlo, aunque en forma excepcional (tesis amplia).

Según el primer criterio, la acción popular no derogó ni desplazó las acciones contenciosas y, además, la presunción de legalidad del acto administrativo sólo era cuestionable mediante los medios de control tradicionales, pues la acción popular no fue instituida para cuestionar la juridicidad de los actos administrativos y, por lo mismo, no puede erigirse en un sistema paralelo para ese mismo objeto¹⁵.

A su turno, a juicio del criterio amplio era factible anular actos administrativos por la vía de las acciones populares, habida consideración de su carácter principal o autónomo, por lo cual era posible eliminar (anular en este caso) la causa de la violación o amenaza del derecho colectivo, aunque ello de manera excepcional y restrictiva, ya que no significaba la derogatoria o desplazamiento de las acciones contenciosas administrativas, competencia “implícitamente” prevista en el artículo 88 CN y la Ley 472 de 1998¹⁶.

15 Cfr. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia AP 005 2000; Sección Segunda Subsección “B”, sentencia AP 013 de 2000; Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia AP 036 de 2000; Sección Tercera, sentencia AP 038 de 2000; Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia AP 047 de 2000; Sección Cuarta, sentencia AP 085 de 2001; Sección Cuarta, sentencia AP 102 de 2001; Sección Primera, sentencia AP 123 de 2001; Sección Cuarta, Auto AP 146 de 2001; Sección Cuarta, Auto AP 257 de 2001; Sección Primera, sentencia AP 282 de 2001; Sección Quinta, sentencia AP 575 de 2002; Sección Tercera, sentencia AP 744 de 2002 y Sección Quinta, sentencia AP 636 de 2.003.

16 Vid. Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia AP 026 de 2000; Sección Cuarta, sentencia AP 028 de 2000; Sección Primera, sentencia AP 119 de 2000; Sección Primera, Auto AP 148 de 2001; Sección Quinta, sentencia AP 194 de 2001; Sección Tercera, sentencia AP 285 de 2002; Sección Quinta, sentencia AP 342 de 2.002; Sección Cuarta, auto AP 249 de 2003; Sección Cuarta, sentencia AP 90178 de 2003; Sección Primera sentencia AP 559 de 2004; Sección Tercera, sentencia AP 571 de 2004; Sección Primera, sentencia AP 874 de 2004; Sección Tercera, sentencia AP 2693 de 2004; Sección Tercera, sentencia AP 454 de 2005; Sección Tercera, sentencia AP 787 de 2005.

Un debate jurisprudencial y doctrinal¹⁷ similar tuvo lugar en relación con la procedencia o no para anular contratos estatales en sede de la acción popular, cuando aquellos se tornaban en trasgresores de derechos colectivos, como expresión de la función administrativa (art. 209 CN y arts. 3º, 25.3 y 26.1 de la Ley 80 de 1993).

Aunque el marco legal era claro sobre la procedencia para estudiar contratos estatales en sede popular (arts 9, 15 e inc. 2º del art. 40 de la ley 472 de 1998), se discutió por largo tiempo la posibilidad de ser anulados por esta vía. Al igual que en materia de anulación de actos administrativos, se presentaron dos grandes tendencias jurisprudenciales. Una “restrictiva” que aseguraba que el juez de la acción popular no tenía competencia para anularlos y otra “amplia” que entendía que excepcionalmente ello era posible.

Con arreglo al primer enfoque (restrictivo), no obstante su carácter principal la acción popular no era el instrumento para entrar a dilucidar la validez del contrato estatal, pues para ello existía la acción

17 Cfr. BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Las acciones populares y el contencioso de los contratos*, Bogotá, Conferencia dictada en octubre de 2004; HERNÁNDEZ ENRÍQUEZ, Alier, *La presunción de legalidad de los actos administrativos y de validez de los contratos estatales en las acciones populares*, Instituto Antioqueño de responsabilidad civil y del Estado, octubre de 2001; ORDOÑEZ MALDONADO, Alejandro, “La acción popular, aspectos sustanciales y procesales”, en *Memorias Octavo encuentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá, 2001; TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Las acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Díké, Medellín, 2001 HOYOS DUQUE, Ricardo, “La acción popular frente al contrato estatal”, en *XIV Congreso Colombiano de Derecho procesal, Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Santiago de Cali, septiembre de 2003; “Jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de anulación de actos administrativos y de contratos estatales en acciones populares” en Pardo Schlesinger, Cristina y Parra Dussán, Carlos (editores) *Teoría Constitucional, Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2006, pp. 309 y ss. y CORREA PALACIO, Ruth Stella, *La acción popular y el contrato estatal*, Primer Encuentro de Derecho Público, Cali, junio de 2006.

de controversias contractuales (art. 87 del C.C.A.) y, en consecuencia, admitirlo supondría la duplicidad de procesos judicial, lo cual era altamente nocivo para la seguridad jurídica¹⁸.

Según la segunda línea jurisprudencial (amplia), en la medida en que la existencia o ejecución de la relación contractual puede comportar la violación o amenaza de derechos colectivos, era perfectamente viable adelantar un examen de validez del contrato estatal en esta instancia de control judicial, habida consideración que dicha actividad es una expresión de la función administrativa, siempre y cuando se trate de eventos configurativos de nulidad absoluta, cuya declaración opera oficiosamente. Pero si cursa un proceso ante el juez natural del contrato, no procedería la declaratoria de nulidad sino tan sólo el decreto de medidas transitorias, como sería su suspensión, mientras se decide en la instancia correspondiente¹⁹.

Esta falta de unidad de criterio precipitó una decisión sin antecedentes del Pleno del Consejo de Estado frente a una sentencia adoptada por

18 Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, auto AP 076 de 2001; Sección Segunda, Subsección B, sentencia AP 025 de 2000; Sección Tercera, sentencia AP 057 de 2001; Sección Segunda, Subsección A, sentencia AP 068 2001; Sección Primera, Auto AP 076 de 2001; Sección Segunda, Subsección A, sentencia AP 089 de 2001; Sección Segunda, Subsección A, sentencia AP 156 de 2001; Sección Segunda Sub Sección "A", sentencia AP 068 de 2002; Sección Segunda, Subsección A, sentencia AP 897 de 2002; Sección Cuarta, auto AP 106 de 2002, Sección Cuarta, sentencia AP 1768 de 2002; Sección Segunda Sub Sección "A", sentencia AP 897 de 2003; Sección Cuarta, auto AP 90011 de 2003.

19 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia AP 115 de 2000; Sección Quinta, sentencia AP 008 de 2001; Sección Quinta, sentencia AP 100 de 2001; Sección Primera, auto AP 148 de 2001; Sección Quinta, sentencia AP 151 de 2001; Sección Primera, sentencia AP 158 de 2001; Sección Tercera, sentencia AP 1136 de 2001; Sección Quinta, sentencia AP 098 de 2002; Sección Tercera, sentencia AP 285 de 2002; Sección Cuarta, sentencia AP 300 de 2002; Sección Primera, sentencia AP 308 de 2002; Sección Cuarta, sentencia AP 465 de 2002; Sección Tercera, sentencia AP 518 de 2002; Sección Tercera, sentencia AP 537 de 2002; Sección Tercera, sentencia AP 612 de 2002; Sección Quinta, sentencia AP 435 de 2003; Sección Primera, sentencia AP 559 de 2004; Sección Primera, sentencia AP 874 de 2004; Sección Quinta, sentencia AP 2599 de 2003; Sección Primera, sentencia AP 55901 de 2004 y Sección Tercera, sentencia AP 1588 de 2005.

la Sección Tercera en sede de acción popular en materia electoral. Esta Sección, al encontrar violados los derechos colectivos invocados en la demanda, declaró la nulidad de varios actos administrativos electorales, relacionados con la inscripción de una candidatura a una gobernación y con la declaratoria de elección²⁰. La Sala Plena de la Corporación declaró la nulidad de todo lo actuado y aunque los motivos esgrimidos fueron otros, en el fondo quedó el debate planteado de si el juez popular podía o no desplazar al juez natural con competencia para decidir sobre asuntos propios de la acción electoral.²¹

Con esta perspectiva y en orden a poner fin a esa aguda discusión jurisprudencial, el artículo 144 inciso 2° de la Ley 1437 dispuso que puede demandarse en sede de acción popular cuando la conducta vulnerante sea un acto administrativo o un contrato, "*sin que en uno u otro evento, pueda el juez anular el acto o el contrato, sin perjuicio de que pueda adoptar las medidas que sean necesarias para hacer cesar la amenaza o vulneración de los derechos colectivos*". Este segmento, que es resultado de la ponencia para segundo debate al proyecto de ley n.º 198 de 2009²², fue declarado exequible por la Corte al razonar que:

(...) no desconoce el debido proceso judicial sino que por el contrario lo fortalece y clarifica los alcances de su competencia, habida cuenta de los desacuerdos y divergencias jurisprudenciales en el Consejo de Estado sobre la materia, resultando válido que haya sido el propio legislador quien, dentro del marco de la potestad de configuración normativa que tiene, haya dado solución definitiva al problema de precisar la improcedencia de que el juez de la acción popular decida sobre la anulación

20 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AP 325 de 2010.

21 Consejo de Estado, Sala Plena, auto AP 325 de 2010 IJ.

22 Gaceta del Congreso, XIX, 264 de 27 de mayo de 2010, p. 41.

de actos administrativos y contratos estatales, sin que por esta razón se desconozcan el acceso a la administración de justicia o el carácter principal de las acciones populares, que en nada afecta el carácter principal o autónomo y no subsidiario de la acción. Se trata pues de una medida legítima del órgano legislativo que busca armonizar la regulación legal de los distintos medios de control judicial de la administración al establecer que en este tipo de acciones no es procedente anular contratos o actos de la administración, en tanto que para ello están las acciones contencioso administrativas correspondientes, o medios de control, como los denomina la Ley 1437 de 2011²³.

En la misma línea, el artículo 139 *in fine* del C.P.A.C.A. previó que las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos colectivos regulados en la Ley 472 de 1998. Sin embargo, nada obsta para que, aunque no haya pronunciamiento sobre la validez de actos y contratos, se adopten otras decisiones como la suspensión del acto²⁴.

1.2. La constitución en renuencia. Otra importante modificación que introdujo el artículo 144 de la Ley 1437 de 2011 fue la prevista en su inciso 3° (en consonancia con el art. 161 num. 4° *eiusdem*), con arreglo al cual antes de presentar la demanda para la protección de derechos e intereses colectivos,

23 Corte Constitucional, sentencia C 644 de 2011.

24 Lo cual no es compartido por algunos expertos para quienes “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” BASTIDAS CÁRDENAS, Hugo Fernando, “Los Medios de Control en la Ley 1437 de 2011” en Consejo de Estado, *Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011* (Coordinador General de la Edición Consejero de Estado William Zambrano Cetina), Bogotá, Imprenta Nacional, 2011, p. 306.

el demandante debe solicitar a la autoridad o al particular en ejercicio de funciones administrativas que adopte las medidas necesarias de protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Agregó la norma que si la autoridad no atiende dicha reclamación dentro de los quince (15) días siguientes a la presentación de la solicitud o se niega a ello, podrá acudir ante el juez. Requisitos que solo excepcionalmente podrán obviarse cuando exista inminente peligro de ocurrir un perjuicio irremediable en contra de los derechos e intereses colectivos, situación que deberá sustentarse en la demanda.

Se trata, pues, de la recepción en acciones populares de un instituto previsto para las acciones de cumplimiento (artículo 8° inciso 2° de la Ley 393 de 1997) como una suerte de “requerimiento previo” o de “condición de procedibilidad”, o más precisamente “requisito de procedibilidad”²⁵, que se explica como una medida para evitar la innecesaria congestión de despachos judiciales, con situaciones que pueden ser previamente remediadas en sede de la administración. Adicionalmente, en la práctica en no pocas situaciones la acción popular se ha convertido en una genuina acción de cumplimiento, por la que se busca justamente la aplicación de normas que protegen derechos colectivos.

Esta norma, que fue propuesta originalmente en el Parlamento y que fue ampliamente debatida por la Comisión de Consejeros²⁶ que hizo seguimiento al trámite legislativo, también buscó realizar una especie de filtro a las demandas “tipo” o “en serie” que usualmente se presentan en ejercicio de acciones populares, sin darles oportunidad a las

25 Cfr. VALLE DE LA HOZ, Olga Mérida, “Medios de control” en CONSEJO DE ESTADO, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código: Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011* (Coordinadores Consejeros de Estado Martha Teresa Briceño de Valencia y William Zambrano Cetina), Bogotá, Nomos Impresores, 2012, p. 159.

26 Acta de 18 de noviembre de 2010.

entidades públicas antes de acreditar que no estaban incurso en infracción legal alguna (i.e. fondos de solidaridad en servicios públicos domiciliarios, mataderos, semáforos con sonidos para invidentes, etc.).

Se buscó, como revelan los antecedentes de la norma en el debate parlamentario, “*que el interesado pueda obtener de la Administración dicha protección sin necesidad de acudir a un juicio y esta a su vez cuente con la oportunidad de analizar la situación de amenaza o vulneración derecho o interés colectivo y evitarla o conjurarla, según el caso*”²⁷.

Con el mismo, como advierte la doctrina, se le está dando la posibilidad a la administración para que solucione el agravio causado “*evitando que se inicie un desgaste al aparato judicial y que la entidad sea sorprendida con la iniciación de una demanda*”²⁸ y por ello se trata de un instrumento importante para el logro de uno de los objetivos centrales del nuevo Código: solucionar el fenómeno creciente de la congestión judicial en la jurisdicción de lo contencioso administrativa²⁹.

2. La reparación de perjuicios causados a un grupo en la Ley 1437.

Al igual que la acción popular, las acciones de grupo³⁰ fueron concebidas como un medio de control

27 Gaceta del Congreso XIX, 951, 23 de noviembre de 2010, p. 7.

28 PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel, Derecho Procesal Administrativo, Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., Medellín, 2013, p. 612.

29 PELÁEZ GUTIÉRREZ, Juan Carlos, Comentario al artículo 144, en BENAVIDES, José Luis (Editor) Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Comentado y concordado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 334.

30 Sobre esta figura *vid.* GIDI, Antonio, La tutela Derechos Difusos, colectivos e individuales homogéneos”, Editorial Porrúa, 2004; GIDI, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos*

principal³¹, instituidas por el Constituyente de 1991³² para la reparación de un daño subjetivo derivado de una causa común infligido a un número plural de personas, a la manera de las acciones de clase o de representación del derecho anglosajón. Buscan garantizar valores superiores de acceso a la justicia material (229 constitucional) como expresión del mandato isonómico (art. 13 inc. 1° *eiusdem*), concentrar y optimizar los recursos procesales y probatorios y evitar posibles fallos contradictorios, al permitir el estudio bajo una misma cuerda procesal de pretensiones signadas por una misma etiología³³.

2.1. Caducidad para buscar la reparación de perjuicios causados a un grupo³⁴.

difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004; HERNÁNDEZ E., Alier “Regulación de las Acciones de grupo formuladas en contra de las entidades públicas en el derecho colombiano” en I.C.D.P, *Memorias Congreso Colombiano de Derecho Procesal XXVI*, Universidad Libre, Bogotá, 2005, pp. 19 y ss; CORREA PALACIO, Ruth y BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín, “Aspectos procesales de la acción de grupo en la legislación colombiana”, en ICDP, *Memorias Congreso Colombiano de Derecho Procesal XXVII*, Universidad Libre, Bogotá, 2006, pp. 229 y ss. y TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil*, Diké, Medellín, 2001 y BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín, *La acción de grupo normativa y aplicación en Colombia*, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2007.

31 Vid. Corte Constitucional, sentencia C 1062 de 2000 y sentencia C 215 de 1999 y Consejo de Estado, Sección Tercera, auto AG 021 de 2001 y auto AG 179 de 2003.

32 Asamblea Nacional Constituyente, Informe de ponencia para primer debate en Gaceta constitucional n.º 77 del 20 de mayo de 1.991 p. 8 y ss.

33 Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AG 948 de 2005.

34 Aunque así es denominado este medio de control, es conveniente anotar que el mismo “está consagrado en el artículo 88 de la Constitución Política como una ‘acción’ que podrá presentarse por daños ocasionados a un número plural de personas. Es la Constitución Política la que le atribuye el carácter de acción al mecanismo de control citado, imponiéndole al legislativo la reglamentación de dicha materia que efectivamente se cumplió con la Ley 472 de 1998”: VALLE DE LA HOZ, Olga Mérida, “Medios de control” en Consejo de Estado, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código: Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011* (Coordinadores Consejeros de Estado Martha Teresa Briceño de Valencia y William Zambrano Cetina), Bogotá, Nomos Impresores, 2012, p. 159.

la Ley 472 de 1998 acusaba algunas inconsistencias a efectos de determinar el momento a partir del cual debía contarse el término para interponer la demanda, especialmente, tratándose de daños causados por omisiones, debido a que esa disposición prescribía que las acciones de grupo debían promoverse dentro de los dos años siguientes a la fecha en que se causó el daño o cesó la acción vulnerante causante del mismo. Y, como advirtió la jurisprudencia, podrían presentarse eventos en que el daño no coincidiera con la materialización del hecho, acción u omisión causantes del mismo, porque dicho daño obedeciera a un efecto retardado de una causa anterior o que la materialización de la causa del daño coincidiera con la producción del mismo, y, sin embargo, su existencia permaneciera desconocida para el afectado³⁵. La otra situación correspondía a eventos en los cuales no se produjeron como consecuencia de un acto aislado sino de hechos, acciones u omisiones sucesivos, ante lo cual el término para demandar se contaba desde el momento de la cesación de la “acción vulnerante causante del mismo”.

35 Vid. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias AG 008 de 2005 y AG 2382 de 2005.

Dada la dificultad de aplicación de este precepto, la jurisprudencia tuvo, pues, que distinguir dos hipótesis: (i) cuando la producción del daño fuese instantánea, aunque puedan extenderse sus efectos en el tiempo, en este evento el término de caducidad comenzaba a correr desde la causación del daño, y (ii) “cuando no sólo la acción o la omisión causantes del daño sino también este último -no sus efectos- se llegaren a prolongar en el tiempo, en cuyo caso el término para presentar la demanda empezaba a correr desde la cesación de los efectos vulnerantes”³⁶.

Era evidente el tratamiento diferencial frente a lo previsto en sede de reparación directa, sin justificación alguna por cierto, y así lo puso de relieve la Sección Tercera al afirmar que la diferencia que había entre la acción de grupo y la de reparación directa, cuando el daño proviene de una conducta omisiva estatal:

El trato que el legislador le da al tema permite advertir la diferencia entre la acción de grupo y la

36 Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto AG 2206 de 26 de 2007; Sentencia AG 008 de 2005, Sentencia AG 948 de 2005 y Sentencia AG 213 de 2006.



de reparación, en cuanto al hito para contabilizar el término para intentar la acción, cuando el daño por el cual se reclama indemnización proviene de una conducta omisiva de la administración. Tratándose de la acción de reparación el término para intentar la acción deberá contarse a partir del día en que se consolidó la omisión, es decir, desde el momento en el cual se puede predicar el incumplimiento de un deber por parte de la administración, pues el artículo 136-8 del Código Contencioso Administrativo, tal como fue modificado por el artículo 44 de la ley 446 de 1998 establece que dicho término se contará ‘a partir del día siguiente al del acaecimiento...’, en tanto que, tratándose de omisiones causantes del daño cuya indemnización se reclama a través de la acción de grupo, la acción podrá intentarse mientras no hubiere cesado esa omisión y hasta dos años después de que cese, porque la norma prevé como uno de los momentos a partir de los cuales se cuenta ese término, el de la cesación de la acción vulnerante, ello en el entendido de que también el daño sea continuo, dado que sólo la prolongación del daño como consecuencia de la prolongación de la conducta omisiva de la administración, justifica el conteo del término desde cuando cesó la omisión (...) pues muy diferente es que el daño se genere por una permanente acción u omisión de la entidad y otra cosa es que el daño permanezca en el tiempo o se agrave por la falta de remedio oportuno³⁷.

En tal virtud, la Ley 1437 corrigió la disparidad de regulación en esta materia en relación con lo dispuesto para la reparación directa. En efecto, mientras que para estos procesos el anterior C.C.A. preveía que el término para intentar la acción se contaba a partir el día siguiente al acaecimiento de la acción, omisión, operación administrativa u ocupación del inmueble, la Ley 472 contenía una regulación quizás menos clara, como ya se vio. Así el artículo 164 de la Ley 1437 al regular la oportunidad para presentar la demanda dispuso en

el literal h) que cuando se pretende la declaración de responsabilidad y el reconocimiento y pago de indemnización de perjuicios causados a un grupo, la demanda deberá promoverse dentro de los dos (2) años siguientes a la fecha en que se causó el daño.

Ahora bien, como en sede de acción de grupo –al contrario de lo ocurrido con las acciones populares– el legislador sí permitió la anulación de actos administrativos (como se verá a continuación), se dispuso en el mismo apartado de la norma en comento que si el daño causado al grupo proviene de un acto administrativo y se pretende la nulidad del mismo, la demanda con tal solicitud deberá presentarse dentro del término de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

2.2. Anulación de actos administrativos. En aplicación de la Ley 472 de 1992 en el ámbito de las acciones de grupo también existe un debate, aunque de menor intensidad, sobre la procedencia o no de anular actos administrativos.

Así, algunos doctrinantes³⁸ estimaron que ello sí era viable toda vez que no se puede negar que el daño puede tener como causa un acto administrativo unilateral y que el damnificado puede controvertir la legalidad del acto que lo lesiona; en ese evento, para lograr la reparación del perjuicio, es menester remover el obstáculo que lo intermedia, es decir, el acto administrativo, lo cual se logra por medio de su anulación judicial; de allí que el control de validez del acto administrativo, en estos casos, constituye sólo un medio y no un fin de la pretensión del actor que consiste en la reparación del perjuicio por él

³⁷ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG 008 de 2005.

³⁸ Hernández E., Alier “Regulación de las Acciones de grupo formuladas en contra de las entidades públicas en el derecho colombiano” en I.C.D.P., *Memorias Congreso Colombiano de Derecho Procesal XXVI*, Universidad Libre, Bogotá, 2005, pp. 19 y ss.

sufrido. Criterio que fue el inicialmente adoptado por la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁹.

Otro sector de la doctrina estimó, por el contrario, que mediante este medio de control no era procedente controvertir la legalidad del acto porque dicho debate se opone a la naturaleza indemnizatoria de la acción⁴⁰. Este criterio fue adoptado por la jurisprudencia, al estimar que las pretensiones objeto de esta acción sólo podían perseguir la reparación de daños antijurídicos, por lo que quedaba fuera de su ámbito el juzgamiento de la validez de un acto⁴¹.

Con la decisión legislativa contenida en el artículo 145 del C.P.A.C.A.⁴², se cierra –como atinadamente apunta la doctrina– una discusión abordada por el Consejo de Estado en materia de acciones de grupo y actos administrativos⁴³. Finalmente, es oportuno precisar que el inciso 2º del artículo 145 no alude a los actos administrativos de carácter general, como tampoco a los contratos estatales y al no hacerlo

pareciera –como pone de presente la doctrina– dejar abierto el debate en estos eventos “a los que no se refiere expresamente”⁴⁴.

3. Algunas reflexiones finales.

Aunque no fue intención de quienes concibieron la Ley 1437 de 2011 introducir cambios drásticos a la regulación contenida en la Ley 472 de 1998 y tan solo se enlistan dentro de los “medios de control” con cambios específicos⁴⁵, lo dicho da

39 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia AG 010 de 2001 y Auto AG 024 de 2002.

40 TAMAYO JARAMILLO, Javier, La acciones populares y de grupo en la responsabilidad civil, Diké, Medellín, 2001, p. 219.

41 Consejo de Estado, Sección Tercera, auto AG 078 de 2003, Auto AG 1319 de 2008; Sentencia AG 066 de 2008; Sentencia AG 145 de 2008; Sentencia AG 1550 de 2008; Sentencia AG 2373 de 2008 y Sentencia AG 4653 de 2008.

42 Con arreglo al inciso 2º del citado texto legal “*Cuando un acto administrativo de carácter particular afecte a veinte (20) o más personas individualmente determinadas, podrá solicitarse su nulidad si es necesaria para determinar la responsabilidad, siempre que algún integrante del grupo hubiere agotado el recurso administrativo obligatorio*”.

43 Cf. ARBOLEDA PERDOMO, Enrique, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Legis, Bogotá, 2012, p. 236 y GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos, *El nuevo proceso contencioso administrativo*, Ediciones doctrina y ley, Bogotá, 2014, p. 373. Criterio, que por cierto fue aplicado con posterioridad a la expedición de la Ley 1437 en Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AG 650 de 2011.

44 M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia, Comentario al artículo 145, en BENAVIDES, José Luis (Editor) *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, Comentado y concordado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, p. 338. En sentido contrario vid. BASTIDAS CÁRDENAS, Hugo Fernando, “Los Medios de Control en la Ley 1437 de 2011” en Consejo de Estado, *Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011* (Coordinador General Consejero de Estado William Zambrano Cetina), Bogotá, Imprenta Nacional, 2011, p. 307, para quien “No se podría ejercer contra actos de carácter general, impersonal o abstracto”.

45 Hay quienes incluso cuestionan esa medida: “los tres ‘medios de control’ no debieron incluirse en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo bajo esa denominación porque la Constitución Política les da el carácter de ‘acciones constitucionales’ que fueron objeto de desarrollo legal a través de las leyes 393 de 1997 y 472 de 1998. Así, las acciones populares, de grupo y de cumplimiento están definidas en la Constitución y la ley y por tanto era innecesaria una definición adicional en el nuevo Código y menos cuando ésta se hace en el capítulo de medios de control. A lo sumo, la mención de estas acciones debió realizarse en relación con los asuntos de competencia de la jurisdicción Contencioso Administrativa dado que las leyes que las regulan imponen su conocimiento a los Jueces y Tribunales Administrativos en los casos en que la acción u omisión que genera el daño provenga de la Administración Pública; en los demás casos la competencia está asignada a la Jurisdicción Civil” VALLE DE LA HOZ, Olga Mérida, “Medios de control” en Consejo de Estado, *Instituciones del Derecho Administrativo en el nuevo Código: Una mirada a la luz de la Ley 1437 de 2011* (Coordinadores Consejeros de Estado Martha Teresa Briceño de Valencia y William Zambrano Cetina), Bogotá, Nomos Impresores, 2012, p. 160, en sentido similar BASTIDAS CÁRDENAS, Hugo Fernando, “Los Medios de Control en la Ley 1437 de 2011” en Consejo de Estado, *Memorias del Seminario Internacional de presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011* (Coordinador General de la Edición Consejero de Estado William Zambrano Cetina), Bogotá, Imprenta Nacional, 2011, p. 310.



base para afirmar que aunque muy puntuales, los ajustes adoptados son de gran importancia. De alguna manera el C.P.A.C.A. vino a continuar la tarea iniciada por el legislador, al (i) eliminar mediante la Ley 1425 de 2010 el incentivo que había distorsionado su aplicación y (ii) prever el mecanismo de revisión eventual (adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009), en este caso regulando en detalle el procedimiento para el mismo (arts. 272 a 274 de la Ley 1437).

Con todo, en relación con la Ley 472 de 1998, no obstante constituir uno de los avances más significativos para la protección judicial efectiva de colectivos, tanto en sede de acción popular como de grupo, hay asuntos que demandan una serena reflexión en orden a determinar si resulta procedente o no emprender un gran ajuste legislativo. Así, por ejemplo, en relación con el mecanismo instituido para la reparación de un daño subjetivo derivado de una causa común infligido a

un número plural de personas, en asuntos como la indebida representación del grupo y la rígida regulación en materia probatoria, entre otros aspectos. Del mismo modo, aunque ya se han dado pasos determinantes no son pocos los aspectos discutibles de la regulación legal de las acciones populares, en particular en relación con el alcance de ciertos intereses colectivos como la moralidad administrativa.

Como no era el propósito de la Ley 1437 entrar a hacer mayores ajustes a esa regulación especial, los descritos brevemente dan cuenta de un impacto importante y revelan que son una atinada respuesta a las discusiones jurisprudenciales, que pretenden dar por terminadas, y que encajan en la idea que inspiró esta reforma de buscar fortalecer los mecanismos de protección y efectividad de los derechos e intereses colectivos. ■

Las nulidades procesales

por: **Jorge Octavio Ramírez Ramírez**
Consejero de Estado, Sección Cuarta

1. Introducción

Con la finalidad de garantizar que el proceso se desarrolle regularmente, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, en sus artículos 207 y siguientes, regula dos figuras: el control de legalidad y las nulidades procesales.

A diferencia de otros que son de carácter preventivo, estos mecanismos de control buscan remediar o solucionar aquellas situaciones que se presentan en el proceso, que por una u otra razón no fueron evitadas o detectadas con anterioridad.

Ambos suponen una vulneración de los presupuestos de validez del proceso, por lo que se inscriben, en virtud del principio de colaboración que informa el artículo 103 del CPACA, dentro de los deberes y cargas del Juez y de las partes para asegurar el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, la efectividad de los derechos y la preservación del orden jurídico.

El control de legalidad o principio del saneamiento del proceso, previsto en el artículo 207 del CPACA, es una potestad-deber del Juez. Agotada cada etapa del proceso, debe detectar y solucionar los hechos constitutivos de nulidades procesales o vulneratorios de las garantías constitucionales de las que son titulares los sujetos procesales (fundamentalmente el derecho al debido proceso),



con preclusión de la posibilidad de que las partes los aleguen con posterioridad, si se trata de cuestiones subsanables.

Dicha potestad-deber se funda en la regla contenida en el artículo 25 de la Ley 1285, según la cual *“agotada cada etapa del proceso, el Juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrean nulidades dentro del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes en aras de evitar dilaciones injustificadas”*, salvo aquellas otras irregularidades que *“comporten una grave afectación del núcleo esencial de las garantías constitucionales de las cuales son titulares los sujetos procesales”*, de acuerdo con la Sentencia C-713 de 2008, que declaró exequible el artículo 25 de la Ley 1285 –Ley Estatutaria de Administración de Justicia-¹.

Así, en virtud de la potestad de saneamiento, el juez no sólo controlará los presupuestos de validez de la demanda, sino también las circunstancias constitutivas de nulidad y aquellos hechos exceptivos previos que puedan afectar la validez y eficacia del proceso, amén de aquellas otras irregularidades que puedan incidir en su desenvolvimiento, que no encajen en una u otra de las categorías mencionadas.

En otras palabras, el Juez podrá en virtud de dicha facultad, controlar y constatar: a) todos aquellos factores que pueden condicionar la validez del proceso, en su origen y desarrollo, tales como competencia del Juez (falta de jurisdicción, de competencia o cláusula compromisoria), debida representación judicial de las partes, derecho de postulación; correcta vinculación de los demandados, de otras partes o de terceros; problemas de incorrecta notificación o ausencia de traslados, oportunidad para solicitar pruebas; b) los que apuntan a la eficacia del proceso²: capacidad

para ser parte; para comparecer al proceso; demanda en forma³; procedimiento indicado en la ley: idoneidad y precisión de las pretensiones; indebida acumulación de pretensiones; integración del necesario contradictorio, citación de terceros, omisión de actuaciones procesales (reforma de la demanda, decisión del llamamiento en garantía, traslado de excepciones), caducidad, cosa juzgada, conciliación y transacción; c) los requisitos de procedibilidad o previos para demandar: interposición de los recursos de ley; conciliación prejudicial; y, en general, d) todas aquellas otras irregularidades que sin ser catalogadas como nulidades procesales, puedan afectar el normal desarrollo del proceso.

Como puede verse, aunque dicha potestad, en lo atinente a su finalidad, puede coincidir con las nulidades procesales, que apuntan a la validez del proceso, aquella, la potestad de saneamiento, es del resorte del juez, en tanto que las nulidades pueden ser ejercidas por este o por las partes.

Ahora bien, respecto de las causales de nulidades procesales, el CPACA mantiene, en líneas generales, la misma regulación que traía el Código Contencioso Administrativo, al remitirse al Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, y al establecer algunas reglas específicas, en relación con su trámite y decisión.

En consecuencia, en lo que tenga que ver con las nulidades procesales, habrá de estarse a lo dispuesto por el Código General del Proceso, en lo que toca con su tipificación, que es taxativa, de su convalidación o saneamiento, la afectación real de los presupuestos de validez del proceso y las demás pautas que fija la legislación procesal civil.

A dicha conclusión se llega porque las remisiones que en materia de nulidades procesales hace el CPACA al Código de Procedimiento Civil deben entenderse referidas al Código General del Proceso, pues desde el 1º de enero de 2014⁴, ésta

1 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto del 26 de septiembre de 2013, Radicado: 08001-23-33-004-2012-00173-01 (20135).

2 Son requisitos que condicionan la emisión de la sentencia. Aseguran el derecho a la tutela judicial efectiva

3 Artículos 162 a 167 del C.P.A.C.A.

4 Fecha en que según el artículo 627-4 del C.G.P. entran a regir la mayoría de las disposiciones allí contempladas.

es la normativa supletiva aplicable a los procesos contenciosos administrativos tramitados con el Código Contencioso Administrativo o con el CPACA.

Dicha interpretación fue adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado⁵, ante la posibilidad material, en tanto se contaba con la mayoría de la infraestructura requerida, de implementar en su totalidad el sistema procesal oral y la existencia de un escenario normativo (Ley 1437 de 2011) que así lo permitía.

Esto admite afirmar que la integración normativa, que debe hacerse de conformidad con el artículo 208 del CPACA, en materia de nulidades, está referida al Código General del Proceso, afirmación que es extensiva a la regla prevista en el artículo 306 *ibídem*, que ordena que en los aspectos no contemplados se siga este en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos contenciosos administrativos.

2. Causales de nulidad.

El legislador partió de una regla: los hechos que pueden afectar la validez del proceso son taxativos; es decir, que sólo pueden calificarse como causales de nulidad las que la ley explícitamente define, lo que impone el rechazo de plano de aquellas solicitudes de nulidad que no aparezcan descritas como tales en el artículo 135 del Código General del Proceso.

No obstante, dicha taxatividad se rompe en la medida en que la Corte Constitucional considera que también afectan la validez del proceso todos aquellos supuestos que aparejen la vulneración de garantías de los sujetos procesales, como lo expresó al revisar el artículo 25 de la Ley 1285⁶.

⁵ Auto del 25 de junio de 2014, Radicación: 25000-23-36-000-2012-0395-01 (IJ). Consejero ponente: Enrique Gil Botero y auto del 6 de agosto de 2014, Radicación: 88001-23-33-000-2014-00003-01, Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

⁶ “[...] la lectura correcta de la norma no puede llevar al extremo de excluir la posibilidad de declarar la nulidad 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” Cfr. Corte Constitucional, sentencia del quince (15) de julio de 2008, exp. P.E. 030 (C-713 de 2008).

Recuérdese, además, que la Corte había declarado la constitucionalidad del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil condicionada a que también podía alegarse como nulidad procesal la prevista en el artículo 29 constitucional, referida a la nulidad de la prueba obtenida con violación del debido proceso⁷, que se consagra expresamente en el artículo 214 del CPACA, pero no como causa de nulidad del proceso sino como circunstancia de exclusión de la prueba dentro la actuación procesal.

Sea lo que fuere, el juez debe enfocar el estudio de las nulidades procesales, sobre la relación que se hace en los los artículos 107, numeral 1, y 133 del Código General del Proceso.

Como puede observarse, el Código General del Proceso mantiene la gran mayoría de las causales de nulidad consagradas en el Código de Procedimiento Civil, suprime algunas, modifica y adiciona otras, así:

- Las causales de nulidad son las contenidas en sus artículos 133 y 107.1 y, en el artículo 29 de la Constitución Nacional.
- Suprime la causal de nulidad por procedimiento indebido, lo que se explica por la desaparición del llamado proceso ordinario y la unificación de los procedimientos en un verbal y en otro denominado verbal sumario, que son semejantes.
- Adiciona como causales de nulidad la omisión de las oportunidades para sustentar un recurso o descorrer su traslado o, la práctica de una prueba obligatoria, según la ley.
- Como consecuencia obvia del principio de inmediación, que tiene operancia plena en el proceso civil oral, más no en el contencioso administrativo, consagra como causal de nulidad la falta de identidad física entre la persona que escuchó los alegatos de conclusión o de sustentación del recurso y aquella que dicta la sentencia.

⁷ Sentencia C-491 de 1995.

- Consagra como causal de nulidad la inasistencia del órgano plural (Sala o Sección) o del unipersonal a las audiencias.
- Modifica la regulación de las causales de nulidad y falta de jurisdicción.

También podría considerarse como causal de nulidad, subsanable, como se verá más adelante, la irregularidad en el pronunciamiento o suscripción de las sentencias, conforme a lo establecido en los artículos 279 y 288 del Código General del Proceso.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que el artículo 121 del Código General del Proceso reproduce el artículo 9º de la Ley 1395, que consagra como un factor de pérdida de competencia, que incide en la validez del proceso, el hecho de que el órgano jurisdiccional no haya dictado sentencia de primera instancia en el plazo de un año, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo o, de seis meses para la segunda instancia, a partir de la recepción del expediente en la Secretaría del Tribunal.

Pero aún en este caso, como los términos para fallar tienen norma explícita en el CPACA (artículos 181 y 182), la aplicación del artículo 121 en mención al proceso contencioso administrativo, no tendría lugar⁸. En ese caso no es posible la integración normativa que prevé el artículo 306 *ibídem* porque se encuentra regulado por el CPACA⁹.

Adicionalmente, con el Código General del Proceso, la nulidad por falta de jurisdicción o falta de competencia por el factor funcional o subjetivo genera la nulidad de lo actuado con posterioridad a la declaratoria de incompetencia o falta de jurisdicción, pues la actuación anterior conserva

validez. También se presenta la invalidez de la sentencia, si ésta se viere afectada por un vicio de tal naturaleza –incompetencia funcional o falta de jurisdicción–. En ambos casos el proceso debe enviarse de inmediato al órgano competente.

Son entonces dos los supuestos insubsanables en caso de falta de jurisdicción o competencia funcional: a) la sentencia, en todos los casos y; b) la actuación posterior a la declaratoria de falta de jurisdicción o competencia, si el juez que venía conociendo, siguiere tramitándolo.

En ese orden de ideas, sólo serán insubsanables las nulidades señaladas en el párrafo del artículo 136 del Código General del Proceso¹⁰ y las provenientes de sentencias dictadas por funcionario sin jurisdicción o competencia funcional, regla distinta de la consagrada en el inciso final del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, que incluía la falta de jurisdicción y la falta de competencia funcional, en todos los casos.

Otro tipo de irregularidades, según el párrafo del artículo 133 del Código General del Proceso, se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que el Código establece.

Estos supuestos de nulidad son aplicables al proceso contencioso administrativo, conforme al artículo 208 del CPACA, así como los principios de taxatividad, trascendencia, conservación procesal, convalidación y saneamiento, legitimación y oportunidad, que siguen informando el régimen de las nulidades.

3. Oportunidad.

Las nulidades, conforme con el artículo 134 del Código General del Proceso, pueden alegarse en cualquiera de las instancias, antes de que se dicte sentencia, o durante la actuación posterior a ésta, si ocurrieron en ella.

¹⁰ Las nulidades por proceder contra providencia ejecutoriada del superior, revivir un proceso legalmente concluido o pretermitir íntegramente la respectiva instancia.

⁸ En ese sentido, se encuentra el auto del 6 de agosto de 2014, proferido por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el proceso con radicación No. 88001-23-33-000-2014-00003-01, Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

⁹ El artículo 306 del C.P.A.C.A., dispone: “ASPECTOS NO REGULADOS. En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.”



Tal regla es semejante a la consagrada en el artículo 210 del CPACA, que ordena que las nulidades deben proponerse durante las audiencias o una vez dictada la sentencia.

Las nulidades se tramitan por la vía incidental prevista en el artículo 210 comentado, lo que marca una diferencia con el Código General del Proceso, que establece un trámite específico para las nulidades en el artículo 134.

4. Requisitos.

El artículo 210 del CPACA dispone que la nulidad puede proponerse verbalmente o por escrito, con precisión de lo que se pide, de los hechos en que se funda y de las pruebas que se pretenden hacer valer.

No obstante, quien proponga la nulidad debe estar legitimado para hacerlo, es decir, debe tratarse del sujeto procesal afectado con el vicio. Dicha conclusión se extrae del artículo 135 del Código General del Proceso, que consagra que el juez rechazará de plano la solicitud de nulidad propuesta por aquel que carezca de legitimación.

Tampoco puede proponer la nulidad el que con su conducta u omisión la haya originado o, aquel, que pudiendo hacerlo, no la haya propuesto como excepción previa, en virtud del principio de convalidación.

Tal conclusión no es predicable de las nulidades insubsanables, por obvias razones, entre las que debe incluirse la sentencia dictada por funcionario sin jurisdicción o competencia funcional. Pero, sí lo sería, la convalidación, frente a la falta de jurisdicción o competencia funcional durante el trámite, lo que permitiría afirmar que en tal caso, no la puede proponer quien dejó precluir la oportunidad.

Recuérdese que las nulidades son subsanables o insubsanables. Las primeras, se entienden purgadas cuando el perjudicado las consiente, tácita o expresamente, por no reclamarlas en tiempo, por guardar silencio sobre ellas, o por la expresión de voluntad de que, a pesar de su existencia, el proceso siga su curso legal.

Manifestación, en otras palabras, del principio de saneamiento o **convalidación**: las nulidades que,

por su naturaleza son saneables, se convalidan si no son alegadas o advertidas por las partes, siempre que se cumpla la finalidad del proceso y no se viole el derecho de defensa, conforme al artículo 136 del Código General del Proceso.

Serían insubsanables, como se dijo antes, las nulidades a las que se refiere el párrafo del artículo 136 transcrito y la que se produce, en todos los casos, cuando la sentencia es dictada por quien carece de jurisdicción o de competencia por el factor funcional o subjetivo. También será insubsanable la actuación posterior al auto que declara tal circunstancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 138 *ibidem*.

En nuestra opinión, si bien el Código General del Proceso cambió la regla del Código de Procedimiento Civil frente a la falta de jurisdicción y competencia funcional, no puede afirmarse que el “saneamiento” se extienda a la sentencia, porque respecto de ella, por ser el acto jurisdiccional propiamente dicho, no puede haber convalidación.

Cosa distinta ocurre frente a otro tipo de providencia, que es saneable, ya que por su naturaleza, es decir, por ser acto de procesamiento o de trámite, puede proferirla cualquier juez. Para esas actuaciones, puede afirmarse que la atribución es genérica, no específica, como ocurre con la sentencia –lo que explicaría, además, el cambio legislativo que en esa materia introduce el Código General del Proceso–, habida cuenta, además, con las precisiones hechas, de la convalidación de la actuación por las partes, si no la alegan oportunamente.

5. Poderes del juez.

Sin perjuicio de la potestad-deber de saneamiento del proceso que debe ejercer el juez en cada etapa procesal, el control de las nulidades procesales es una actividad compartida toda vez que la instrucción y terminación válida del proceso es responsabilidad del juez y de las partes.

Eso permite comprender que las partes puedan proponer nulidades procesales y que el juez de oficio pueda detectarlas, ponerlas en conocimiento,

declararlas si fuere del caso, enderezar el curso del proceso, y, excepcionalmente, terminarlo, como ocurre en el caso de las nulidades insubsanables consagradas en el párrafo del artículo 136 del Código General del Proceso, pues respecto de la falta de jurisdicción y competencia, se insiste, tanto el CPACA, como el Código General del Proceso, ordenan remitir al competente a la mayor brevedad posible¹¹.

En ese orden de ideas, el juez sólo puede declarar de oficio las nulidades insaneables, para lo que, se considera, no requerirá adelantar trámite incidental. Respecto a las nulidades saneables, el artículo 137 del Código General del Proceso sólo lo faculta para ponerlas en conocimiento, si las partes con su conducta no las han convalidado.

Dentro de sus poderes se encuentra, igualmente, la facultad de rechazar de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las previstas en la ley, en hechos que pudieron alegarse en excepciones previas u ocurrieron antes de promoverse otro incidente de nulidad, o cuando se proponga después de saneada.

6. Efectos de la nulidad

Los efectos de la nulidad están consagrados en el artículo 138 del Código General del Proceso.

De conformidad con dicha disposición, la nulidad sólo comprende la actuación posterior al motivo que la produjo. Sin embargo, la prueba practicada conserva su validez y tendrá eficacia respecto de quien pudo contradecirla, de conformidad con el inciso final del artículo 214 del CPACA, que materializa, en este caso, el principio de conservación que rige las nulidades¹².

¹¹ El artículo 168 del C.P.A.C.A si bien hace parte del *TRAMITE DE LA DEMANDA*, se estima como aplicable a las nulidades procesales de falta de jurisdicción y competencia.

¹² En virtud del principio de conservación, límite a las consecuencias de la nulidad del acto procesal, se busca mantener, en lo posible, los efectos del acto. En ese sentido, si el vicio impide un determinado efecto, el acto puede producir los demás efectos para lo que sea idóneo. Así lo expone GARZÓN MARTÍNEZ, Juan Carlos, en el libro “*El nuevo proceso contencioso administrativo. Sistema escrito – sistema oral*”, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2014, pág. 745.

El auto que declare la nulidad debe indicar la actuación que debe renovarse.

Se discute, además, si debe condenarse en costas a la parte que se le resuelva de manera desfavorable una solicitud de nulidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 365, numeral 1º, del Código General del Proceso.

Algunos consideran que dicha norma es aplicable al proceso contencioso administrativo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 188 y 306 del CPACA, toda vez que la condena objetiva no es incompatible con éste.

Otros objetan la anterior conclusión sobre la base de que el artículo 188 del CPACA sólo se refiere a la condena en costas en el caso de la sentencia. Luego, no puede extenderse a otro tipo de supuestos.

Nos inclinamos por esta última tesis, con base en una consideración que podríamos calificar como histórica, según la intención del legislador.

En efecto, el Código Contencioso Administrativo disponía en el artículo 171 la condena en costas tanto en la sentencia como en los incidentes, pero atendiendo al comportamiento de las partes, según interpretación del Consejo de Estado.

El texto actual –artículo 188- sólo se refirió a la condena en costas en la sentencia y sustituye el factor subjetivo por el objetivo –la parte vencida en el proceso-.

Eso indica que el legislador, dentro de sus facultades, quiso circunscribir la condena en costas a ese supuesto y no a otros, como sería el incidente de nulidad o semejantes.

7. Trámite.

Las nulidades se tramitan por la vía incidental consagrada en el artículo 210 del CPACA. En materia de incidentes, el CPACA consagra unas

reglas diferentes a las que regula el Código General del Proceso.

La idea del legislador, en consonancia con la Comisión Redactora, fue “establecer un régimen propio e independiente en cuanto a los asuntos que se tramitan como tales: su oportunidad, trámite, efectos de los mismos y otras cuestiones accesorias con fundamento en la especialidad del contencioso administrativo”¹³.

El trámite del incidente de nulidad es el siguiente:

- i) Las nulidades deben proponerse verbalmente o por escrito, durante las audiencias o una vez dictada la sentencia, con base en todos los motivos existentes al tiempo de su iniciación, sin que puedan admitirse otros incidentes sobre los mismos supuestos, salvo que se fundamenten en hechos nuevos.
- ii) La solicitud debe expresar lo que se pide, los hechos en que se funda y las pruebas que se pretendan hacer valer.
- iii) De la solicitud se corre traslado a las otras partes.
- iv) Se decretan y practican las pruebas solicitadas, si fuere necesario.
- v) Se resuelve el incidente en la misma audiencia o en la siguiente, si no fuere posible la decisión en la misma.

Las nulidades se pueden proponer en cualquier instancia procesal. Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 210 del CPACA, éstas deben ser resueltas en audiencia –faceta del principio de concentración que informa el juicio oral-, salvo que el incidente se promueva después de proferida la sentencia o la providencia que termine el proceso.

13 NAMÉN VARGAS, Álvaro, “Régimen Probatorio, nulidades e incidentes en el Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, En: Seminario Internacional de presentación de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo Ley 1437 de 2011.



Si la nulidad se promueve después de la sentencia, el juez la debe resolver, previa práctica de las pruebas que fueren necesarias. Para el efecto, puede citar a audiencia especial, si lo considera procedente (artículo 210, numeral 4 del CPACA), lo que indica que también lo puede hacer mediante providencia escrita.

8. Casos problemáticos.

Es necesario referirnos a algunos casos que han generado dudas o problemas en lo que tiene que ver con la integración normativa del CPACA y el Código General del Proceso, habida cuenta que es válido afirmar que el proceso civil, que se rige por el Código General del Proceso, es predominantemente, sino absolutamente oral, en tanto que el proceso contencioso administrativo, conserva notas del procedimiento escritural, por lo que puede decirse que tiene tendencia a la oralidad. Eso impone definir si, en esos aspectos, es

compatible el Código General del Proceso con el C.P.A.C.A, regla que fija el artículo 306 *ibidem*. Entre un sistema “*totalmente*” oral y otro mixto con tendencia a la oralidad, pueden presentarse disfuncionalidades que deben resolverse con este criterio: la compatibilidad con la naturaleza del proceso.

Pauta que, en nuestra opinión, debe tenerse en cuenta para resolver la aplicación de algunas causales específicas de nulidad que trae el Código General del Proceso.

Además, se generan otras circunstancias problemáticas derivadas de la vigencia del Código General del Proceso a partir del 1º de enero de 2014, decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁴.

¹⁴ Auto de 25 de junio de 2010. Radicado No. 25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ). C.P. Enrique Gil Botero.

8.1. Nulidad por falta de competencia funcional o falta de jurisdicción. El tema de falta de jurisdicción fue tratado en apartes anteriores. Por su parte, en lo que atañe a la falta de competencia funcional, pueden generarse algunos inconvenientes, en relación con lo que se expone a continuación.

La regla prevista en el artículo 125 del CPACA, que distribuye la competencia en el caso de los jueces colegiados, entre el magistrado ponente, las salas y secciones o subsecciones, encaja en el concepto de competencia funcional.

Esto es así, porque lo que subyace en la discusión, es la facultad del ponente para dictar una providencia que debería ser adoptada por la Sala.

Si el factor funcional responde, entre otras razones, a la asignación específica de funciones o atribuciones a un órgano jurisdiccional para emitir determinado acto procesal, lo que ocurra en tal caso es un problema generado por una **falta de competencia funcional –para ejercer una función–**¹⁵.

De acuerdo con las anteriores premisas, tendría que llegarse a la conclusión, que los problemas o vicios que se generan en las decisiones que deban dictar el ponente, las salas o subsecciones, deben resolverse de conformidad con el artículo 138 del Código General del Proceso, en el sentido de que sólo se afectará la actuación y decisiones proferidas **con posterioridad** al auto que declara la falta de competencia, salvo, tratándose de la sentencia, que en todos casos quedaría sin valor.

Creemos que estas reglas permiten solucionar los problemas que se presentaron entre el 1º de enero y el 25 de junio de 2014¹⁶, porque en ese caso, la decisión de las excepciones previas que ponen fin al proceso o, incluso, de los requisitos de procedibilidad, no se vería afectada de nulidad por tratarse de actuaciones anteriores a la declaratoria de incompetencia funcional.

15 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, auto del 26 de septiembre de 2013, Radicado: 08001-23-33-004-2012-00173-01 (20135).

16 Fecha en que fue proferido el auto de unificación de la Sala Contenciosa del Consejo de Estado, antes citado.

Otra solución podría ser la planteada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la que se precisó, que las actuaciones judiciales surtidas en ese interregno de tiempo constituyen situaciones jurídicas consolidadas y, en esa medida, deben regirse por el antiguo Código de Procedimiento Civil¹⁷.

Sin embargo, cabe anotar al respecto, que dichas actuaciones hacen parte de procesos judiciales que se encuentran en curso, esto es, que aún son objeto de discusión, luego, cabe preguntarse si en realidad podría predicarse respecto de éstas la existencia de una situación definida.

8.2. Pérdida de competencia por “vencimiento de términos”. Otro punto que genera controversia es el esquema temporal que trae el artículo 121 del Código General del Proceso respecto de la pérdida de competencia para dictar la sentencia.

Tal norma, como se dijo en apartes anteriores, no es aplicable a los procesos contencioso administrativos, toda vez que el CPACA en sus artículos 179 y s.s., establece las etapas y términos que rigen el procedimiento. Luego, no es necesario hacer remisión a las normas del Código General del Proceso¹⁸.

8.3. La sentencia puede ser dictada por escrito. Algunos sostienen que si la sentencia no es oral, esto es, que si no se dicta en la audiencia, se configura una nulidad.

No compartimos tal afirmación, que sólo podría predicarse en el evento de la audiencia inicial, por dos razones:

La primera, consiste en la taxatividad de las causales de nulidad, como principio rector de las mismas, en virtud del cual sólo constituyen causales

17 Auto de seis (6) de agosto de 2014. Radicación No. 88001-23-33-000-2014-00003-01. C.P. Enrique Gil Botero.

18 Al respecto ver Auto de seis (6) de agosto de 2014. Radicación No. 88001-23-33-000-2014-00003-01. C.P. Enrique Gil Botero, ya referido.

de nulidad, aquellas circunstancias expresamente determinadas por la Ley como tal. Desde esa perspectiva, ya que el artículo 133 del Código General del Proceso, que consagra las causales, no contempla esa situación, la misma no podría predicarse como causal de nulidad, más cuando ello tampoco afecta ningún derecho o garantía de los justiciables –sería una mera irregularidad-.

La segunda, radica en la naturaleza del proceso contencioso: se trata de un sistema con tendencia a la oralidad, pero que, sin duda alguna, conserva aspectos propios de un esquema escritural. En esas condiciones, es posible que se adopte la sentencia por vía escrita (artículos 182 y 187 del CPACA).

Incluso, el mismo Código General del Proceso, en sus artículos 279 y 280, admite la posibilidad de dictar sentencia escrita, con la advertencia de que las referencias contenidas en la primera de estas deben entenderse circunscritas a la sentencia¹⁹.

En todo caso, el artículo 280 es claro al indicar, que *“cuando la sentencia sea escrita, deberá hacerse una síntesis de la demanda y su contestación.”*

8.4. El juez que escucha los alegatos de conclusión debe ser quien dicte la sentencia (artículo 177-3 del C.G.P.). Dicha premisa atiende a la lógica del proceso íntegramente oral, como quiera que si los alegatos son presentados en forma oral ante determinado juez, lo lógico es que sea dicho funcionario el que adopte la decisión definitiva, en virtud del principio de inmediación.

Sin embargo, en un proceso *“mixto”* –escrito y oral-, como puede afirmarse lo es el contencioso

¹⁹ Recuérdese la posibilidad de saneamiento de la incompetencia funcional respecto de providencias diferentes a la sentencia.

administrativo, la presentación escrita de las alegaciones le permitiría a un juez distinto dictar la sentencia, pues en esa *fase escrita* no podría invocarse la aplicación plena del principio de inmediación, propio del sistema oral.

No puede perderse de vista, además, que el Código General del Proceso rige en forma absoluta para el proceso civil, que sí está pensado como un sistema eminentemente oral. Por esa razón, la integración que ordena el CPACA no es absoluta, se trata de una integración relativa, residual, que sólo opera en aquellos aspectos en los que haya compatibilidad en una y otra materia.

En ese orden de ideas, la causal de nulidad que se invoca sólo podría alegarse si la sentencia debiera dictarse en la audiencia inicial.

8.5. La inasistencia del órgano plural (Sala o Sección) o del unipersonal a las audiencias. Dispone el artículo 107.1 del Código General del Proceso que la ausencia del juez o magistrado en la respectiva audiencia genera la nulidad de la actuación.

Tal regla es aplicable en su totalidad tratándose de juez unipersonal. Pero, si es juez colegiado debe tenerse en cuenta que la dirección de la audiencia, según la norma es *“del Magistrado Ponente”* –artículo 183 del CPACA-.

Sólo se generara nulidad, en esos eventos, cuando se trata de aprobar la conciliación o dictar sentencia en la audiencia inicial, o indicar el sentido del fallo en la audiencia de juzgamiento, pero porque es necesario conformar quórum decisorio. En los otros casos, no es forzoso que la Sala o Sección asista a la audiencia. ■



Extensión de las sentencias de unificación de la jurisprudencia: avanza la aplicación y el debate

por: **Danilo Rojas Betancourth**
Consejero de Estado, Sección Tercera

En un texto anterior sobre este tema, avancé alguna opinión acerca de los tres principales debates generados por esta novedad jurídica en Colombia: el dogmático, el normativo y el teórico (Rojas, 2012). Manteniendo en lo posible ese mismo esquema, quisiera en esta oportunidad discutir brevemente algunas tesis y preguntas que se han venido generando en la doctrina y la jurisprudencia. La

posición más escéptica hasta ahora conocida es la de Carlos Betancur Jaramillo (2013) y la que mayores interrogantes ha formulado es la de Juan Carlos Garzón Martínez (2014). Por su parte, el consejero Gustavo Gómez Aranguren, al aplicar el artículo 269 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011 –en adelante nuevo código–, ha planteado un interesante punto acerca de lo que debe ser la sentencia objeto de extensión jurisprudencial.

Inicio con recordar que en el debate *dogmático* se muestran algunos problemas que surgen de la sola lectura integral de los textos definitivos; en el *normativo* se incursiona en la pregunta sobre la validez constitucional de la nueva figura, lo que en buena parte ya está respondido por la Corte Constitucional luego de examinar la exequibilidad de las principales normas pertinentes. El resultado del anterior debate ambienta el *teórico*, pues aquí la pregunta central gira en torno a si con la nueva normatividad se ha alterado el sistema de fuentes en Colombia y cuáles son sus consecuencias, lo que genera un diálogo en torno a las perspectivas desde las que es posible discutir acerca de la jurisprudencia: la teórica, la política, la hermenéutica y la analítica. De estos ítems, que fueron analizados en el estudio mencionado, solo me referiré a aquellos indicados en las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales que aquí se analizarán.

1. Debate dogmático.

Quiero insistir, en primer lugar, en mi tesis acerca de que el artículo 10 del nuevo código comporta el deber de la administración de aplicar oficiosamente la extensión de la jurisprudencia, con los riesgos y beneficios que conlleva, pues si bien es cierto que la institución puede leerse como una sola figura consagrada conjuntamente con los artículos 102 y 269, también lo es que la interpretación de que se trata de una figura con tres procedimientos diferentes –oficioso, a petición de parte y judicial–, es no solo posible, sino más ventajosa para el administrado. No creo entonces que el artículo 10 deba entenderse simplemente como el conjunto de “herramientas jurídicas” que debe emplear la administración a efecto de cumplir con la materialización del principio de igualdad en materia interpretativa¹. A los argumentos expuestos en el escrito anterior, sumo ahora uno que trae el mismo Garzón para otros propósitos y es el plus de obligatoriedad que

tienen los precedentes de las altas corporaciones judiciales para la administración, como la propia Corte lo ha señalado, a diferencia de lo que ocurre con los jueces, para quienes dicha obligatoriedad tiene una intensidad menor en virtud de la autonomía e independencia que los protege².

En segundo lugar, la forma como quedó redactada la primera causal estipulada para negar la solicitud de extensión de la jurisprudencia de unificación ha puesto en duda que se trate de un asunto que eventualmente deba ser conocido por el Consejo de Estado. Según dicha norma (inc. 9 del art. 102), podrá negarse la petición: “1. Exponiendo las razones por las cuales considera que la decisión no puede adoptarse sin que se surta un período probatorio en el que 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”. A diferencia de las otras dos causales para negar la solicitud de extensión de la jurisprudencia unificada, en donde se exige exponer razones para justificar (i) por qué el caso es distinto (inc. 10) y (ii) por qué no se está de acuerdo con el Consejo de Estado (inc. 11) y a partir de tales razones se llega a la decisión de rechazo de la solicitud, en este caso no se toma decisión alguna sino que se habilita un período probatorio que inicialmente inhibe desestimar la solicitud, pero que está orientado a que la administración pruebe la inexistencia del derecho y a partir de ello sí tomar la decisión de rechazo. A pesar de que se obliga a la administración a indicar “cuáles son tales medios de prueba y a sustentar de forma clara lo indispensable que resultan”, lo cierto es que las pruebas así recaudadas tienen un carácter sumario, pues no se someten a contradicción alguna y, sin embargo, con base en ellas se puede rechazar la petición. No es claro, por cierto, la duración del período probatorio y se supone que el mismo

¹ Garzón, 2014: 724. En varios apartes el autor expresa la misma idea, v.g. que el art. 10 “no implica el ejercicio oficioso de alguna actuación administrativa” (p. 723) o que la norma “no consagra o regula que para proferir la decisión, deba tener en cuenta precedentes judiciales” (p. 725), o que “la norma regula, sencillamente que la administración dentro del sistema propio continental (sistema legislado), interprete la norma respetando el principio de legalidad” (ib.)

² De hecho, la distinción que suele hacerse entre vinculatoriedad y obligatoriedad, pesa más para la administración que para los jueces.

suspendería el término para responder la petición de extensión, con las consecuencias nefastas por la dilación de la solicitud de extensión.

En su momento, formulé el siguiente interrogante: si al momento de conocer el asunto el Consejo de Estado, puede entrar a examinar, precisamente, no solo si el peticionario tiene o no el derecho (a la pensión p.e.) sino si con el proceder de la administración en el que se obtuvieron pruebas no controvertidas por el peticionario y a partir de ellas concluye su no derecho, se violó el debido proceso. Pregunta que se puede agudizar más si se suma la inquietud acerca de la competencia del Consejo de Estado para conocer exclusivamente sobre dicha violación procesal y no sobre el fondo del asunto.

Garzón (2014: 729) considera que “no puede convertirse este procedimiento especial, en un debate probatorio a efecto de demostrar o no la existencia de un determinado derecho (esto corresponde al debate en el procedimiento administrativo general); por el contrario es suficiente que la autoridad administrativa, justifique la necesidad de un periodo probatorio, como causal de negativa de la petición especial de extensión de jurisprudencia”. Ambas afirmaciones parecen problemáticas. La primera porque la norma en todo caso prevé la posibilidad de que la administración solicite pruebas “para demostrar que el demandante carece del derecho invocado” y con base en ellas sí negar la solicitud de extensión de jurisprudencia. El vacío está, como ya se indicó, en que tales pruebas se hagan valer sin la debida contradicción. Si la administración habilita este contradictorio –que es lo posible y aconsejable–, la inquietud sobre lo que debe y puede hacer al respecto el Consejo de Estado quedaría resuelta; de lo contrario no parece sensato que ésta Corporación pase por alto esa situación antes de pronunciarse de fondo sobre la extensión, pues se trata de un asunto procesal inescindible del sustancial. Y la segunda porque no se ve cómo la sola justificación de la necesidad del periodo probatorio constituya la negativa de la petición de extensión. Por el contrario, lo que deja claro dicha

pausa probatoria es la ausencia de decisión, la que solo se produciría una vez allegadas las pruebas y luego de concluir de su análisis que efectivamente hay certeza de la carencia del derecho invocado.

Tampoco se entiende la afirmación de que “este procedimiento especial no tiene como finalidad estudiar de fondo el derecho reclamado sino exclusivamente, decidir si se debe o no extender la jurisprudencia” (Garzón, 2014: 730), pues una cosa lleva la otra: si se niega la petición de extensión, la consecuencia es la denegación del derecho y a la inversa, la respuesta positiva a la extensión solicitada se traduce en la concesión del mismo, como de hecho lo confirma lo que se afirma en el inciso 4 del artículo 269: “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”.

En tercer lugar, se afirma que la causal de rechazo de la extensión jurisprudencial que cuestiona la interpretación del Consejo de Estado, “no se considera que se trate de una causa abierta, sin límite alguno, a favor de la administración para que por esa vía, deje en letra muerta el mecanismo de la extensión de la jurisprudencia”, pues “las autoridades administrativas se encuentran siempre obligadas a respetar y aplicar el precedente judicial para los casos análogos o similares, ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia; válido para los jueces quienes pueden eventualmente apartarse del precedente judicial de manera excepcional y justificada” (Garzón, 2014: 732). La consecuencia radical que se quiere sacar de la obligatoriedad de la jurisprudencia³, enervaría totalmente la regla de excepción que trae el código para que la administración no extienda la jurisprudencia. Sin perjuicio de mantener en términos generales dicha obligación, la norma habilita la discusión en el caso específico, lo que no quiere decir desobedecimiento

3 Adelante afirma el mismo autor que el problema “de fondo” es “la facultad así sea excepcional de la administración, de desconocer la interpretación contenida en sentencias de unificación” (p. 733).



pues el propio Consejo de Estado puede ratificar su tesis por la ruta del artículo 269. En cambio sí permite el conocimiento de argumentos que no se hayan observado por esta Corporación, el diálogo institucional legítimo y, de contera, una mayor legitimación de la jurisprudencia en cuestión.

Al analizar el tema ya en sede del artículo 269, el autor plantea dos interrogantes cuya respuesta deja abierta, pero que pueden apoyar nuestro argumento. Se pregunta si la administración “está facultada para plantear otra causal diferente a la invocada en sede administrativa” y, en la misma línea, si la competencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado “se reduce a sustentar la causal invocada inicialmente o tiene una facultad más amplia”. Sobre ellas, solo afirma: “De todas maneras cualquier respuesta, no puede desconocer el debido proceso y las garantías del peticionario en sede judicial” (Garzón, 2014: 738). Lo que habría que decir es que el carácter excepcional de la figura, que permite entrar a cuestionar una interpretación autorizada como la del Consejo de Estado, impide que la administración esgrima un argumento

distinto al que llevó a negar la petición de extensión jurisprudencial, no solo porque ello sorprendería al solicitante con violación del derecho de defensa y el debido proceso, sino porque incluso se alteraría la regla general que impone demandar tomando en cuenta lo que se haya resuelto en la vía gubernativa y no otra cosa. Con mayor razón, la intervención de la ANJDE queda circunscrita al tipo de debate planteado por las partes interesadas en el caso.

También se aborda la cuestión acerca del efecto de un eventual cambio de jurisprudencia por parte del Consejo de Estado, concediendo así que la administración tenía razón. La pregunta concreta es si “la nueva interpretación se aplica al caso bajo estudio, o surte efectos hacia el futuro” (Garzón, 2014: 738). La respuesta exige un análisis más general pues se trata de un problema que afecta todo cambio de jurisprudencia y, como se sabe, existen distintos modelos de solución. Basta por ahora decir que lo más sensato y justo es prever que el cambio cobije el caso concernido, lo que es más acorde con la tesis que otorga efectos retroactivos a las sentencias que profiere el Consejo de Estado

y con el propósito querido con la habilitación del debate a pesar de existir una jurisprudencia unificada.

Recuérdese además que, en tales casos, el afectado tiene aún abierta la posibilidad de demandar por la vía ordinaria, lo que no obsta para reiterar lo dicho en nuestro anterior escrito, a saber, que el finiquito de este procedimiento judicial especial tiene como uno de sus principales objetivos desestimular la acción: Ora de la administración a la que en caso de ordenársele la extensión de la jurisprudencia y, en consecuencia, el reconocimiento del derecho solicitado, le estará vedado seguir negando tales derechos ciudadanos y, por ende, pensar en acciones de lesividad; ora de los peticionarios a quienes si se les niega la extensión de las sentencias de unificación –esto es, que la administración logró el cambio de jurisprudencia hasta entonces vigente-, tendrán que sopesar bien el hecho de que demandar a la administración –lo que seguirá siendo posible- en tal contexto, implica vencer su argumento ahora ratificado por el propio Consejo de Estado; o lo que es lo mismo: tanto la parte vencida como su abogado deberán evaluar el costo de demandar un asunto en el que acaba de cambiarse la jurisprudencia a favor de la administración.

Por último, un debate adicional lo suscita uno de los primeros pronunciamientos hechos al resolver una solicitud apoyada en el artículo 269, en donde se indicó: “El procedimiento de extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado es aplicable no solamente a las sentencias de unificación jurisprudencial que se definen en los artículos 270 y 271 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sino también a *todo precedente judicial adoptado por el Consejo de Estado*, entendido como una sentencia en la cual esta Corporación haya adoptado una postura interpretativa determinada frente a un punto de derecho, sea que se haya desarrollado en una línea jurisprudencial o no, y siempre que se encuentre vigente y actualizada en tanto postura jurisprudencial del Consejo de Estado” (providencia de 25 de septiembre de 2013, exp. 0482-13; cursiva del texto). Con base en esta tesis,

se dispuso la extensión de una sentencia proferida por la Subsección B de la Sección Segunda que, a su turno, había reiterado otra proferida por la Sala Plena de la misma sección⁴.

Algunas reflexiones generan lo sostenido anteriormente: si bien la jurisprudencia producida por los jueces contencioso administrativos –y en especial la del Consejo de Estado- debe ser obedecida por la administración, la reclamación habilitada en el nuevo código tiene un trámite especial al que hay que sujetarse para evitar trivializar la figura. La dificultad de establecer lo que es una sentencia de unificación quiso ser resuelta por el legislador de forma taxativa en el artículo 270 y a pesar de que allí hay factores subjetivos que hacen prever que tal dificultad continúa –p.e. cuando se habla de sentencias que resuelven asuntos de importancia jurídica o trascendencia social-, debe entenderse que lo querido es asegurar que las sentencias objeto de una regulación especial como es su extensión a terceros, sean aquellas consolidadas por la Corporación y que posean el mayor respaldo institucional posible.

Ello no quiere decir que la sentencia proferida por una subsección del Consejo de Estado no tenga la vocación de ser una sentencia de unificación. Lo es en la medida en que exprese posiciones jurisprudenciales que no riñan con lo dicho en la sala plena de la misma Sección –como ocurrió en el caso citado-⁵. Pero no puede ser de unificación una sentencia de Subsección que rete la jurisprudencia

4 En la providencia de 11 de septiembre de 2013, exp. 2059-12, se había resuelto algo semejante. Sin embargo, allí la jurisprudencia objeto de extensión sí correspondía a una expedida por la Sala Plena de la Sección Segunda.

5 Un buen ejemplo de ello también puede verse en la providencia de la Sección Segunda de 7 de octubre de 2013, exp. 2032-12 en donde quedó claro que la sentencia que pretendía extenderse sostuvo la prevalencia del reajuste de la asignación de retiro aplicando el IPC del año anterior, por ser más favorable que el sistema de oscilación. Allí la Sala estimó “idéntica” la situación reclamada por considerar que en ambos casos intervino la misma parte demandada, y se trató el mismo tema –asignación de retiro con aplicación del IPC del año anterior-, con base en la misma normatividad. En igual sentido, ver las siguientes providencias: 7 de octubre de 2013, exp. 2207-12; 30 de abril de 2014, exp. 2058-12; 7 de mayo de 2014, exp. 0819-13; 21 de mayo de 2014, exp. 0991-13; 21 de mayo de 2014, exp. 0989.

sostenida por una instancia de la misma Corporación de la que pueda predicarse una mayor legitimación, como sería la Sección correspondiente o la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Podría considerarse de unificación aquella providencia de subsección que sin ser contraria a otra con mejores credenciales, sea insular. Es lo que ocurriría en una sentencia fundacional en algún tema que, sin embargo, no se vuelva a reiterar por ausencia de algún caso semejante posterior. Lo único objetable aquí es que por tratarse precisamente de un asunto novedoso, debió ser resuelto en sala plena y no en subsección.

En suma, no toda decisión judicial producida por el Consejo de Estado constituye precedente, ni mucho menos clasifica para ser objeto de extensión, no solo por las limitaciones normativas existentes – cuyo desconocimiento debe hacerse al menos por vía de excepción de inconstitucionalidad-, sino por el mínimo respeto debido a las decisiones que profieran las instancias de mayor peso institucional al interior de la alta Corporación.

2. Debate normativo.

La pregunta central aquí está relacionada con la validez constitucional de las normas creadoras del nuevo fenómeno de extensión y unificación de la jurisprudencia. Como el argumento principal de quienes consideraban inconstitucional los artículos 10, 102 y 269 (especialmente) se tejía en torno a la (supuesta) violación del artículo 230 de la Constitución, en razón a que habría una violación al sistema de fuentes allí establecido, la respuesta dada por la Corte –aún antes de declarar la constitucionalidad condicionada del artículo 10-, ha girado en torno al carácter obligatorio que por virtud del principio de igualdad tiene la jurisprudencia. Esto hace que, materialmente, la jurisprudencia sea algo más que un mero criterio auxiliar de la actividad judicial. El tema plantea una tensión entre la autonomía (interpretativa) de los jueces y el respeto por los derechos fundamentales,

particularmente la igualdad⁶, que ha sido resuelta por la Corte a favor de éstos para asegurar un valor constitucional importante como es la aplicación integral y coherente del ordenamiento jurídico:

21.3. (...) En consecuencia, acreditados los presupuestos antes explicados, corresponde a la Corte adoptar una sentencia aditiva que integre al ordenamiento jurídico el supuesto normativo omitido por el Congreso. Así, la Sala declarará la exequibilidad de la disposición demandada [art. 10 del nuevo código] por los cargos analizados en esta sentencia, en el entendido que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las decisiones de unificación del Consejo de Estado y de manera preferente, en razón de la jerarquía del sistema de fuentes previsto en la Carta y la vigencia del principio de supremacía constitucional, las decisiones de la Corte que interpreten las normas superiores aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto, por supuesto, sin perjuicio de las sentencias que adopta esta Corporación en el marco del control abstracto de constitucionalidad, las cuales tienen efectos obligatorios *erga omnes*, según lo prescribe el artículo 243 C.P. y, por lo tanto, no pueden ser ignoradas o sobreesididas por ninguna autoridad del Estado, ni por los particulares. Esto habida consideración que hacen tránsito a cosa juzgada constitucional⁷.

De modo que la jurisprudencia de unificación objeto de extensión por parte de la administración –y de obediencia en general por jueces y demás usuarios del derecho, se puede agregar-, es no solo la del Consejo de Estado –como originalmente lo consagraban los artículos 10, 102 y 269 del nuevo código-, sino también y preferentemente la de la Corte Constitucional, con lo que se

⁶ Aunque no en los mismos términos, es una cuestión que igualmente plantea la doctrina: “si la [jurisprudencia] que expida el Consejo de Estado obliga a los miembros de su jurisdicción, es de suponer que los jueces inferiores van a perder, en cierto sentido, su autonomía, su importancia y razón de ser y terminarán, sin discusión alguna, copiando lo que manda el Superior. ¿No quedarán así los jueces de instancia reducidos a simples amanuenses?” (Betancur, 2014: 570).

⁷ Sentencia C-634 de 2011.

asegura la aplicación integral y coherente del sistema jurídico. No hacerlo así, habría llevado a situaciones previsibles y nefastas como la negativa de la administración a extender la jurisprudencia del Consejo de Estado, esgrimiendo una tesis jurisprudencial igualmente unificada de la Corte, lo que a su turno llevaría a un pronunciamiento del Consejo de Estado por la vía del artículo 269, que de insistir en ratificar su jurisprudencia, terminaría a la postre en una tutela contra dicho pronunciamiento por parte de la Corte, con los costos institucionales que una situación extrema como esa conlleva.

Lo decisivo en todo este debate es que por vía jurisprudencial y con la autoridad que le concede el ordenamiento jurídico a la Corte en los fallos de constitucionalidad, tanto el artículo 10 como los artículos 102 y 269, deben leerse y aplicarse en el sentido de incorporar preferencialmente las sentencias de unificación de la Corte Constitucional.

Un examen obviado por la Corte –pues no hizo parte de los cargos por ella examinados- ha sido planteado por la doctrina en los siguientes términos: “¿Qué sucederá cuando la decisión del Consejo sea favorable? ¿No chocará esto con el art. 31 de la Constitución que enseña que ‘toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que establece la ley’? Estimo que el citado artículo [se refiere al 269], expedido con la mejor intención del mundo, es garantista para los administrados que sienten que tienen derecho a la aplicación uniforme de la jurisprudencia del Consejo de Estado. Pero la solución no puede estar en el facilismo legal porque de por medio están los intereses generales que maneja la administración que tienen primacía sobre los particulares de los interesados...” (Betancur, 2014: 568).

Lo que entonces se pone en cuestión es el proferimiento de una sentencia que, a través del trámite sucinto del 269, ordene a la administración la extensión de la jurisprudencia y el consecuente reconocimiento del derecho solicitado. Pero la inconstitucional de este proceder no se ve por parte

alguna. Aparte de advertir que el nuevo código puede estimarse precisamente como una excepción legal al principio constitucional consagrado en el artículo 31, lo cierto es que algo semejante ocurre con todas aquellas sentencias que el Consejo de Estado pueda proferir autorizadamente en única instancia y, que se sepa, ello por sí solo no se ha considerado inconstitucional hasta ahora.

Tampoco es claro que exista “facilismo legal” cuando se disponga una regla a favor de las personas que demanden sus derechos. Sí, además, el debate se pone en términos de enfrentar los intereses generales con los particulares, el constitucionalismo contemporáneo no le da *per se* prevalencia a ninguno de los dos y son las circunstancias concretas las que resuelven la tensión por vía de ponderación. Como se sabe, solo así se pueden tomar en serio los derechos de cada persona. Como se indicó en la introducción de este escrito, las disposiciones del nuevo código hay que leerlas en clave garantista para los administrados. En lo que sí tiene razón Betancur es en el problema presupuestal que hay de por medio, pero este ya no es un problema normativo, por lo que discutirá adelante.

3. Debate teórico.

La afirmación de que la jurisprudencia – particularmente de las altas Cortes- tiene un rol protagónico en la vida de un país, parece formar ya parte de la tópica jurídica o al menos se trata de una conclusión razonable. Y ello comporta un análisis acerca de la jurisprudencia y de quienes la producen, pues la visibilidad y el poder social de los jueces y su producido, al paso que los hace blanco de críticas, exacerban la responsabilidad de sus protagonistas. El debate teórico comprende varias perspectivas de análisis: (i) la teórica propiamente dicha que indaga por la concepción del derecho que mejor podría explicar la extensión y unificación de la jurisprudencia –v.g. iuspositivismo, iusnaturalismo, iusrealismo-, (ii) la perspectiva política caracterizada por el poder que adquiere el juez especialmente por la ruta del

activismo judicial, (iii) la hermenéutica que permite al juez de cierre decir la última palabra sobre el entendimiento normativo y (iv) la perspectiva analítica, que pone de presente el debate en torno al contenido (y la estructura) de la sentencia de unificación. En este escrito solo volveré dos de las perspectivas señaladas, en la medida en que ha sido blanco de observaciones por uno de los autores que aquí se analizan.

3.1. Política y activismo judicial

Como un sucedáneo de la constatación de que la jurisprudencia es fuente de derecho y entonces del poder del juez de regular la conducta humana no solo en casos individuales, sino mediante reglas generales, la actual labor del juez se quiere ver como un desvío de lo que en sentido estricto le correspondería: aplicar la ley. Se trata de un viejo y no acabado debate que gira en torno a la competencia para establecer las reglas jurídicas de comportamiento social.

El juez que tiene la capacidad de ejercer el control judicial de normas es, necesariamente, un activista judicial. Incluso cualquier juez lo es. El primero porque es un legislador negativo o positivo y el segundo porque su rol institucional y social ha cambiado dramáticamente en pocos años, conforme a una historia que podría sintetizarse en el siguiente dictado: “de la boca de la ley a la garantía de los derechos”.

Una expresión del activismo aplicado al caso de la extensión de las sentencias de unificación jurisprudencial, quizá pueda verse alrededor del interrogante que suscita el incumplimiento de la administración de la orden que se imparta, por razones presupuestales. De hecho, Betancourth ve en ello una de las razones por las cuales esta figura impacta negativamente: “Esta solución, en mi opinión, será prácticamente imposible dadas las afugias presupuestales de la administración; de allí que por estas razones la negativa a la extensión de la jurisprudencia será la regla general, con excusas a la

mano” (Ib: 567). Y más adelante se pregunta: “¿No impedirá el éxito de este mecanismo el principio de sostenibilidad presupuestal?” (Ib: 568).

El “problema presupuestal” es un bajo continuo en el escenario de las condenas al Estado, no solo por ésta nueva vía, sino por cualquiera de las ordinarias –nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, contratos, etc.- y suele presentarse por el gobierno como el asunto que debe guiar la decisión judicial, olvidando que en el otro extremo está siempre presente el deber de protección de los derechos humanos, de lo que es precisamente garante el juez. La “afugia presupuestal” no puede entonces presentarse como un problema atribuible a la extensión de las sentencias de unificación, pues siempre ha estado y estará presente cuando haya condenas al erario público. Y en cualquier caso, la solución no sería claudicar ante la nueva institución, pues si la violación del derecho persiste, habrá que acudir a la acción ordinaria y tarde que temprano el Estado deberá responder; y ni siquiera la llamada sostenibilidad presupuestal podrá enervar los efectos de una sentencia de condena, pues lo único que autoriza, para desfortuna del afectado, es la dilación del pago.

3.2. Perspectiva analítica

El debate general existente en torno a la estructura de una sentencia judicial es particularmente relevante en este caso, pues el asunto práctico más importante respecto de la extensión y unificación de la jurisprudencia quizá sea el de saber el contenido de la sentencia que ha de ser extendida y lo que debe entenderse como unificación jurisprudencial.

Ya es un lugar común afirmar que una sentencia judicial la componen el *decisum*, la *ratio* y el *obiter* y que éste último componente no es obligatorio pues constituye reflexiones marginales a lo que se problematizó y decidió en el fallo⁸. Pero también es conocida la dificultad que en muchas ocasiones

⁸ Una buena síntesis del debate puede verse en la sentencia de la Corte Constitucional, T-766/08.

apareja el hallazgo y la distinción entre la *ratio decidendi* y el *obiter dicta/dictum* en una sentencia. Es más, hay quienes encuentran en el *obiter* la expresión de una pedagogía jurídica necesaria de una sentencia, así no toque directamente con el asunto objeto de debate. No es este el espacio para entrar a debatir a fondo la validez y pertinencia de una tesis así concebida. En lo que sigue simplemente esbozaré los rasgos generales de lo que considero es el entendimiento que debe tener el tema⁹, en un escenario específico como el de la extensión de las sentencias de unificación proferidas por las altas Cortes.

Como el papel principal del juez es resolver problemas jurídicos –no sociales, ni políticos, ni morales, sin perjuicio que sus decisiones incidan en estos asuntos- y la sentencia debe reflejar esencialmente los argumentos que sirven de base para tomar la decisión –no hacer pedagogías sobre asuntos diferentes a los que el problema a resolver envuelve-, no es descaminado decir que las afirmaciones marginales (*obiter dicta*) deben evitarse en una sentencia. Ello no quiere decir que una sentencia no afirme pedagogías y refiera contextos para darle sentido a los argumentos (razones) en que se fundamenta la decisión. Pero tal pedagogía la debe constituir el conjunto de reflexiones que se hagan para resolver el problema planteado y explícitamente resuelto. No otro asunto. Y es saludable que en una sentencia se hagan contextos para entender mejor el problema, la hermenéutica que eventualmente se esté proponiendo y/o el análisis de los hechos.

Esto impone caracterizar bien el *obiter dicta/dictum*, pues no puede entenderse como tal el conjunto de afirmaciones de contexto, en la medida en que éstas de alguna forma se encuentran conectadas con los argumentos directamente relacionados con el problema a resolver. Son algo así como argumentos no centrales, pero sí de

⁹ Este esbozo fue presentado en el artículo de prensa titulado, precisamente, “Sobre el *obiter dictum*”, publicado en *Ámbito Jurídico* n.º 313, 17 al 30 de enero de 2011, p. 15.

segundo orden. En cambio el *obiter* es o algo dicho de paso o un argumento claramente marginal; y quizá la mejor forma de identificarlo es teniendo claro el problema planteado y resuelto en la sentencia. Así, los argumentos o afirmaciones que en nada apunten a sustentar o controvertir el problema resuelto, serán *obiter dicta* de la sentencia.

La práctica judicial muestra con frecuencia el uso de argumentos que son auténticos *obiter dicta*, quizá por razones bien intencionadas de aprovechar la temática general de que trata el caso –no el problema jurídico concreto- para decir cosas que tardarían en ser tratadas como auténticos problemas jurídicos, v.g. cuando entra a regir una nueva normatividad en relación con la que la comunidad jurídica en general y los jueces en particular esperan las luces oportunas de sus máximos y autorizados intérpretes. Ello estaría bien de no ser porque, de un lado como ya se dijo, el papel del juez no es el de aprovechar las sentencias para dar opiniones de todo y, de otro, tales pedagogías pueden tener usos perversos, como afirmar que como ello fue dicho por una alta Corte, constituye no su opinión sobre un tema, sino un precedente judicial que debe ser aplicado en casos posteriores en donde el problema jurídico concreto sí sea precisamente el asunto de que trató anteriormente el *obiter*.

Y aquí se encuentra el enlace que se busca con la extensión de las sentencias de unificación, pues a pesar de que un cierto concepto u opinión haya sido expresado por una alta Corte en una sentencia, no necesariamente ello constituye el precedente que deberá ser tenido en cuenta. A partir de la distinción hecha entre *ratio* y *obiter* y de la indicación problemática de incluir éstos en las sentencias, puede afirmarse entonces que para efectos del cumplimiento de los mandatos establecidos en los artículos 10, 102 y 269 del nuevo código, solo deberá ser objeto de extensión aquella parte de las sentencias de unificación que constituyan la *ratio decidendi* de la misma y, por supuesto, el *decisum*. Corolario de ello, habrá que afirmar que los argumentos, opiniones, pedagogías tipo *obiter*, en la medida en que no encuentran relación alguna con el problema jurídico planteado en la sentencia, no pueden ser objeto de extensión, ni oficiosa, ni por petición de parte, ni mucho menos por decisión judicial.



En este último caso se suscita la pregunta siguiente: como el Consejo de Estado puede ordenar la extensión de su jurisprudencia una vez hecha la solicitud correspondiente por el peticionario a quien se le negó la misma por la administración al encontrar precedente alguna de las causales señaladas en la norma para el efecto, ¿puede en ese momento incorporar como *ratio decidendi* lo que claramente es un *obiter* que pretende hacerse extensivo por la vía del artículo 102 del nuevo código? La respuesta es necesariamente negativa porque en el procedimiento especial del artículo 269 *ibidem*, el Consejo de Estado no está resolviendo un caso contencioso en donde debe plantearse y decidirse en torno a un problema jurídico concreto, sino examinando los argumentos señalados por las partes a efectos de aplicar o no por la administración una sentencia de unificación anteriormente proferida y en donde el problema resuelto fue otro. Uno bien diferente al referido por el *obiter*.

Este escenario, en cambio, sí pone de presente que el primer paso que debe realizar el Consejo de Estado en este procedimiento especial, es determinar si el reclamo versa sobre la sentencia de unificación, es

decir sobre su *ratio*, o sobre dichos de paso, opiniones o pedagogías contenidas en la misma, esto es sobre *obiter*. Solo una vez solventado ese presupuesto –y algunos asuntos procesales-, tiene sentido examinar el fondo del asunto, esto es, verificar si (i) el peticionario tiene derecho, (ii) el caso es igual al suyo o (iii) si la interpretación distinta propuesta por la administración es válida.

Quizá sea este el espacio en donde haya que preguntarse, como lo hace Betancur, acerca de cuál es la sentencia aplicable “cuando es razonable que estas Secciones o Subsecciones puedan sostener criterios diferentes a las sentencias de unificación de la Sala Plena” (Ib: 570). La respuesta está asociada con la que se sugirió anteriormente acerca de la responsabilidad del Consejo de Estado para vigilar que lo dicho en las sentencias de unificación estén orientadas solo por *ratio decidendi*, excluyendo los *obiter dicta*, y es que corresponde a la Corporación asegurar –aún por reglamento, como se hizo en el caso de la Sección Tercera, luego de su división en subsecciones-, el cumplimiento de las sentencias que posean una mayor legitimidad. ■



Del control constitucional a cargo del Consejo de Estado

por: **María Claudia Rojas Lasso**¹
Consejera de Estado, Sección Primera

En la antesala del primer centenario de la creación del Consejo de Estado, resulta de singular importancia destacar las funciones de juez constitucional abstracto que también desarrolla esta Corporación.

El control que garantiza la supremacía de la Constitución Política en Colombia comienza a advertirse desde el año de 1812; más adelante, en 1832, se dispone que el Congreso debe “oír las

dudas” relativas a la constitucionalidad de las leyes. Posteriormente, las Constituciones de 1858 y 1863 admitieron la posibilidad de anular actos de la legislatura por razones de inconstitucionalidad.

En 1886, la Constitución que nos rigió por más de cien años eliminó todo control judicial sobre las leyes, admitiendo solamente el control previo sobre los proyectos de ley, es decir, que la Corte Suprema de Justicia decidía sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que fueren objetados por

¹ Presidenta del Consejo de Estado 2014.

el Presidente de la República, tal como quedó consignado en el artículo 90.

La Ley 57 de 1887, en su artículo 5, dispuso que “cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirá aquella”, mientras que el artículo 6 de la Ley 153 del mismo año señaló que “una disposición expresa de la ley posterior a la Constitución se reputa constitucional y se aplicará aunque aparezca contraria a la Constitución”.

En el año de 1889, la Corte Suprema de Justicia manifestó “al poder judicial no le está atribuido la interpretación general y auténtica de la Constitución o de las leyes sustantivas, ni le es permitido dejar de observar éstas porque las juzgue contrarias a la Constitución [...] No está establecido en la República ningún tribunal o autoridad que tenga facultad de declarar que una ley deja de ser obligatoria por ser contraria a un precepto constitucional”.

En 1904, la Ley 2 de mismo año abrió la puerta a la jurisdicción constitucional al establecer en el artículo 2º que: “La Corte Suprema de Justicia, a solicitud de cualquier ciudadano y previa audiencia del Procurador General de la Nación, decidirá definitivamente en sala de acuerdo, sobre la validez o nulidad de los decretos legislativos de conformidad con el artículo anterior y con lo dispuesto en la Constitución Nacional, en la materia”.

Fue el Acto Legislativo n° 3 de 1910 el que consagró en forma definitiva la Acción Pública de Inconstitucionalidad, tal como quedó consignada en el artículo 214 de la Constitución de 1886.

Posteriormente el Acto Legislativo 1 de 1945 introdujo un artículo nuevo, en el cual se consignó: “Artículo 41. Artículo nuevo. Corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución”. Es este entonces del punto de partida de la facultad de juez de control

de constitucionalidad abstracto que tiene el Consejo de Estado.

En el artículo 147 del mismo acto legislativo se dispuso:

A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren esta y las leyes tendrá las siguientes: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los proyectos de ley objetados por el Gobierno como inconstitucionales, o sobre todas las leyes o decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 69 y el artículo 117 de la Constitución Nacional cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionales por cualquier ciudadano [...].

El artículo 214 de la Constitución de 1886 señalaba: “A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá las siguientes [...]”.

Por su parte, el artículo 216 consagraba: “Corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los artículos 76, ordinales 11 y 12, 80, 121 y 122 de la Constitución”.

Así, entramos en un control que se ha llamado “difuso” de constitucionalidad, a cargo en ese momento tanto de la Corte Suprema de Justicia como de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Este control difuso se creyó iba a cambiar con la creación de la Corte Constitucional en la Constitución de 1991.

No obstante, la Constitución de 1991 mantiene este control difuso de constitucionalidad pues, aunque se pretendió un control concentrado en la Corte Constitucional que se creó con esa finalidad, se mantuvieron intactas en el artículo 237 de

la Constitución las facultades del Consejo de Estado para “conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”.

Y si el artículo 241 de la Carta consagra en forma expresa que a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los *strictos y precisos términos de este artículo*, no cabe interpretación diferente a entender que lo no comprendido en esta disposición es de competencia del Consejo de Estado.

Estas competencias aparentemente precisas en el texto constitucional no han dejado de generar en ocasiones conflictos de competencia entre estas dos altas corporaciones. Uno de ellos fue el relacionado con el control de constitucionalidad del Decreto 1421 de 1993 dictado al amparo del artículo transitorio 41 de la Constitución según el cual, si durante los dos años siguientes a la fecha de promulgación de la Constitución el Congreso no dicta la ley relativa al régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá, el Gobierno, por una sola vez, debía expedir las normas correspondientes.

La Corte Constitucional, ante la admisión de una demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra este Decreto, profirió el Auto 006 de 1994, en el cual insistió en su competencia para conocer de las demandas de inconstitucionalidad presentadas contra el Decreto 1421 de 1993. Sobre la naturaleza jurídica del decreto demandado dijo la Corte:

“(...) desde el punto de vista material y jerárquico “constituye un acto de naturaleza legislativa”.

Refiriéndose a la providencia del Consejo de Estado, la Corte dijo: “Sobre este punto la providencia explica, que el Constituyente de 1991 “mantuvo el régimen de control difuso de constitucionalidad que se venía aplicando desde la Constitución anterior y desechó expresamente la posibilidad de implantar un régimen de control de constitucionalidad concentrado o unificado”, lo cual implica que “a pesar

de existir un órgano encargado fundamentalmente de “la guarda de la integralidad y supremacía de la Constitución, dicho control no está reservado de manera exclusiva y excluyente a ese órgano, sino que también corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones que puedan ejercerse ante el Consejo de Estado y ante los tribunales administrativos, y aún ante todos los jueces de la República a través de la figura de la excepción de inconstitucionalidad, consagrada en el artículo 4 de la Carta, y de acciones especiales como la de la tutela, prevista en el artículo 86 de la misma”. Continuó la Corte en el citado auto:

“De las normas permanentes de la Constitución, como quiera que a la Corte Constitucional se le ha confiado el conocimiento de los decretos leyes (241-5) y de los decretos legislativos (241-7), únicos decretos expedidos por el Presidente que se equiparan en jerarquía y eficacia a la ley, puede inferirse que la distribución de competencias entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado se basa en un criterio que sólo toma en cuenta la naturaleza de la fuente de la respectiva norma, de suerte que a las leyes ya los decretos que formal y materialmente tengan fuerza de ley se extiende la Jurisdicción Constitucional”.

“Además la materia que nos ocupa, bien que por excepción transitoria su competencia fue atribuida a órganos diferentes al Congreso de la República, es un tema que ordinariamente le corresponde al Legislativo, de conformidad con el artículo 150 de la Carta, y su eventual reforma futura deberá hacerse por ley. El Decreto 2067 de 1991, en efecto, desarrolla las facultades de naturaleza legislativa que consagra el artículo 23 transitorio de la Carta precitado, y no las facultades administrativas de que trata el artículo 5 transitorio en su literal c). En este sentido, la Corte Constitucional estima que todas aquellas materias que sean de naturaleza legislativa y que excepcionalmente sean asignadas por la Carta a un órgano diferente del Congreso de la República, son de su competencia para efectos de ejercer el control de constitucionalidad. Y, a contrario sensu, las normas expedidas por el Gobierno Nacional

que sean de naturaleza administrativa, entran en la cláusula general de competencia de orden residual que en este sentido tiene el Consejo de Estado, de conformidad con el artículo 237, numeral segundo de la Constitución [...]

En la misma providencia se dijo:

“Finalmente en Auto D-289 de 1993, proferido por el H. Magistrado Jorge Arango Mejía, se establecieron pautas de interpretación en esta misma materia, que es del caso reiterar. En dicha providencia se señala que las competencias judiciales de la Corte son expresas y se las enumera advirtiendo que [...] la enumeración hecha no es taxativa, pues no se puede, por ahora, descartar la posibilidad de que otras normas estén sometidas al control constitucional de la Corte, en virtud de normas transitorias, como es el caso de los decretos con fuerza de ley contemplados en el artículo transitorio 39”.

Correspondió dirimir el conflicto de competencia a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura quien, en providencia del 13 de octubre de 1994, señaló:

*De tal manera, leyendo detenidamente el artículo 241 de la Carta, se observa que sólo sus numerales 5 y 7 se refieren a decretos con fuerza de ley o a decretos legislativos, y que dichos numerales se contraen a conceder a la Corte Constitucional la vigilancia sobre la constitucionalidad de los decretos que el Gobierno dicte con fundamento en los artículos 150, numeral 10, 341, 212, 213 y 215 de la norma superior; expresiones que sin lugar a dudas conceden un control restringido y muy determinado en esta materia, toda vez que en estas normas no se agota la posibilidad del Gobierno de expedir decretos -ley.
[...]*

Con base en los planteamientos expuestos, a esta Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura no le cabe la menor duda de que la competencia para conocer de las demandas señaladas que cursan contra el Decreto

1421 de 1993 en todo o en parte, por una supuesta inconstitucionalidad, corresponde al Consejo de Estado en virtud de la competencia residual consagrada en el artículo 237, numeral 2, de la Carta a favor de esta Corporación, habida cuenta de que la disposición atacada se profirió con apoyo en el artículo 41 transitorio del texto superior, que se encuentra por fuera de la comprensión que abarcan los numerales 5 y 7 de su artículo 241 que señala específicamente el ámbito de conocimiento de la Corte Constitucional en esta materia.

Mediante Sentencia C-1191 de 2008 la Corte Constitucional resolvió declararse inhibida de proferir sentencia de mérito en cumplimiento de lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura no sin antes advertir:

“En consecuencia y de manera análoga a lo resuelto en casos anteriores, la Corte se inhibirá de proferir una decisión de fondo en el asunto de la referencia, en acatamiento de lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura, empero, la Sala considera pertinente advertir que lo resuelto de este proveído no es incompatible con la posibilidad que, respecto de otras normas jurídicas, distintas a las contenidas en el Decreto 1421 de 1993 y adoptadas a partir de los criterios material y forma desarrolladas en este fallo, la Corte declare su competencia para ejercer el control constitucional correspondiente.”

Dentro de este recorrido, cabe destacar el Auto 204 de 2001, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis, mediante el cual la Corte Constitucional confirmó el rechazo de una demanda contra el Decreto 1275 de 1995, “por el cual se adiciona el artículo 4 del Decreto 855 de 1994”, por considerar que la competencia correspondía al Consejo de Estado. En esta providencia se consignó:

“De otra parte cabe indicar que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 237-2 de la Constitución Política, corresponde al Consejo de Estado, conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no haya sido asignada a la Corte Constitucional”.

En el mismo sentido, en la Sentencia C-1290 de 2001, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis, se dijo:

La jurisdicción constitucional de acuerdo con la Carta Política y la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia está conformada funcionalmente por la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para hacer efectivos los derechos constitucionales.

Para efectos del análisis de los cargos formulados por el actor interesa reiterar que en materia de control de constitucionalidad de los decretos del Presidente de la República, la Constitución ha asignado competencia tanto a esta Corte como al Consejo de Estado, conforme al esquema que resulta de las formulaciones contenidas en los artículos 241 y 242 de una parte, y 236, 237 y 238 de otra. [...] Así mismo, se destaca que el Consejo de Estado, además de las funciones que le incumben como tribunal supremo en lo contencioso administrativo (artículo. 237-1 C.P.) ejerce otras destinadas a preservar la integridad de la Constitución, ya que

le compete decidir sobre “las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”, según lo ordena el artículo 237-2 del estatuto superior.

Igualmente, en la sentencia C-560 de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz se dijo: *La jurisdicción constitucional de acuerdo con la Carta Política y la ley estatutaria de la administración de justicia está conformada por: la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para hacer efectivos los derechos constitucionales (artículos. 241 y ss., 237, 86 y 4 C.P. y ley 270/96 estatutaria de la administración de justicia). (...)*

4.2 El Consejo de Estado

El Consejo de Estado además de las funciones que le incumben como tribunal supremo de lo contencioso administrativo (artículo 237-1 C.P.) ejerce otras destinadas a preservar la integridad de la Constitución, ya que le compete decidir sobre “las acciones de nulidad por inconstitucionalidad



Foto: Colprensa

de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional”, según lo ordena el artículo 237-2 del estatuto superior.

Así las cosas, en materia de control abstracto de constitucionalidad, la Corte Constitucional tiene la más amplia competencia y el Consejo de Estado, por vía residual, de todos aquellos actos que no están atribuidos a la Corte.

4.3 Los jueces de tutela

En la Constitución existen otras autoridades que también ejercen jurisdicción constitucional, en forma excepcional y en relación con cada caso concreto, como son los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones o recursos previstos para la aplicación de los derechos constitucionales (artículos. 86, 88 y 89 C.P. y Ley 270/96, estatutaria de la administración de justicia). Las decisiones que adoptan estos funcionarios generalmente producen efectos inter partes, aunque en algunos casos sus efectos pueden ser erga omnes vr. gr. en ciertas acciones de cumplimiento.

4.4 Las autoridades que deben dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad

Los jueces y autoridades administrativas cuando invocan la “excepción de inconstitucionalidad” (artículo 4 C.P.) también ejercen una actividad destinada a garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, pero únicamente en casos concretos y con efectos inter partes.

4.5 Los Tribunales Administrativos

Los Tribunales Administrativos son organismos que hacen parte de la jurisdicción contencioso administrativa y, en ese carácter, ejercen control constitucional sobre los actos de las Asambleas, los Concejos Municipales, los Gobernadores, los Alcaldes y demás funcionarios del orden departamental y municipal, bien en la forma de jurisdicción rogada o de oficio según lo disponga la ley.

5. Control constitucional difuso

En razón de lo anterior el control abstracto de constitucionalidad en Colombia es difuso, por cuanto no es ejercido por un solo órgano del Estado sino por varios: la Corte Constitucional como función esencial y permanente, en su carácter de supremo órgano de la jurisdicción constitucional y el Consejo de Estado, por vía residual, pues como ya se ha indicado éste también ejerce funciones de ese orden.”

Posteriormente, mediante la Sentencia C-415 de 2012, Magistrado Ponente: Dr. Mauricio González Cuervo, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011.

En esta sentencia, relativa a la nulidad por inconstitucionalidad, se consignaron importantes consideraciones en torno a la competencia del Consejo de Estado en materia de control de constitucionalidad, así:

“La titularidad del poder judicial de control de constitucionalidad abstracto, ha sido radicada en cabeza de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. [...] En el marco de esta jurisdicción especial que la Constitución ha establecido para la preservación de su integridad y supremacía, el Legislador ha previsto la posibilidad de que los ciudadanos, en ejercicio del derecho de acción, formulen ante el Consejo de Estado la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad de decretos gubernamentales, debido a la infracción directa de la Constitución. La Ley 1437/11 así lo regula en el artículo demandado, como uno de los “medios de control” allí previstos para la preservación del orden jurídico y la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución. Así, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo oficia como juez de constitucionalidad en modalidad de control abstracto además de la atribución como juez de tutela, completando el sistema de control de supremacía e integridad de la Carta Política Fundamental que el Constituyente de 1991 confió a la Corte Constitucional, como cabeza de esta jurisdicción especial.”

Dentro de este marco jurisprudencial no se entiende cómo, mediante Sentencia C-400 de 2013 (Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla), la misma Corte Constitucional, al estudiar una demanda de inconstitucionalidad entre otros, contra parte del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011 relativo a los efectos de las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, en virtud del numeral 2, del artículo 237 de la Constitución Política que disponía que estas tendrían efectos hacia el futuro y de “cosa juzgada constitucional”, declaró exequible, por los cargos analizados, el inciso tercero del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, salvo la expresión “constitucional” que se declara inexecutable.

En la citada sentencia, la Corte Constitucional consignó:

Desde otra perspectiva, fundada en la premisa del control sobre la totalidad del ordenamiento jurídico, las funciones del Consejo de Estado que censura el actor, salvo el efecto “constitucional” de la cosa juzgada (consecuencia exclusiva del control jurisdiccional que ejerce esta Corte, artículo 243 de la carta política, como supremo tribunal en lo constitucional), son resultado necesario de la preceptiva superior, en lo que no aparezca adjudicado a esta corporación, entendimiento advertido desde hace dos décadas, destacando la imposibilidad de que alguna norma se halle exenta de control superior. No obstante lo indicado en precedencia, la Corte debe puntualizar que los decretos o actos de carácter general cuya expedición de ordinario o de manera transitoria, la Constitución le atribuye a otros órganos distintos del Congreso de la República, siempre que regulen asuntos sometidos a reserva ordinaria o especial de ley, se encuentran excluidos de la competencia del Consejo de Estado, corporación a la que le corresponde conocer, en términos del artículo 237-2 de la carta política, los que no son de competencia de la Corte Constitucional.

Así, esta corporación procederá a declarar exequible el inciso 2° del artículo 135 de la Ley 1437 de 2011, en el entendido de que el control

abstracto de constitucionalidad de los actos allí contemplados, que tengan contenido material de ley, debe ser ejercido por la Corte Constitucional, conforme lo explicado en la jurisprudencia reseñada, la cual, en la medida de su efecto de cosa juzgada constitucional y como precedente judicial, es de carácter obligatorio, a partir de los principios y los valores que consagran la primacía e integridad de la propia Constitución Política.

Paralelamente, la Corte Constitucional juzga necesario precisar y reiterar que se hallan excluidos del control abstracto de exequibilidad por parte de esta corporación, los decretos o actos reseñados en el acápite 6.3 de esta providencia, competencia que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, en términos de los artículos 237-2 superior, 135 y 137 de la Ley 1437 de 2011.

7.2. De otra parte, se declarará la exequibilidad de los efectos concedidos a las sentencias de nulidad por inconstitucionalidad, consagrados en el inciso 3° del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, en la medida en que, conforme al modelo de control abstracto fijado por el constituyente, el Consejo de Estado, en la esfera estricta de su competencia residual (artículo 237-2 Const.), concurre con la Corte Constitucional a velar por la supremacía e integridad de la carta política, para garantizar así su inviolabilidad, en cuanto a los principios, los valores, las reglas, los deberes y los derechos allí instituidos, como cuerpo político y jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, además de contribuir a la consolidación y eficacia del precedente judicial, en ejercicio de esa competencia y función pública esencial.

Empero esta Corte, según se volverá a explicar más adelante, debe declarar inexecutable el vocablo “constitucional”, contenido en ese mismo precepto, por cuanto le otorga a las decisiones del Consejo de Estado una consecuencia que la carta política no le extiende, además de no avenirse a lo dispuesto en el fallo C-037 de 1996, ampliamente citado, por medio del cual se decidió definitivamente sobre la exequibilidad del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia original.

Según se advirtió en el análisis realizado al artículo 49 de dicho proyecto, que se convirtió en Ley 270 de 1993, “sólo los artículos 242, 243 y 244 superiores, se encargan de regular los procesos que se eleven ante la Corte Constitucional, derivados algunos de ellos de las acciones de inexequibilidad que adelante cualquier ciudadano”, de manera que no es posible trasladar los efectos de cosa juzgada constitucional a pronunciamientos del tribunal supremo de lo contencioso administrativo, que carecen de la consecuencia solamente otorgada por la Constitución (artículo. 243, inciso 1°) a los fallos que dicte la Corte Constitucional en su ejercicio de control jurisdiccional, lo cual compagina con lo decidido en dicho fallo C-037 de 1996, en cuanto “desde una perspectiva orgánica, la única entidad de la rama judicial que [...] reviste el carácter de tribunal constitucional es la Corte Constitucional”, razón para declarar inexecutable esa expresión atribuida al Consejo de Estado.

Cabe advertir que la noción formal u orgánica de competencias asignadas a la Corte Constitucional aparece complementada por disposición del constituyente con las excepciones que de manera expresa quiso otorgar al tribunal supremo de lo contencioso administrativo, en función del origen y la naturaleza de los decretos o actos a controlar como juez constitucional, estando excluidas las atribuciones que acaban de explicarse, al ser del resorte exclusivo de la Corte Constitucional.

Por consiguiente, no puede acogerse de manera igual para el Consejo de Estado el tránsito a cosa juzgada constitucional previsto en el artículo 243 de la carta política, salvedad que, sin embargo, no enerva, de parte de ese tribunal contencioso, la aplicación efectiva de ese carácter básico del Estado social de derecho: “La Constitución es norma de normas” (artículo 4° ib)”.

No se entiende cuál fue el fundamento filosófico-constitucional para desconocer el carácter de cosa juzgada “constitucional” frente a decisiones adoptadas por el Consejo de Estado dentro de sus funciones de control de constitucionalidad abstracto,

que se realiza a través de la acción de nulidad por inconstitucionalidad para aquellos actos cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional en los términos del artículo 237, numeral 2 de la Constitución Política, pues ese control tiene las mismas características, alcances y efectos de las decisiones que profiere la Corte Constitucional respecto de los actos de su competencia. En consecuencia, los efectos de las decisiones que se producen en virtud de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad igualmente deben tener carácter de “cosa juzgada constitucional”, puesto que en Colombia existe un control difuso, al que se ha hecho referencia que no concentra en una sola corporación el control abstracto de constitucionalidad.

Con posterioridad a este pronunciamiento, la Sala Plena Contencioso Administrativa del Consejo de Estado, en sentencia del día 30 de julio de 2013, Magistrado Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno, profirió sentencia de nulidad por inconstitucionalidad en la cual precisa los alcances de su competencia en esta materia. Dijo en esa oportunidad de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo:

Respecto de los efectos de una sentencia de nulidad por inconstitucionalidad, cabe recordar que la Carta Política, en el artículo 237 numeral 2, le atribuye al Consejo de Estado, como se dijo antes, la competencia para conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, lo que definitivamente le otorga sobre ellos, sin lugar a dudas, la potestad de dictar sentencias con fuerza de cosa juzgada constitucional, por varias razones: (i) porque es deber de todas las autoridades respetar la Constitución y ejercer sus funciones a la luz de ella; (ii) porque dentro del sistema de control constitucional adoptado en Colombia, el Consejo de Estado forma parte de lo que se denomina la jurisdicción constitucional; (iii) porque al otorgarle la Carta la facultad de conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional,

cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional, el mismo constituyente le está asignando al fallo que en tal virtud se expida, el efecto de cosa juzgada, y (iv) dado que la acción cuya competencia se atribuye al Consejo de Estado por el artículo 237 numeral 2 es la de nulidad por inconstitucionalidad, el efecto necesariamente debe ser el de cosa juzgada constitucional, sin que ello implique que se esté invadiendo la competencia de la Corte Constitucional.

Una interpretación diferente sobre el control de constitucionalidad que ejerce el Consejo de Estado, como la que según el comunicado de prensa hizo la Corte Constitucional en la sentencia C-400 de 2013, al declarar la nulidad de la expresión “constitucional” contenida en el inciso 3 del artículo 189 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor es: “Las sentencias de nulidad sobre los actos proferidos en virtud del numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro y de cosa juzgada constitucional. Sin embargo, el juez podrá disponer unos efectos diferentes”, resulta abiertamente inconstitucional y quiebra la coherencia que el constituyente imprimió al control de constitucionalidad.

En efecto, con tal interpretación la Corte no solo hace nugatorio el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política y con ello lo borra de un plumazo, sin competencia para ello, sino que parece evidenciar una confusión, inaceptable tratándose del Tribunal Constitucional, entre la acción de nulidad por inconstitucionalidad cuya competencia asignó el citado artículo al Consejo de Estado, de una parte, y la llamada “excepción de inconstitucionalidad” (artículo 4 de la Constitución Política), que si bien pueden aplicar los jueces, también puede ser invocada por cualquier funcionario público, y tiene solo efectos inter-partes, de manera que con la interpretación de la Corte la acción de nulidad por inconstitucionalidad perdería todo su valor.

Adicionalmente, por vía de esa interpretación no sólo se llega al absurdo de concluir que el Consejo de Estado quebranta la Carta Política al

ejercer con fuerza de cosa juzgada constitucional una competencia que, con tales efectos, la misma Constitución le ha dado, sino que se desconocen principios caros al derecho como: (i) el de cosa juzgada constitucional que, en la calidad de juez constitucional la Carta atribuye al Consejo de Estado en el artículo 237-2 y (ii) el de la seguridad jurídica que ello implica y a la cual tienen derecho los ciudadanos.”

Es importante destacar los planteamientos expuestos en providencia del 19 de julio de 2012 mediante la cual, el Consejo de Estado, con ponencia de la autora, admitió la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra el Decreto 1351 de 2012 “por el cual se convoca al Congreso de la República a sesiones extraordinarias”.

En dicha providencia, el Consejo de Estado señaló:

2.1. Competencia del Consejo de Estado

Previo a la admisión de la demanda, se estudiará la competencia del Consejo de Estado para conocer de esta acción de nulidad por inconstitucionalidad que recae sobre un acto administrativo expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se convoca a sesiones extraordinarias al Congreso de la República para el estudio de objeciones formuladas en relación con un acto de reforma a la Constitución Política.

El artículo 237 de la Constitución Política consagra como atribución del Consejo de Estado, entre otras, la contenida en el numeral 2) (...)

La Constitución Política establece de manera taxativa la competencia de la Corte Constitucional en el artículo 241 (...)

Dentro de esta competencia taxativa, corresponde a la Corte Constitucional como una de sus funciones, la de conocer de las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen.

El Título XIII de la Carta consagra las normas relativas a la reforma de la Constitución. Así, el artículo 374 dispone que la Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo.

No cabe duda que el acto legislativo “por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones”, fue una reforma constitucional adelantada por el Congreso de la República cuyo trámite está previsto en el artículo 375 (...)

El propio Decreto 1351 de 25 de junio de 2012 que se demanda, consigna: “Que el Presidente de la República recibió procedente del Congreso el oficio del pasado 20 de junio de 2012, con el cual se remite el proyecto de Acto Legislativo 007/11 Senado-143/11 Cámara, acumulado a los proyectos 09/11, 11/11, 12/11 y 13/11 Senado “por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones”, con el fin de que proceda a su promulgación”.

El proyecto de acto legislativo cumplió entonces con todo su trámite constitucional y fue aprobado en los ocho (8) debates constitucionales quedando pendiente únicamente su publicación para entrar a regir, lo cual aparece reiterado en las consideraciones del acto demandado cuando dijo: “Que el artículo 375 de la Carta dice que el trámite de los actos legislativos tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos, lo cual, respecto del Acto Legislativo por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones” ya se cumplió.”

No se está definiendo en esta providencia la validez constitucional del acto de convocatoria sino la competencia del Consejo de Estado para conocer de la demanda de nulidad por inconstitucionalidad incoada en su contra.

Es importante señalar que este caso es sustancialmente distinto del decidido mediante sentencia de Sala Plena del 16 de febrero de 2010, en la cual se declaró la falta de competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad instaurada contra el Decreto 4742 de 2008, mediante el cual se convocó a sesiones extraordinarias al Congreso de la República (...). Como se consignó en el fallo respectivo, se trató de una ley convocante a un referendo luego de la cual, el Congreso podía someter a referendo un proyecto de reforma constitucional que el mismo Congreso incorporara a dicha ley, en los términos del artículo 378 de la Constitución Política.

En la referida sentencia se consignó:

“Según quedó expuesto, la Ley convocante a referendo, aun cuando presenta características especiales, debe cumplir los requisitos exigidos para que cualquier proyecto se convierta en ley, entre ellos, ser aprobada en la Plenaria en cada Cámara, de conformidad con el artículo 157 y lo dispuesto en el título XIII de la Carta Política.

*[...]
Precisado lo anterior, resulta pertinente recordar que con fundamento en el artículo 378 de la Constitución Política, por iniciativa ciudadana, el Congreso inició en el año 2008 el trámite legislativo para la formación del proyecto de Ley convocante a referendo para la reforma constitucional del artículo 197 de la Constitución Política, con miras a viabilizar la reelección presidencial, proyecto identificado bajo el N° 242/Senado y N° 138/Cámara.*

En cuanto concierne al proyecto en comento, debe recordarse que para el 16 de diciembre de 2008, fecha en que concluyen las sesiones ordinarias según el artículo 138 de la Constitución Política, el citado proyecto no había sido aprobado en la Plenaria de la Cámara de representantes.

El Presidente de la República, mediante el acto acusado, convocó al Congreso a sesiones extraordinarias para que se surtiera dicho trámite



y, de ese modo, concluyera el procedimiento legislativo de formación de la Ley convocante a referendo Constitucional lo que a la postre ocurrió, tras sancionarse y promulgarse la Ley 1354 de 2009 [...]”

No cabe duda que en aquella ocasión, la convocatoria a sesiones extraordinarias tuvo como finalidad la de permitir la conclusión del trámite de una ley a la que le quedaba pendiente la aprobación en la plenaria de la Cámara de Representantes y que, por lo mismo, era inescindible de la ley misma, mientras que en el caso que nos ocupa ya el trámite del acto legislativo había concluido. Por ello se afirmó en aquella oportunidad que, “el acto político de convocatoria en este caso hace parte inescindible del procedimiento de formación de la Ley convocante a Referendo, la cual está sometida a control automático e integral de constitucionalidad que el artículo 241-2 de la Constitución Política asigna a la Corte Constitucional”.

Situación muy diferente fue la que se configuró en el caso sub examine, puesto que aquí la convocatoria a sesiones extraordinarias no conducía a concluir la formación de un acto legislativo porque éste ya había terminado su trámite. Así lo reconoce el

propio decreto demandado cuando afirma:

“Que el artículo 375 de la Carta dice que el trámite de los actos legislativos tendrá lugar en dos períodos ordinarios y consecutivos, lo cual, respecto del Acto Legislativo por medio del cual se reforman artículos de la Constitución Política con relación a la Administración de Justicia y se dictan otras disposiciones ya se cumplió”.

Resulta claro entonces que, en este caso, la competencia para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad respecto del Decreto 1351 de 2012, por medio del cual el Presidente de la República convoca a sesiones extras al Congreso, corresponde al Consejo de Estado como lo dispone el artículo 237 de la Constitución Política, puesto que este Decreto no queda comprendido dentro de los expresamente asignados al control de la Corte Constitucional.”

Para finalizar este recorrido, se destaca el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional contenido en Sentencia C-524 de 2013, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Pretelt, en la que se declaró inhibida de asumir el conocimiento de una demanda de inconstitucionalidad contra el citado Decreto

1351 de 2012 mediante el cual el gobierno nacional convocó a sesiones extras al Congreso para estudiar las objeciones formuladas contra la Reforma a la Justicia y que, por consiguiente, reafirma la competencia del Consejo de Estado para conocer de la acción de nulidad por inconstitucionalidad respecto del mismo:

Señaló la Corte Constitucional:

Con apoyo en las anteriores razones, la Corte concluye que carece de competencia para pronunciarse sobre su constitucionalidad y debe emitir un fallo inhibitorio.

1.1.1.1. Igualmente, esta Sala considera que carece de competencia para conocer de la demanda en lo que respecta a los cargos formulados contra el decreto 1351 de 2012, puesto que se trata de una decisión adoptada en un trámite legislativo que no culminó con la adopción de un acto susceptible de control por este Tribunal.

Como se explicó previamente, la Corte en principio es competente para analizar la constitucionalidad de decretos que hacen parte del trámite legislativo de actos del Congreso cuyo control es asignado por la Constitución a este Tribunal proyectos de ley materia de control previo, leyes y actos legislativos. No obstante, cuando dicho trámite no culmina con una decisión susceptible de control por esta Corporación, es decir, cuando dicho trámite resulta fallido, la Corte pierde su competencia porque ya no hay un acto cuya validez constitucional sea necesario examinar; dicho de otro modo, se presenta una especie de carencia actual de objeto.

Por medio del Decreto 1351 de 2012, el Presidente convocó a sesiones extraordinarias al Congreso de la República con el fin de examinar las objeciones

formuladas a un proyecto de acto legislativo. Debido a que el Congreso decidió archivar el proyecto, dicha reforma nunca fue promulgada ni surgió a la vida jurídica, en otras palabras, no se convirtió en acto legislativo. En consecuencia, la constitucionalidad del proyecto y su trámite no pueden ser examinados en esta oportunidad por este Tribunal, por carencia actual de objeto.

Las normas constitucionales y el desarrollo jurisprudencial anteriormente expuesto muestran inequívocamente la competencia del Consejo de Estado en materia de control abstracto de constitucionalidad que se ejerce a través de la acción de nulidad por inconstitucionalidad con todas las características y alcances de la acción pública de inexequibilidad a cargo de la Corte Constitucional.

Es así como, por ejemplo, los fallos del Consejo de Estado en materia de control de constitucionalidad pueden establecer los efectos de los mismos, bien hacia el pasado, *ex tunc*, señalándolo en forma expresa o, también hacia el futuro, *ex nunc* tal y como lo dispone el artículo 189 de la Ley 1437 de 2011. Aunque la acción se llama de “nulidad por inconstitucionalidad” y como acción de nulidad los efectos se retrotraen al momento de la expedición del acto respectivo, en tanto es acción de control constitucional participa de las mismas atribuciones de los fallos que emite la Corte Constitucional en sede de constitucionalidad.

Es necesario reivindicar las funciones del Consejo de Estado como juez de constitucionalidad con las mismas atribuciones y efectos de las decisiones que, en este campo, tiene la Corte Constitucional respecto de los actos sobre los que ejerce el control de constitucionalidad. ■



Acceso a la administración de justicia e independencia del juez contencioso administrativo en el conflicto armado interno

por: **Jaime Orlando Santofimio Gamboa**
Consejero de Estado, Sección Tercera

En la actualidad la Jurisdicción Contencioso Administrativa se encuentra ante una notable posición: decidir en el marco del conflicto armado interno sin que se quiebre el principio de independencia judicial. Para lograrlo debe tenerse en cuenta los elementos del derecho de acceso a la administración de justicia, tutela judicial efectiva, como fin último, como elemento esencial en la afirmación de la cláusula del Estado Social de Derecho, de los principios democrático y pro homine en los que se sustenta la moderna configuración de dicha jurisdicción.

Son los presupuestos que se tienen en cuenta para abordar, brevemente, esta cuestión, en esta breve ponencia que se pone en consideración, para reflexionar si existe un debate, si se trata de un punto de inflexión, o simplemente es una cuestión que ha precedido a cualquier debate jurídico.

1. Elementos del acceso a la administración de justicia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Dentro de la evolución del Estado constitucional el conocimiento de esta jurisdicción implica aceptar de manera pacífica su indudable naturaleza de instrumento fundamental para el cumplimiento de sus propósitos y finalidades, en especial, y de manera inicial e histórica, los de la consolidación del régimen de garantías para la defensa de los derechos subjetivos, a partir de la incorporación de la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental para la defensa judicial de estos derechos frente a los actos arbitrarios y desmanes de la administración que causen perjuicios a los asociados individualmente considerados.

En sus recientes desarrollos, el análisis de la institución nos acerca a la postulación de instrumentos judiciales tendientes a garantizar la protección y el respeto a la legalidad, el interés general y la paz social con la incorporación en el ordenamiento de acciones de orden jurídico objetivo de protección y defensa del orden

constitucional y legal fundadas en la iniciativa pública o popular, e inspiradas en la necesidad del común, del mantenimiento del orden institucional, como componente trascendente del interés público. Todo lo cual de por sí significa un avance cualitativo frente a las iniciales elaboraciones del derecho francés, en especial respecto de su recurso por exceso de poder, e incluso frente de aquellos otros ordenamientos en donde se magnificaban las acciones tendientes a la protección de los derechos individuales en detrimento del control ciudadano a la violación o desconocimiento simple del orden jurídico, dejando con estos vacíos judiciales las puertas abiertas a la reprochable actividad arbitraria de quienes ejercen el poder administrativo dentro del Estado de derecho.

La jurisdicción contenciosa, así vista, sin embargo, no se mantiene estática. En algunos ordenamientos como el colombiano, por ejemplo, ha adquirido a través de los años profundas responsabilidades de control de constitucionalidad y de juez del interés general, colectivo y de la paz social, esto en cuanto depositario del poder jurisdiccional suficiente y discrecional concretado en acciones populares, de grupo, de cumplimiento e incluso de tutela, o de amparo, como doctrinalmente se le conoce.

Bajo esta perspectiva, introducimos en el concepto de Jurisdicción Contenciosa Administrativa resulta ser un asunto complejo que implica retomar elementos históricos, constitucionales y jurídicos procesales al igual que sustanciales, para su delimitación y comprensión; lo anterior con la advertencia de que en algunos ordenamientos en donde se ha instituido esta jurisdicción no se comparten las particularidades históricas francesas, que motivaron su surgimiento como justicia paralela a la ordinaria. Significa ello que han desarrollado estos países modelos diversos entre sí, el más significativo el adoptado en algunos Estados latinoamericanos en donde se le sitúa como una función más de la justicia ordinaria enclavada dentro de la competencias de los jueces o tribunales ordinarios: así como sucede por ejemplo en Perú,

Bolivia, Venezuela, Panamá y Brasil. Otros países ubican la jurisdicción en un plano diferente, con organismos judiciales propios independientes de la justicia ordinaria, generando verdaderas jurisdicciones especializadas, como es el caso típico de Colombia donde desde 1914 funciona bajo estas características, lo que denota una profunda influencia de la dualidad de jurisdicción francesa, aunque, vale la pena aclararlo, no por las mismas razones que en aquel derecho surgió esta justicia paralela a la ordinaria.

La idea de juzgar a la administración y de garantizar tanto los derechos subjetivos como la legalidad objetivamente considerada se ha consolidado de manera magnífica en la evolución del Estado de derecho, en donde el control fluye como una necesidad justificadora y sustentadora de su existencia conceptual y práctica¹. En este

1 Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos. En estos casos se trata de un problema relativo a la eficacia más o menos directa de los principios y no a un asunto relacionado con su falta de fuerza normativa. En síntesis, un principio constitucional jamás puede ser desconocido en beneficio de otra norma legal o constitucional o de otro principio no expresamente señalado en la Constitución, pero puede, en ciertos casos, necesitar de otras normas constitucionales para poder fundamentar la decisión judicial. El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228 (“Las actuaciones [de la administración de justicia] serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y **en ellas prevalecerá el derecho sustancial**”). Pero esta no es la única razón que explica el cambio anotado: el desarrollo de la democracia constitucional puso de presente que el órgano legislativo, depositario tradicional de

entendido, no puede entonces hacerse caso omiso de su papel estelar en la estructuración de una sociedad libre y pacífica, en cuanto límite institucional al agravio de los derechos y la arbitrariedad, como de los desafueros respecto de los intereses de la comunidad. Determinante, en consecuencia, de una democracia vivencial²; incontrovertible fuente de convivencia humana y de respeto a las instituciones. Como lo destacamos, introducimos en las raíces del contencioso administrativo significa reconocer su carácter dialéctico y no circunstancial, dentro

legitimidad popular, debe estar acompañado del control jurisdiccional, que ha demostrado, a través de la historia del derecho constitucional moderno, ser el órgano más eficaz en la defensa de los derechos de los ciudadanos y los principios democráticos. Las dificultades derivadas del crecimiento desbordante del poder ejecutivo en el estado intervencionista y de la pérdida de liderazgo político del órgano legislativo, deben ser compensadas, en la democracia constitucional, con el fortalecimiento del poder judicial, dotado por excelencia de la capacidad de control y de defensa del orden institucional. Sólo de esta manera puede lograrse un verdadero equilibrio y colaboración entre los poderes; de lo contrario, predominará el poder ejecutivo. La dispersión de intereses en la sociedad capitalista actual, ha diezmando la importancia del concepto de interés general, repercutiendo así en la legitimidad del órgano legislativo y de la ley misma. Esta deficiencia de la legitimidad tradicional ha sido compensada con el fortalecimiento de la capacidad estatal para crear consenso y para encontrar soluciones producto no solo del imperio de la ley sino también de la negociación y de la adecuación a las circunstancias específicas del conflicto. En estas condiciones, la idea de control judicial aparece como la clave funcional para evitar un desbordamiento de poder y para lograr una adaptación del derecho a la realidad social. Depositario de las ventajas propias del sabio alejado de la sociedad, que piensa en la objetividad de los valores y dotado de las ventajas de quien tiene el compromiso de tomar cotidianamente en consideración “la realidad viviente de los litigios”, el juez está en plena capacidad, como ningún otro órgano de régimen político, de desempeñar ese papel⁵. En síntesis, el control ejercido por jueces y tribunales en el Estado constitucional contemporáneo resulta siendo la fórmula para la mejor relación seguridad jurídica-justicia. De lo dicho se deriva la idea de que el juez, en el Estado social de derecho también es un portador de la visión institucional del interés general. El juez, al poner en relación la Constitución -sus principios y sus normas- con la ley y con los hechos hace uso de una discrecionalidad interpretativa que necesariamente delimita el sentido político de los textos constitucionales. En este sentido la legislación y la decisión judicial son ambos procesos de creación de derecho”. Corte Constitucional, sentencia T-406 de 1992. Puede verse también: sentencia C-574 de 1992.

2 “Es así, pues, la democracia se apoya mucho más en determinadas condiciones e ideas históricas, que en concepciones constitucionales desligadas de esas condiciones y de los problemas concretos de su objeto; por tanto, se ha de mantener este acercamiento si no se quiere que la tarea jurídica yerre”. HESSE, Konrad. Escritos de derecho constitucional. Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, p.131.

de la evolución jurídica europea, lo cual implica aceptar que las razones de su implantación en los diferentes ordenamientos jurídicos corresponden a realidades políticas diversas. Esto, sin embargo, no impide que reconozcamos que la magnífica construcción de nuestra disciplina, desde la perspectiva de su finalidad de control e incluso del mismo significado gramatical de los términos utilizados para su identificación, corresponde a las especiales elaboraciones surgidas a propósito de particularidades de la historia del derecho francés y principalmente, como lo destaca García De Enterría, de la disidencia revolucionarias frente a un importante principio sustentador de la misma revolución, como lo fue el de la división de poderes; el cual adquirió una especial dinámica a consecuencia de las traumáticas pugnas entre gobernantes y tribunales al interior de la Francia pre revolucionaria e incluso revolucionaria, lo que le otorga en consecuencia a la tradición política francesa una especial razón de fundamentación del sistema de control judicial a la administración conocido como “de lo contencioso administrativo”³.

Esta tendencia a darle sustantividad propia al control judicial de la administración fluyó incontrolable por los diferentes países de la Europa continental y de los demás confines del globo terráqueo, en lo que se conoce como el derecho administrativo de influjo francés o continental europeo, que con variaciones importantes se ha consolidado en ordenamientos jurídicos de la importancia de Alemania, Italia y España, principalmente por su lógica conceptual de entender a la administración como un poder actuante y permanente, depositario de las más importantes funciones respecto de la comunidad y de las personas individualmente consideradas, y no tanto como una necesidad de excepcionar la aplicación del principio de la división de poderes. Su expansión corre simultánea con el concepto de eficacia del control y de la necesidad de la especialidad para su efectividad⁴.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*, Madrid, Edit. Civitas, 1998, pp. 41 a 51.

4 Puede consultarse, sobre el contencioso francés, principalmente sobre su surgimiento, vinculado a la particularidades de la historia francesa, a WEIL, Prosper. *Derecho administrativo*, Madrid,

2. La independencia del juez como expreso de la garantía de acceso a la Administración de Justicia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El acceso a la administración de justicia, la denominada “tutela judicial efectiva”, no puede comprenderse, en un contexto convencional y constitucional, desligada, o aleatoriamente a la exigencia de la independencia del juez natural de la causa a la hora de la definición de los asuntos litigiosos. Se trata de la afirmación de garantizar la cláusula de los artículos 29, 229 y 230 de la Carta Política, y de los artículos 1.1, 2, 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que consiste en la existencia, aplicación y materialización de los recursos judiciales efectivos, donde el juez [para nuestro caso el contencioso administrativo] debe contar con todas las herramientas para que su decisión este libre de

Civitas, 1994, p. 38. En tratándose de la expansión del contencioso francés a los demás países europeos, podemos afirmar sin lugar a equívocos que no significó de ninguna manera una imposición integral de las instituciones francesas, mas sí de la necesidad de especializar el control a la administración a través de autoridades concretas, función esta que no tardó en concentrarse en manos de las judiciales según las particularidades evolutivas de los diferentes contextos nacionales que recepcionaron esta tendencia jurídica. Lo que definitivamente significó el surgimiento y consolidación del contencioso francés en los territorios europeos fue en definitiva una ruptura importante a la línea de conducta tradicional que consideraba que los litigios de la administración podían ser resueltos por los jueces ordinarios. Para la evolución del contencioso administrativo en Alemania puede consultarse: MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*, Granada, Edit. Comares, 2004, pp. 462 y ss.; FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, IEP, 1958, pp. 712 y ss.; FLEINER, Fritz. *Instituciones de derecho administrativo*, Madrid, Edit. Labor, 1933, pp. 188 y ss.; SOMMERMANN, Karl-Peter. “La justicia administrativa alemana”, en *La justicia administrativa en el derecho comparado*, JAVIER BARNES VÁZQUEZ (comp.), Madrid, Civitas, 1993, pp. 33 y ss. Para el estudio de la evolución del contencioso administrativo en Italia puede consultarse ANGELETTI, Adolfo. *La justicia administrativa en Italia*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986; FALCON, Giandomenico. “La justicia administrativa”, en *La justicia administrativa en el derecho comparado*, cit., pp. 207 y ss.; CLARICH, Marcello. *La giustizia*, en AA. VV. *Trattato di diritto amministrativo*, t. II, Milano, Giuffrè, 2000, p. 1721. Para el caso español es recomendable, entre las varias obras al respecto, SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso. *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, Instituto García Oviedo y Universidad de Sevilla, 1973.

condiciones o imposiciones por factores externos, que son frecuentes en un Estado como Colombia que se encuentra expuesto a un conflicto armado interno.

El juez contencioso administrativo de Colombia se encuentra revestido de unas potestades que le protegen, de unos derechos como miembro de uno de los poderes del Estado, y también se encuentra obligado por una serie de deberes. Desde la perspectiva de la configuración constitucional, se le reconoce autonomía e independencia de la lectura sistemática de los artículos 1 y 228 de la Carta Política, no sólo en sus decisiones, sino también en el cumplimiento de sus facultades, de manera tal que no puede ser impelida bajo presiones estatales o sociales, como puede ser de los medios de comunicación en el desarrollo de sus actividades.

Se trata de una independencia y autonomía que se ejerce, también, en el marco de lo consagrado en el artículo 2 de la Carta Política, según el cual el juez contencioso como uno de los poderes del Estado está llamado a servir a la comunidad, “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”, así como a “mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo”. Se trata de la visión de un juez que no vive apartado de la estructura constitucional, y menos de la realidad y el contexto en el que tales preceptos constitucionales deben hacerse realidad. De ahí que resulte paradójico satanizar al juez contencioso por decisiones que están dirigidas a la eficacia del mandato consagrado en el inciso segundo del artículo 2 de la Carta Política según el cual las “autoridades de la República”, entre ellas los jueces contencioso administrativos, “están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, creencias y demás derechos y libertades”, así como para “asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

Precisamente para proteger los derechos y libertades y asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado, el constituyente de 1991 diseñó como herramienta la responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado. La responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado diseñada por el artículo 90 de la Carta Política es una cláusula que el juez contencioso administrativo hace respetar precisamente para hacer eficaz el cumplimiento de los anteriores mandatos constitucionales mencionados [de los artículos y 2 de la Constitución], por lo que no tiene en esencia ningún elemento ideológico o político que pueda subyugar la decisión de la autoridad judicial al momento de hacerlo exigible. Y no lo tiene si se comprende, en toda su extensión, dicho artículo 90, con lo consagrado por el artículo 91 según el cual 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”. Cabe aclarar, en su sentido constitucional, que la ejecución no se materializa en la simple acción que se despliegue, o en la omisión, sino que comprende la “inactividad” del Estado que propicie, que permita, o que represente la probable violación, vulneración o limitación de los derechos y libertades de cualquier persona.

No se trata de una herramienta cuyos cimientos no sólo están en la Carta Política, sino que por virtud del artículo 93 tiene una profunda sustentación en el respeto de los derechos humanos cuya prevalencia se afirma, aún en los estados de excepción. Si esto es así, el juez contencioso administrativo no decide sólo para proteger una posición ideológica, o un ámbito de conveniencia política, lo hace porque se encuentra sometido al respeto por la eficacia de derechos que son irrenunciables, imprescriptibles e inescindibles de la persona y de la dignidad humana. Es más, cuando el juez contencioso administrativo en un caso bajo su estudio encuentra necesario interpretar los derechos y deberes consagrados

en la Carta Política conforme con las normas de derecho internacional de derechos humanos, o de derecho internacional humanitario, este debe proceder a hacerlo por mandato constitucional y convencional. El primero sustentado en el inciso segundo del artículo 93 de la Constitución, en tanto que el primero lo hará con base en principios sustanciales de derecho internacional público, cuya prevalencia hace de las normas de protección una regla y no una excepción.

Se puede agregar, también, que el juez contencioso administrativo puede con la cláusula constitucional de responsabilidad patrimonial y administrativa del Estado proteger no sólo derechos expresamente consagrados constitucional y convencionalmente, sino que puede extenderla a aquellos que “siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente” en dichos ámbitos, a tenor de lo establecido en el artículo 94 de la Carta Política. Pero ¿cómo se comprende en el contexto de

las potestades, facultades, derechos y deberes reconocidos a la Rama Judicial como uno de los poderes del Estado, ejercido en concreto por el juez contencioso administrativo? Para responder a un interrogante estructural debe hacer con cierta pedagogía para que la sociedad comprenda su alcance, por lo que debe dividirse la explicación.

La administración de justicia en Colombia siendo una función pública, y esa es la premisa inicial del artículo 228 de la Carta Política, no está sometida a límites políticos, ni a conveniencias de cualquier índole, porque es una función pública que respeta el principio máximo del **interés general**. La segunda premisa de la norma mencionada establece que las decisiones de dicha administración son independientes, como forma de ratificar su papel de contrapeso en el diseño constitucional del Estado.

Pero ¿cómo se comprende la independencia de las decisiones de los jueces? ¿Sólo con base



Foto: El Espectador

en el precepto constitucional, requiere una interpretación sistemática con otros de la misma naturaleza, o debe tenerse en cuenta también su consagración convencional? La independencia de las decisiones de los jueces, para el caso concreto del juez contencioso administrativo, se comprende a partir de una interpretación sistemática con otros preceptos constitucionales: 1, 2, 28, 29, 228, 229, 230, 236, 237 y 238. Pero no se trata sólo de una mera cuestión hermenéutica, en el plano sustancial la independencia del juez debe obedecer a ciertos límites fijados constitucionalmente: a) sus decisiones deben ser públicas; b) el juez debe hacer prevalecer el derecho sustancial; c) debe observarse la celeridad, diligencia y eficacia en el curso de los procesos y procedimientos; d) se obedece a un estructura desconcentrada y autónoma; e) debe garantizar el pleno y eficaz ejercicio del derecho de acceso a la administración de justicia; f) se debe someter siempre al “imperio de la ley”; y, g) puede emplear en sus decisiones como criterios auxiliares a la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina.

Con la base constitucional anterior, debe preguntarse ¿se agota sólo en el contexto constitucional? La respuesta es que debe comprenderse también de acuerdo con los mandatos convencionales, esto es, teniendo en cuenta las normas, principios y derechos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario [no sólo por expresa aplicación de los artículos 93, 94 y 214 de la Carta Política], así como el principio sustancial de la dignidad humana como sustrato esencial del Estado Social de Derecho.

En el contexto convencional el juez no está llamado a realizar un simple ejercicio de compatibilidad normativo [convencionalidad objetiva], sino que debe procurar la eficacia de los mandatos convencionales [convencionalidad subjetiva], de tal manera que no se haga nugatorio el ejercicio

de las garantías reconocidas a toda persona. De ahí que el artículo VIII de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 establece como mandato claro que: “Toda persona tiene derecho a recibir de los tribunales nacionales competentes un recurso efectivo frente a los actos que violen los derechos fundamentales que a ella le sean reconocidos por la Constitución o por la ley”. Luego, la posición del juez es neutral, independiente porque en esencia debe procurar la protección y eficacia de los derechos sin discernir para ello con base en una ideología o preferencia política.

Siendo la base tan amplia en la decisión del juez, no puede este ser limitado siquiera por situaciones excepcionales en el ejercicio de sus potestades y facultades, como tampoco puede llevarle a interpretar de manera contraria a los derechos y libertades las normas convencionales, ya que debe su apego a los mandatos convencionales como ley, siendo esencial destacar la limitación a la que debe sujetarse conforme a lo consagrado por el artículo 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos según el cual: “Ninguna disposición del Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer a un Estado, grupo o individuo cualquier derecho a dedicarse a cualesquiera actividades o practicar cualesquiera actos que tengan por objetivo destruir los derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto o imponerles limitaciones más amplias de aquellas en él previstas”. Cláusula que se conjuga con aquella de la igualdad de las personas ante los tribunales y cortes de justicia del artículo 14 del mismo Pacto.

A lo que se agrega que el juez contencioso administrativo también debe observar el alcance material, procesal e institucional de sus potestades y facultades, y el respeto de sus derechos en el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos. La premisa inicial es que

el juez contencioso administrativo debe ajustar sus decisiones, en el contexto constitucional, a la máxima garantía de respeto de los derechos [artículos 1 y 2 de la Convención]. Pero también le es exigible la independencia e imparcialidad que no sólo tiene cobertura para juez penal, sino para todo aquel revestido de la calidad de juez [artículo 8 de la Convención]. Respeto, independencia e imparcialidad que se conjugan en el mandato convencional del artículo 25.1 según el cual: “Toda persona tiene derecho a un recurso simple y rápido o a cualquier otro recurso efectivo, ante los jueces o tribunales competentes, que le proteja contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, por la ley y por la presente Convención, así mismo cuando tal violación sea cometida por personas que estén actuando en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Luego, y no queda duda, el juez contencioso está llamado a la protección eficaz de los derechos, sin condiciones ideológicas, políticas o de cualquier otra índole, como actor independiente, autónomo e imparcial, y que como lo señala el artículo 25.2 de la misma Convención es llamado a: “a) asegurar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decida sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso judicial; y c) a asegurar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que tenga por considerado procedente el recurso”.

Examinado ponderadamente el papel del juez contencioso administrativo en el contexto del conflicto armado, puede concluirse:

(1) El juez contencioso administrativo está llamado a ejercer sus potestades y facultades no sólo para procurar la eficacia y garantía de los derechos y libertades constitucionalmente reconocidas, sino que debe sujetarse al contexto normativo

convencional para que se cumpla con el principio o límite de la prevalencia del derecho constitucional consagrado en el artículo 228 de la Carta Política.

(2) El anterior ejercicio debe hacerse con el pleno respeto por su independencia, autonomía e imparcialidad, la que no puede [en ningún caso] exceder los mandatos constitucionales y convencionales.

(3) El juez contencioso administrativo no administra justicia por razones ideológicas, políticas o de conveniencia, sino que en el moderno derecho administrativo es un operador jurídico que tiene que cumplir con el pleno respeto de los derechos y garantías, de manera que exija al Estado como regla básica su eficacia.

(4) El juez contencioso administrativo no puede, ni debe, favorecer a ninguno de los extremos en un conflicto armado, porque su mandato está dirigido a la protección del ciudadano, de la persona, de la víctima, de tal manera que en el fondo se está juzgando a todos los partícipes del mismo, salvo la restricción legal que por la naturaleza de su jurisdicción le impide juzgar a los sujetos privados o particulares, pero que no impide que sobre ellos elabore un juicio en el que se pueda concluir la realización de conductas, acciones o actos que deba comunicar a las instancias judiciales competentes para que adelanten los juicios que permitan lograr la verdad, la justicia, y la reparación integral.

(5) Pero, ¿por qué el juez contencioso administrativo puede invocar la adopción de medidas cautelares si las reglas anteriores son claras para todos los actores políticos, sociales, informativos, etc., del país?

Cuando se señala que hay cierta inclinación, predisposición u oscilación de las decisiones para favorecer a uno de los actores del conflicto armado inmediatamente se pone en cuestión el respeto

de los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC-9/1987, considera que la “inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar”. A lo que se agrega, que “para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Por lo que, no “pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado resulten ilusorios”. Como ejemplo la Corte Interamericana señala “porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten medios para ejecutar sus decisiones” [párrafo 24].

Luego, la máxima garantía de la tutela judicial efectiva se concreta con la indiscutible

independencia del juez contencioso administrativo que debe estar sometido solamente a la Carta Política, a las exigencias convencionales y legales, sin que pueda someterse a ideología, convicción o ideario, y que responda a la existencia, aplicación y eficacia del recurso judicial efectivo que debe disponer todo ciudadano en el marco del Estado Social de Derecho.

3. Conclusiones.

Los argumentos anteriores permiten concluir: (1) el derecho de acceso a la administración de justicia es inescindible a la independencia del juez contencioso administrativo; (2) independencia en la que juega papel sustancial que sólo sea la norma constitucional, los deberes convencionales y legales los que sustenten las decisiones judiciales; (3) siendo esto así, la protección eficaz de los derechos de los ciudadanos que se obtiene por medio de las decisiones judiciales no puede, ni está inspirada en ideología o convicción política, social o similar, sino en fundamentos, argumentos y razonamientos lógico jurídicos, fundados en los elementos probatorios, surtiendo el pleno ejercicio de las instancias y de contradicción por las diferentes partes en los procesos, y con la absoluta imparcialidad, transparencia y corrección, con elementos inspiradores de las mismas. ■





Medios de control de la Ley 1437 y diferencias con el concepto de acciones del Decreto 01 de 1984

por: **Olga Mérida Valle de De la Hoz**
Consejera de Estado, Sección Tercera

El Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 184) regula en su título XI, los medios de control de la actividad administrativa – tanto de las entidades públicas como de las personas privadas que ejercen funciones administrativas – a través

de las denominadas acciones contenciosas administrativas, consagradas en los artículos 84 a 88. El legislador de la época quiso equipar el término de acción con las pretensiones que se pretendían hacer valer por vía judicial.

Tal como lo explica el profesor Carlos Betancur Jaramillo en su texto “Derecho Procesal Administrativo”¹, estas acciones se distinguen en dos grupos: “las de impugnación que giran en torno a actos administrativos, como serían las de nulidad, nulidad y restablecimiento, electorales, cartas de naturaleza, las contractuales que versen sobre actos contractuales, etc. etc.; y las de reclamación como serían las de reparación directa, la mayoría de las contractuales, las de desinvestidura, tutela, cumplimiento, repetición, etc”.

La Ley 1437 de 2011 trajo, como una de sus novedades fundamentales, el establecimiento de una única acción contenciosa administrativa con diversas pretensiones dependiendo del medio de control judicial a ejercer.

Con esta reforma legislativa se pretendió la unificación de los procesos contencioso administrativos existentes bajo la vigencia del Decreto 01 de 1984 (CCA), puesto que esta diversidad conllevaba barreras al acceso a la administración de justicia por parte de los ciudadanos, tal como se hizo constar en la exposición de motivos del proyecto de ley presentado ante el Congreso de la República.

En dicho texto se manifestó:

“El proyecto propone cambiar el actual sistema que parte de la existencia de una pluralidad de acciones, por considerar que el derecho a accionar es uno y único, como una de las manifestaciones del Derecho Fundamental de Acceso a la Justicia, de manera que su unificación en un solo esquema procesal evita que se haga nugatorio el acceso a la justicia por equivocaciones, por parte de los usuarios, en la selección del medio de control adecuado para acceder a la Jurisdicción.

Con este propósito, el Título III de la Parte Segunda integra, además de los medios de control que

¹ BETANCUR Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora. Medellín. 2009. Pág. 40.

actualmente se definen en el Código como acciones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, controversias contractuales y nulidad electoral, otro tipo de pretensiones como la nulidad por inconstitucionalidad prevista en el artículo 237 numeral 2 de la Constitución Política; el control inmediato de legalidad conforme al artículo 20 de la Ley 137 de 1994; la repetición de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 678 de 2001; la pérdida de investidura prevista en la Ley 144 de 1994; la protección de intereses y derechos colectivos y la reparación del daño causado a un grupo previstas en la Ley 472 de 1998; y el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o de actos administrativos prevista en la Ley 393 de 1996.

En esencia, aquellas acciones a las que se han dado en calificar como constitucionales porque su nombre fue dado directamente por la Constitución, simplemente se recogen en el capítulo de medios de control, sin modificarlas, bien porque ello implicaría una reforma a la Constitución como ocurre con la pérdida de investidura, donde el término para su trámite y decisión tiene consagración constitucional, ora porque el trámite es común para procesos adelantados por jueces ordinarios y contencioso-administrativos, como sucede con las acciones populares y de grupo”².

Al acogerse la teoría de una “única acción”, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – en adelante CPACA – quiso acoger la doctrina del derecho procesal moderno³ que propende por el carácter unitario e indivisible del derecho de acción. En efecto, para tratadistas como Hernán Fabio López Blanco, “resulta totalmente equivocado insistir en hablar de diferentes clases de acciones, pues

² Gaceta del Congreso 1173 de 2009.

³ SARRIA Olcos, Consuelo. En Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, comentado y Concordado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. pág. 304.

lo que fundamenta esas clasificaciones son las pretensiones y el proceso”⁴.

Así las cosas, el nuevo código abolió la multiplicidad de acciones existentes bajo la vigencia del CCA, para regular una única acción con varias pretensiones para su ejercicio, frente a lo cual es relevante puntualizar la diferencia existente entre ambas figuras jurídicas.

Al respecto, ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado:

“Pues bien, se tiene que respecto al concepto de acción y a su naturaleza jurídica, no ha sido muy pacífico la discusión en la doctrina procesal, pues se ha considerado a la acción entre otros como: i) una reacción a una lesión de un derecho sustancial, ii) una facultad o iii) un derecho subjetivo mediante el cual se puede obtener tutela del estado por sentencia favorable⁵. No obstante, existir esta disparidad en la doctrina, en la actualidad se entiende que es el derecho público subjetivo que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión mediante un proceso⁶.

Por otro lado, se ha entendido a la pretensión como la petición en concreto⁷, esto es, lo que se pide con la demanda. A este respecto la doctrina ha sostenido: “Pero cuando contemplamos la demanda en su entidad propia, aparece inevitablemente la pretensión como el fin concreto que el demandante persigue, es decir, las declaraciones que pretende se hagan en la sentencia; esa pretensión es, por lo tanto, el petitum de la demanda, lo que se pide en ella que sea reconocido o declarado en la

sentencia a favor del demandante”⁸. De su parte, la jurisprudencia de esta Corporación la ha definido:

“La pretensión. Cuando el numeral 2 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo señala como requisito que ha de contener toda demanda que se dirija a esta jurisdicción especializada que se exprese “lo que se demanda”, se está refiriendo claramente a la pretensión, en la misma forma en que lo hace el numeral 5 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil cuando expresa: “lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad”. Valga la pena anotar que en el anteproyecto presentado por el exconsejero Jorge Valencia Arango a la consideración de la Comisión Asesora del gobierno para la redacción de lo que es hoy el Código Contencioso Administrativo adoptado mediante el Decreto Ley número 1° de 1984 se recogía como texto del numeral 2° en comentario, exactamente la misma literatura que utiliza el numeral 5 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil. De manera, pues, que tanto el numeral 2 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo como el 5 del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil aluden a un mismo requisito de la demanda: la pretensión, denominada también “petitum” o petición que es, para volver a la terminología del Código Contencioso Administrativo lo que se demanda”, lo que se le pide al juzgador que declare o decrete en la sentencia”.

(...)

“La pretensión por tanto, responde a la pregunta “¿qué demanda el actor?” y es con base en la respuesta que a tal interrogante se encuentre en el “petitum” de la demanda como el juez debe fallar para no incurrir en una sentencia incongruente”⁹.

En este orden, es claro que existe una distinción entre ambas instituciones procesales, pues de sus

4 LÓPEZ Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil, Tomo I. Ed. Dupre. Bogotá. 2005. Pág. 279.

5 Al respecto ver Echandía, H.D. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Ed. ABC. Bogotá. 1978.

6 López Blanco, Hernán Fabio. Procedimiento Civil. Parte General. Dupre Editores. Bogotá. 2002.

7 Ibidem

8 Echandía, H.D. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Ed. ABC. Bogotá. 1978.

9 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 1989. Exp. 1397. M.P: Antonio José de Irisarri Restrepo.

definiciones se colige que el derecho de acción se traduce en el derecho de solicitar tutela judicial al Estado, mientras que la pretensión es la solicitud en concreto que se formula en ejercicio de este derecho. De manera que, sea jurídicamente posible ejercer el derecho de acción sin tener un derecho subjetivo material que permita que sean estimadas las pretensiones formuladas en la demanda. O en otros términos, como lo expresa el tratadista Hernan Fabio López Blanco: “Acción es derecho a pedir algo, y pretensión es ya ese algo en concreto, especificado; la acción es única, no admite clasificaciones; la pretensión permite multitud de ellas”.

Así, se tiene que al instituir la nueva categorización respecto de los medios de control, el legislador incurrió en una grave contradicción que desconoce estos elementos esenciales de la teoría general del proceso, comoquiera que en el artículo 164 se establece la oportunidad de presentación de la demanda atendiendo al medio de control ejercido, que es lo mismo que señalar el término de caducidad respectivo, y es en este punto donde se configura la incongruencia por cuanto la caducidad no opera respecto de pretensiones sino de las acciones, de manera tal que, si lo que se quería era adoptar un criterio unívoco de acción, debió señalarse igualmente un único término de caducidad, toda vez que de la redacción de la disposición se observa que la modificación igual que en el derecho francés, fue un cambio en la denominación del medio de control y no una mutación sustancial en la concepción de la acción y la relación de ésta con las pretensiones”¹⁰.

Ahora bien, tal como se observó en la exposición de motivos previamente transcrita, el CPACA pretendió igualmente acoger bajo un mismo cuerpo normativo y dentro del concepto unitario de acción, los medios de control de protección constitucional, a saber popular, cumplimiento y grupo, así como otro tipo de procedimientos contencioso administrativos que se encontraban dispersos en el ordenamiento

¹⁰ Auto del 14 de mayo de 2014, Rad. 48.993, MP. Enrique Gil Botero.

jurídicos, como la pérdida de investidura (Ley 144 de 1994), el control inmediato de legalidad (Ley 137 de 1994), la nulidad por inconstitucionalidad (Artículo 237 de la Constitución Política) y la acción de repetición (Ley 678 de 2001).

Así las cosas, la Ley 1437 de 2011 tuvo con finalidad no solo compilar en un único texto todos los medios a los cuales puede acceder el ciudadano para la protección de sus derechos constitucionales y legales frente a la administración pública y para la defensa del ordenamiento jurídico sino que se buscó precaver los recurrentes fallos inhibitorios que se por años se han presentado por indebida escogencia de la acción puesto que al ser la acción unívoca con diversas pretensiones conforme al medio de control que se ejerza, no le es dable al juez abstenerse de decidir por falencias en la denominación del mismo y por el contrario, a la luz del artículo 180¹¹, es su deber sanear el proceso para evitar sentencias inhibitorias.

Aunado a lo anterior, la nueva regulación permite la acumulación de pretensiones de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, contractual y de reparación directa, siempre y cuando sean conexas y concurren los requisitos establecidos en el artículo 165, evitando así procesos paralelos por litios originados en iguales hechos y prejudicialidades.

Sin embargo, la actual codificación mantuvo la diversidad en la regulación de cada medio de control puesto que frente a cada uno estableció su propia definición y alcance, término de caducidad, legitimación en la causa, cuantías, requisitos de procedibilidad y en algunas figuras hasta procedimiento, como son los casos de nulidad por inconstitucionalidad, control inmediato de legalidad de decretos legislativos dictados en estados de excepción y nulidad electoral.

¹¹ “Artículo 189. Audiencia inicial. Vencido el término de traslado de la demanda o de la reconvención según el caso, el Juez o Magistrado Ponente convocará a una audiencia que se sujetará a las siguientes reglas:
(...)

5. Saneamiento: El juez deberá decidir, de oficio o a petición de parte, sobre los vicios que se hayan presentado y adoptará las medidas de saneamiento necesarias para evitar las sentencias inhibitorias”.



La regulación autónoma de cada medio de control conlleva dificultades como la poca probabilidad de acumular pretensiones que no obedezcan al mismo medio, por lo que el legislador al haber logrado dar el gran paso de unificar bajo la misma acción todas las pretensiones contencioso administrativas, debió dar uniformidad a las instituciones jurídicas que rigen este proceso y continuó así sometiendo al administrado a diferentes requisitos técnicos para acceder a la administración de justicia.

Aunado a lo anterior, el hecho de haber vinculado los plazos para presentar de manera oportuna cada medio de control, parece desconocer la teoría clásica procesal, según la cual la caducidad está asociada al derecho de acción.

En cuanto a la regulación específica de cada medio de control, contenida en el Título III del CPACA, vale la pena resaltar algunos de los cambios trascendentales que el legislador introdujo al reglamentar cada pretensión.

En primer lugar, como se explicó anteriormente, se regularon los procedimientos especiales que se encontraban dispersos en diversas normas del ordenamiento jurídico; así, los artículos 135, 136, 142, 143, 144, 145 y 146 desarrollan en su orden las pretensiones de nulidad por inconstitucionalidad, control inmediato de legalidad, repetición, pérdida de investidura, protección de derechos e intereses colectivos, reparación de los perjuicios causados a un grupo y cumplimiento de normas con fuerza material de ley.

Frente a la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad, cabe resaltar que solo pueden ejercerla los ciudadanos y no cualquier persona como sucede con la nulidad simple, restringiendo de esta manera la legitimación en la causa por activa.

La norma también permitió solicitar la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos

del Gobierno Nacional. Al respecto, se pronunció la Corte Constitucional en el sentido de declarar la norma condicionalmente exequible, bajo el entendido que “a la Corte constitucional le corresponde el control constitucional de los actos de carácter general, expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional, con contenido material de ley”¹².

Frente a esta figura, finalmente, cabe recordar que el legislador la dotó de un proceso especial establecido en el artículo 184 del CPACA, del que se destaca el reparto a la sección del Consejo de Estado correspondiente según la materia de que trate el acto demandado, los breves términos para su decisión y la invitación a entidades públicas y privadas y a expertos para que se presenten su concepto acerca de la legalidad de la norma.

En cuanto al artículo 142 – medio de control de repetición – se reguló de forma independiente a la acción de reparación directa y zanjó la principal traba que había hecho esta figura inoperante dada la dificultad de la prueba del pago por parte de la entidad demandante conforme a lo establecido para el efecto por el Código Civil. En efecto, la disposición permite la prueba del pago mediante el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones. Aunado a que estableció como requisito de procedibilidad la realización del pago para así evitar procesos infructuosos y dificultades en el conteo de la caducidad puesto que este término está atado al pago de la condena por la cual se repite.

El artículo 144 reglamenta el medio de control de protección de los derechos e intereses colectivos, no así su procedimiento que se sigue rigiendo por la Ley 446 de 1998 y solo en lo no regulado permite acudir al CPACA y al Código General del Proceso; sin embargo introdujo dos variaciones importantes.

La primera de ella, en torno a la prohibición expresa de anular el acto administrativo o contrato que vulnere o amenace los derechos o intereses colectivos¹³, solucionando así las contradicciones

12 Corte Constitucional, sentencia C-400 de 3 de julio de 2013, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

13 Norma declarada exequible por los cargos analizados mediante

jurisprudenciales respecto a la procedencia de decretar estas nulidad. No obstante, el Código autorizó al juez a adoptar cualquier otra medida necesaria para cesar la vulneración o amenaza del derecho colectivo.

El otro cambio de trascendencia, consiste en la exigencia previa de acudir a la autoridad o particular en ejercicio de funciones administrativas para que adopte las medidas necesarias para la protección del derecho o interés colectivo amenazado o violado. Este requisito puede obviarse en caso de perjuicio irremediable debidamente sustentado en la demanda.

La regulación de la reparación de los perjuicios causados a un grupo (artículo 145) también contempla cambios frente a lo dispuesto por la Ley 472 de 1998, tales como la posibilidad de solicitar la nulidad de un acto administrativo de **carácter particular** – se resalta – cuando el mismo afecte a veinte personas o más, siempre y cuando algún miembro del grupo haya agotado la vía gubernativa, autorización que también había generado amplias controversias al interior del Consejo de Estado¹⁴.

Cabe precisar que el artículo 145 no estableció la posibilidad que los causantes del daño puedan ser un acto administrativo de carácter general o un contrato estatal.

Ahora bien, frente a los medios de control tradicionales (nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, nulidad electoral, reparación directa y controversias contractuales), el legislador realizó ciertas modificaciones que es del caso resaltar.

Frente a la nulidad, mantuvo la posibilidad de ser ejercido por cualquier persona y las causales tradicionales para atacar la validez de los actos administrativos – infracción de las normas en que deberían fundarse, incompetencia, desconocimiento

sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011, MP. Jorge Iván Palacio Palacio. Sobre la nulidad de actos administrativos en acción popular, sentencia del 21 de febrero de 2007, Rad. 2005-0355 (AP).

14 Al respecto providencia del 15 de marzo de 2006, AG-2005-03496, MP. Ruth Stella Correa Palacio, 5 de marzo de 2008, AG-2004-00066, MP. Ramiro Saavedra Becerra y 7 de marzo de 2011, AG-2003-00650, MP. Enrique Gil Botero.

del debido proceso, falsa motivación o desviación de las atribuciones propias de quien lo profirió -, e introduce los eventos en los cuales es procedente la solicitud de nulidad de actos administrativos de contenido particular, haciendo salvedad que si de la demanda se desprende el restablecimiento automático de algún derecho, debe tramitarse el proceso conforme a las reglas de la nulidad y restablecimiento del derecho.

En sentido similar, el artículo 138 al regular la nulidad y restablecimiento del derecho para controvertir, en principio, actos de carácter particular y solicitar en consecuencia el restablecimiento del derecho o la reparación del daño causado; asimismo procede contra actos administrativos generales frente a los cuales se pretenda un restablecimiento o reparación, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo.

La redacción de las norma anteriores recogió la teoría de los móviles y finalidades¹⁵, de amplia evolución jurisprudencial ante el Consejo de Estado desde 1961 y que tuvo como objetivo delimitar el alcance de la acción de nulidad frente a la de nulidad y restablecimiento del derecho.

En cuanto a la nulidad electoral, la norma hizo claridad en que pueden demandarse tanto los actos de elección por voto popular o cuerpos electorales como los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas y los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

La disposición trae como cambio importante, la posibilidad de demandar, junto con el acto que declara la elección, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelven sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios. En la legislación anterior no se permitía demandar los cómputos o escrutinios intermedios aunque el vicio se encontrara en estos.

En cuanto a la reparación directa, la norma comienza con acudir al artículo 90 de la Constitución Política,

¹⁵ Al respecto, ver SARRIA Olcos, Consuelo. En Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, comentado y Concordado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2013. pág. 314.

actualizando así la norma a los lineamientos buscados por el constituyente primario respecto de la responsabilidad del Estado.

La disposición trae los eventos en que el estado debe responder, de forma meramente enunciativa, dejando abierta la posibilidad de reconocer otros eventos de la mano de la evolución jurisprudencial.

El inciso segundo de la norma también prevé que la responsabilidad derivada de daños imputables a quien haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la entidad pública¹⁶, incluyendo así a particulares que ejercen función pública o a contratistas estatales.

Finalmente, es de trascendencia la modificación hecha por el inciso cuarto de la norma, pues contrario a lo estipulado por el artículo 2344 del Código Civil, no consagra la solidaridad en caso de resultar condenada una entidad estatal y un particular sino que impone al juez determinar la proporcionalidad en la cual debe responder cada uno. Sin embargo, el precepto normativo guardó silencio en los procesos donde se demandan a dos o más entidades públicas.

En relación a las controversias contractuales, la nueva codificación trajo como cambio fundamental la remisión a los artículos 137 y 138 (medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho) cuando se pretendan demandar los actos proferidos antes de la celebración del contrato, sin establecer un término de caducidad especial para este tipo de eventos, como sí sucedía en la regulación del artículo 87 del CCA, aunado a que no se hace necesario demandar la nulidad absoluta del contrato si ya se ha celebrado éste. En cuanto al inciso primero acompaña la norma a lo preceptuado en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

De conformidad con lo expuesto, se tiene que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, no solo realizó un cambio sustancial para diferenciar los conceptos de acción y pretensión sino que modificó el contenido de los medios de control para actualizar las normas al sistema constitucional vigente y la evolución jurisprudencial. ■

¹⁶ Norma declarada exequible por los cargos estudiados mediante sentencia C-644 de 31 de agosto de 2011, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.



La oferta de revocatoria

por: **Guillermo Vargas Ayala**
Consejero de Estado, Sección Primera

1. Nuevo marco del CPACA.

La Ley 1437 de 2011 conserva las principales instituciones del Derecho Contencioso Administrativo: Una justicia concebida como una pieza central del Estado de Derecho estatuido por la Constitución que funciona sobre la base de un calculado equilibrio entre derechos y cargas en cabeza de los ciudadanos que hacen uso de ella de naturaleza fundamentalmente **rogada**, a la cual se accede por vías procesales o **medios de control** cuyo régimen jurídico

específico (*legitimación por activa, caducidad, requisitos de procedibilidad, etc.*) está fijado por el legislador con base en el **propósito** perseguido por el demandante (*anulación, reparación o protección de derechos constitucionales*) y por la **fuerza del daño** (*acto administrativo, contrato, hecho, omisión u operación administrativa*).¹

En el anterior contexto encontramos varios cambios significativos en el nuevo Código: En

¹ Conferencia “Unificación de Jurisprudencia” Guillermo Vargas Ayala.

efecto, el esquema de **audiencias**, la **oralidad** y la incorporación de los **medios electrónicos a las notificaciones** que buscan imprimir celeridad al proceso; la **potestad del Juez** de declarar la terminación del **proceso o de una actuación por desistimiento tácito** de la parte responsable cuando ésta no atienda sus cargas procesales; la **Oferta de Revocatoria de los actos administrativos** -figura que es objeto de este análisis- y la terminación procesal por ese medio; el nuevo régimen de **medidas cautelares**, el **precedente** tanto al interior de la jurisdicción como fuera de ella, para lo que se ha establecido su acatamiento como principio básico del funcionamiento de la jurisdicción; el mecanismo especial de **extensión de jurisprudencia** con sus dos fases: administrativa y judicial, y el **recurso extraordinario de unificación** de jurisprudencia y las sentencias de unificación, son las grandes protagonistas del nuevo esquema.

En efecto, habiendo trascurrido más de dos años de vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011, la comunidad jurídica aún no ha detectado y menos decantado con precisión el significado y alcance de la novedosa figura de la **Oferta de Revocatoria**, contenida en el Parágrafo del Artículo 95 del CPACA. Apenas si se inicia el estudio particular de su naturaleza jurídica, de sus alcances, y de sus semejanzas y diferencias con otras construcciones jurídicas similares con el fin de encontrar la verdadera esencia de su contenido. En la práctica, no conocemos un solo caso en que la Oferta de Revocatoria haya sido aplicada en forma alguna.

Esta reflexión pretende entender algunas de sus novedades legales que faciliten su efectiva aplicación.

2. Control administrativo de los actos de la Administración.

La administración se manifiesta especialmente a través de actos, cuya legalidad se presume en aras

de preservar el orden institucional². Sin embargo, como en realidad algunos de esos actos no se ajustan a los preceptos superiores, los ordenamientos constitucional y administrativo prevén mecanismos administrativos y judiciales que permiten enderezar esa situación poniendo a salvo los derechos de los asociados. En efecto, por regla general, por vía administrativa, están consagrados los recursos de reposición ante la autoridad que expidió la decisión y de apelación ante su superior jerárquico o funcional y cuando se rechaza este último, el de queja.³

A la par de lo anterior, la ley ha consagrado la posibilidad de que, en ciertos casos especiales, el interesado pueda acudir ante la autoridad que expidió el acto para solicitar su revocatoria directa.⁴

Hasta aquí, recursos y revocatoria son figuras que operan directamente ante las autoridades administrativas para que estas puedan revisar o reflexionar sobre los reparos formulados a los actos expedidos y de ser el caso, los corrijan parcial o totalmente.⁵

La decisión de la administración al revisar sus actos por la interposición de los recursos, como resulta obvio, no requiere de consentimiento del interesado porque el acto no ha alcanzado firmeza. Pero cuando se trata de revocatoria directa de los actos administrativos de oficio o por solicitud de parte, es necesario obtener el consentimiento previo del titular del derecho y estar en presencia de una de las excepciones previstas en el CPACA en los términos allí señalados.

3. De la revocatoria directa.

3.1. Concepto. La revocatoria directa fue consagrada en el artículo 93 del CPACA⁶ en

² Art. 88 del CPACA.

³ Art. 74 del CPACA.-

⁴ Art. 56 del CPACA.-

⁵ Parte Primera del CPACA "Procedimientos Administrativos".

⁶ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011,

idénticos términos en los que había sido definida en el artículo 69 del C.C.A.⁷, lo que demuestra la intención del legislador de conservar la figura, en el entendido jurisprudencial de que es *la extinción del acto por la misma autoridad que lo profirió, ya sea por motivos de legalidad, por la protección del interés público o social o cuando se cause un agravio injustificado a una persona*.⁸

No obstante esa identidad conceptual, entre una y otra codificación hay ciertas diferencias que radican principalmente en los eventos en los cuales procede la figura con la finalidad de extinguir un acto administrativo por decisión de la autoridad que profirió el acto o por su superior jerárquico.

3.2. Procedencia.

3.2.1. Según sea quien la decrete o solicite. Bien es sabido que la revocatoria puede producirse de oficio o por solicitud de parte. En el primer caso su procedencia se ve condicionada a la naturaleza del acto y a los derechos que surjan con motivo de su expedición, mientras que, en el segundo, la procedencia estará supeditada al uso previo de los recursos administrativos o de vía gubernativa ejercidos por la parte y a las causales invocadas.

3.2.2. Los recursos y la revocatoria, de siempre excluyentes (CCA) a eventualmente consecutivos (CPACA). La revocatoria por solicitud de parte en el C.C.A. procedía siempre que el interesado no hubiese hecho uso de los recursos administrativos. En la nueva codificación, el artículo 94 mantiene esa limitante pero solo para eventos en los cuales se invoque la causal de revocatoria consistente en la manifiesta violación de la Constitución Política o de la Ley, siendo posible solicitar la revocaría directa de un acto administrativo contra

el cual fueron interpuestos los recursos de la vía gubernativa siempre que se invoquen las causales de revocatoria previstas en los numerales “2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él.” o “3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona” del artículo 93.⁹

3.2.3. Que no haya operado la caducidad. Otra de las modificaciones de la figura relativa a su procedencia, tiene que ver con que no haya operado la caducidad para el control judicial del acto, condición de obligatorio cumplimiento, sea que la revocatoria sea solicitada por el interesado o por la entidad autora del acto. Sin embargo no debe perderse de vista que este requisito no aplica en relación con: **a)** Los actos derivados del silencio administrativo toda vez que éstos pueden ser demandados en cualquier tiempo¹⁰, ni tampoco con respecto a **b)** Los actos de contenido general y abstracto.

3.3. Oportunidad. En cuanto la oportunidad para ejercer la prerrogativa en vigencia del C.C.A. la revocatoria podía realizarse en cualquier tiempo aun cuando se acudiera a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, siempre que no se hubiese dictado auto admisorio de la demanda¹¹. Pues bien, dicha oportunidad tuvo una modificación en el CPACA, ya que ahora los actos administrativos podrán ser revocados solo hasta cuando el auto admisorio de la demanda sea notificado.¹²

Cuando la administración revoque el acto antes de que se haya acudido a la jurisdicción, no será menester tramitar una oferta de revocatoria en los términos y condiciones del parágrafo del artículo 95, en tanto que se trata de una actuación autónoma administrativa, anterior al proceso judicial, que por ello no requiere el aval del Juez, como luego se verá.

⁷ Código Contencioso Administrativo. Decreto Ley 01 de 1984.

⁸ En este orden de ideas, se mantiene el concepto que de tiempo atrás ha venido dando la jurisprudencia del Consejo de Estado a la revocatoria directa, y que se desprende del pronunciamiento de la Sala Plena IJ-029. de 16 de julio de 2002. C. P. Ana Margarita Olaya Forero.

⁹ 2..

¹⁰ Literal d) del artículo 164 del C.P.A.C.A.,

¹¹ Artículo 71 CCA.-

¹² Artículo 95 del CPACA



3.4. Consentimiento en la revocación de actos particulares. El artículo 73 del C.C.A. permitía la revocatoria de actos administrativos de contenido particular y concreto siempre y cuando hubiera consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.

Esa regla general tenía las siguientes excepciones:
a) Cuando el acto fuera el resultado del silencio administrativo positivo si se daban las causales para revocar el acto del artículo 69 antes transcritas,
b) Cuando el acto se dirigía a corregir errores aritméticos o de hecho que no afectarían el sentido de la decisión, y c) En los casos de los denominados *actos precarios* de construcción jurisprudencial.

Pues bien, ahora el artículo 97 del C.P.A.C.A. consagra que en todos los casos, sin excepción, es necesario contar con el consentimiento previo, expreso y escrito del titular del derecho, de manera que si se niega a dar su consentimiento la entidad

deberá proceder a demandar el acto, y si estima que el mismo ocurrió por medios fraudulentos, podrá omitir el requisito previo de conciliación extrajudicial y solicitar la suspensión provisional.

3.5. Actos administrativos susceptibles de revocatoria directa. Como quiera que la figura que concentra nuestra atención consiste en revocar un acto administrativo aun cuando su validez se encuentre en discusión en sede judicial, resulta imperioso señalar qué tipo de actos pueden ser revocados, para establecer si la oferta de revocatoria puede darse en procesos en los cuales se demanden actos de contenido general o en aquellos en los que se debata exclusivamente la validez del acto, sin que implique pronunciamiento judicial respecto de derechos subjetivos y económicos.

Apesar de que del artículo 71 del C.C.A., modificado por el artículo 1 de la Ley 809 de 2003, contemplaba expresamente la posibilidad de revocatoria de actos

generales, el CPACA nada dijo sobre el tipo de actos a los cuales les es aplicable la figura. No obstante, aun en vigencia del aludido artículo 71, existía la tendencia generalizada a creer que la revocatoria directa se predica de los actos particulares. Quienes así piensan, sostienen con algo de razón que la figura de la revocatoria reviste importancia en la medida que, por cuenta de sus efectos, pueden verse descartados o por lo menos controvertidos derechos subjetivos que han sido previamente reconocidos por un acto administrativo, de suerte que los debates alrededor de esta institución se circunscriben al consentimiento del particular para que se extinga la decisión administrativa que de alguna manera modifica su situación jurídica. La idea planteada se basa en que la revocatoria directa es útil sólo en cuanto se refiera a actos que alteren una situación jurídica particular y concreta y reconozcan derechos de igual categoría.

Aunque es evidente que el CPACA no precisa contra cuales actos procede la revocatoria directa, nos apartamos de la tendencia de entenderla solo contra actos particulares, como quiera que el concepto que la doctrina y la jurisprudencia han adoptado para explicarla no se opone a los actos que tienen un contenido general o abstracto. Teniendo en cuenta que la revocatoria es la extinción del acto por la misma autoridad que lo profirió, puede producirse independientemente de que los destinatarios de la decisión no se encuentren plenamente identificados ni sean identificables. En efecto, a petición de una persona o de oficio, la autoridad correspondiente podría revocar un acto general por considerar que está incurso en alguna o algunas de las causales de revocación.

Sumado a lo anterior, se tiene que el artículo 97 del CPACA regula lo concerniente a la revocación de actos de carácter particular y concreto, circunstancia que conduce a afirmar que si el legislador dispuso unas reglas especiales para la revocación de este tipo de actos, las generales son aquellas aplicables a la revocatoria de los demás actos.

Lo dicho nos permite hacer otra claridad porque no puede confundirse la revocatoria con la derogación, así se trate de la extinción de un acto administrativo de contenido general y abstracto. Así, habrá revocación siempre que el acto desaparezca del mundo jurídico por ser manifiestamente contrario a la Constitución Política y a la ley, o porque no esté conforme al interés público o social o atenten contra él, o porque con su ejecución se cause un agravio injustificado a una persona y se realice por la misma entidad que expidió la decisión. En otras palabras, se produce la revocación del acto general y no su derogación cuando la extinción obedezca a que se encuentra incurso en las causales de revocación del artículo 93 del CPACA.

En este sentido compartimos plenamente las apreciaciones del profesor Berrocal Guerrero, cuando advierte que “[l]a revocación directa en Colombia procede contra toda clase de acto administrativo: generales y particulares, reglados y discrecionales, etc., bajo el supuesto de que se encuentren incursos en las causales respectivas. Sin embargo, en la práctica, su mayor utilidad se da respecto de los actos particulares, puesto que en relación con los generales existe la derogación, un mecanismo alternativo y más expedito, puesto que por depender de la voluntad de la Administración puede aplicarse a su juicio”¹³.

4. Control jurisdiccional de los actos de la Administración.

Ahora bien si la autoridad insiste en la legalidad del acto, no lo repone o revoca, y en su lugar desestima los argumentos del particular, éste, si considera que el acto administrativo adolece de nulidad, puede solicitarla acudiendo a uno de los medios de control que le brinda la ley para que sea el Juez, quien mediante la fuerza de sus providencias, contenga a la administración expulsando del ordenamiento jurídico los actos viciados de nulidad

¹³ Berrocal Guerrero Luis Enrique, “Manual del Acto Administrativo”, Librería Ediciones del Profesional Ltda., sexta edición, Bogotá, Colombia, 1994, pág. 507.

y eventualmente ordenando la reparación de los daños y perjuicios derivados de la expedición de los actos que resulten anulados¹⁴.

4.1. Culminación de un proceso judicial una vez iniciado. Una vez presentada la demanda, admitida por el Juez y notificada la autoridad de su admisión, la administración pierde competencia para revocar el acto acusado. Con el proceso, por regla general, puede suceder uno de los siguientes eventos, que: **1) Termine normalmente.-** Esto es que continúe su curso ordinario y culmine con una sentencia. O que **2) Termine anormalmente.-** Bien sea, **2.1. Por conciliación judicial**, es decir que las partes, dentro del proceso, busquen una conciliación judicial, lleguen a un acuerdo y que la litis culmine con una providencia aprobatoria de dicho acuerdo. O bien mediante, **2.2 Por oferta aceptada y aprobada de revocatoria de los actos acusados.** Que consiste en que antes de que se profiera la sentencia de segunda instancia, la autoridad demandada, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, formula a la autoridad que expidió el acto acusado una oferta de revocatoria de dichos actos, es decir bajo los presupuestos establecidos en el parágrafo del artículo 95 del CPACA.

No obstante, a partir de la consagración legal de la oferta de revocatoria y gracias a ella, se le permite a la autoridad, de oficio, por solicitud del interesado o del Ministerio Público, recobrar la competencia y revocar el acto, previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad y por supuesto con la aprobación del Juez del conocimiento como adelante se verá.

5. Particularidades de la oferta de revocatoria de los actos administrativos.

Las pocas menciones que hoy se hacen a la oferta de revocatoria la asimilan a la conciliación judicial en el entendido de que en ambas se pone fin al proceso de forma anticipada por el acuerdo al que llegan las

partes bajo el concurso de un tercero calificado. Este panorama nos obliga a hacer algunos interrogantes relacionados con la naturaleza, procedencia y aplicabilidad de la oferta de revocatoria.

5.1. Noción. La **oferta de revocatoria** se encuentra consagrada en Ley 1437 de 2011, Parte Primera, “Procedimiento Administrativo”, Artículo 95 Parágrafo, en los siguientes términos:

“Art. 95 Parágrafo.- No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados.

Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria.”

De lo anterior se desprende que, en aras de promover una terminación anticipada y anormal del proceso y acudiendo a un nuevo mecanismo alternativo de solución de conflictos, el legislador contempló la posibilidad de que antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, la autoridad que expidió el acto demandado lo revoque, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, previa oferta de revocatoria, aprobación del Comité de Conciliación de la entidad o por quien haga sus veces y con la obvia revisión del Juez del conocimiento.

¹⁴ Art.75 y ss del CPACA. (nulidad, nulidad y restablecimiento, etc)

Una vez aceptada por la parte y aprobada por el Juez finalizará el proceso mediante auto que prestará mérito ejecutivo, lo que equivale a decir que el proceso terminará mediante un mecanismo extraordinario y normal, que hace las veces de sentencia de instancia.

5.2. Oferta de revocatoria y conciliación judicial.

Ahora bien, en cuanto su naturaleza, se asemeja a la conciliación judicial teniendo en cuenta que las dos son mecanismos tendientes a resolver un conflicto con la ayuda de un tercero neutral y calificado que en este caso es el Juez.

El legislador no fue del todo innovador en este punto, sin duda se inspiró en la conciliación judicial y en la figura consagrada en el artículo 62 de la ley 23 de 1991 modificado por el artículo 71 de la Ley 446 de 1998, que permite conciliar los efectos económicos de los actos particulares cuando se dé alguna de las causales de revocatoria directa¹⁵.

No obstante las semejanzas y la marcada influencia de la conciliación judicial en la consagración legal de la oferta de revocatoria, en nuestro criterio son dos figuras independientes y autónomas. Las razones para considerar la oferta de revocatoria como una forma anticipada, anormal y extraordinaria de poner fin al proceso distinta a la conciliación judicial, gravitan en los siguientes aspectos:

5.2.1. El legislador definió expresamente la oferta de revocatoria y la conciliación. La regla contenida en el artículo 28 del Código Civil conforme la cual “las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

¹⁵ **Artículo 71.** *Revocatoria directa.* El artículo 62 de la Ley 23 de 1991, quedará así:
“Artículo 62. Cuando medie Acto Administrativo de carácter particular, podrá conciliarse sobre los efectos económicos del mismo si se da alguna de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, evento en el cual, una vez aprobada la conciliación, se entenderá revocado el acto y sustituido por el acuerdo logrado.”

Partiendo de esta regla de interpretación y teniendo en cuenta que la conciliación se encuentra expresamente definida en el artículo 64 de la ley 446 de 1998¹⁶, podemos advertir que el legislador quiso diferenciar uno y otro mecanismo, no de otra manera se entendería que existiendo la conciliación judicial se haya dispuesto una norma posterior y especial que regule la oferta de revocatoria. En este contexto sería incorrecto y contrario al criterio estudiado sostener que el legislador quiso aparejar la conciliación judicial a la oferta del artículo 95 del CPACA, toda vez que sería innecesario hacerlo teniendo en cuenta que aquella figura ya existía y se encontraba plenamente definida y regulada en el ordenamiento jurídico.

5.2.2. La oferta de revocatoria procede en asuntos que no tienen naturaleza ni contenido económico.

El segundo de los aspectos que permite aseverar que se trata de instrumentos distintos tiene que ver con las materias que pueden ser objeto de uno y otro. Según lo consagrado en el artículo 70 de la Ley 446 de 1998, la conciliación judicial puede darse “sobre conflictos de carácter particular y contenido económico de que conozca o pueda conocer la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo a través de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo.”

Como puede apreciarse a simple vista, la ley proscribe la conciliación cuando el medio de control empleado sea el de simple nulidad, ya que en estos procesos no se discuten intereses de contenido particular y económico. Esta exigencia, propia de la conciliación, no puede predicarse de la oferta de revocatoria como quiera que ésta bien puede darse tratándose de un asunto donde se pretende únicamente la declaratoria de nulidad del acto, lo que marca una diferencia trascendental entre los dos instrumentos.

¹⁶ **Artículo 64.** *Definición.* La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

Lo anterior encuentra fundamento en que, se reitera, la revocatoria directa puede darse frente a decisiones administrativas de contenido general y abstracto que no tengan contenido económico y cuya discusión en sede judicial se limite a la protección del ordenamiento jurídico en abstracto.

Además, y en aras de darle un efecto útil a la institución, en los casos en que las probabilidades de que el proceso termine con la declaratoria de nulidad y en todos aquellos eventos en los que la administración estime innecesario continuar con el trámite del proceso, la única figura a la cual podría acudir para ese fin sería esta. Al respecto vale recordar que el medio de control adecuado para pretender exclusivamente que se declare inválido un acto administrativo es el de simple nulidad, el cual, por su naturaleza, es público, indesistible y carente de interés económico, características que lo hacen extraño a la conciliación y a cualquier otra forma anormal, extraordinaria y anticipada de terminación del proceso a excepción de la oferta de revocatoria, cuya aplicación, en estos casos, valga decirlo, se acomodaría a la naturaleza de la acción pública, ya que a través de ella se estaría revocando el acto y así protegiendo el orden jurídico.

5.2.3. Derogación, oferta de revocatoria, e irrevocabilidad. No sobra advertir que en los procesos en que se discutan actos que han sido derogados¹⁷ no podrá ofrecerse la revocatoria de éstos en atención a que ya han perdido su vigencia y por tanto dejado de surtir efectos. Ahora, si además de la validez del acto se discuten en la *litis* el restablecimiento del derecho o la reparación de los daños, podrá intentarse la conciliación judicial respecto de ellos.

¹⁷ Los precedentes judiciales del Consejo de Estado han sido unánimes y pacíficos al precisar que un acto derogado puede ser objeto del control judicial en atención al los efectos que pudo producir durante el tiempo en que rigió. Al respecto puede consultarse las sentencias dictadas por la Sección Primera dentro de los radicados 5023 de 24 de agosto de 2000 C.P. Juan Alberto Polo Figueroa y 7010 de 14 de febrero de 2002. C.P. Olga Inés Navarrete Barrero, entre otras.

Tampoco se trata de una oferta mercantil ni de una oferta civil, como quiera que aquí no se hace un ofrecimiento para celebrar un negocio jurídico entre particulares sino para extinguir un acto administrativo y, si es del caso, restablecer el derecho o reparar los daños causados por su expedición y ejecución.

La oferta se debe entender como irrevocable, una vez sea presentada por el apoderado de la entidad, con poder suficiente y aval del Comité de Conciliación y habrá de dársele curso a la revisión judicial.

5.3. Requisitos y trámite. Los requisitos de la oferta de revocatoria son de dos tipos, los relativos a las exigencias previas y los inherentes al contenido mismo.

5.3.1. Requisitos previos. Dentro de los primeros encontramos la aprobación previa del comité de conciliación siguiendo los parámetros establecidos en la Ley 23 de 1991 en concordancia con sus normas modificatorias y reglamentarias. En este punto es importante poner de relieve que la aprobación del comité es condición necesaria aun cuando se trate de la oferta de revocatoria en aspectos que no contengan un interés particular y económico, ya que la naturaleza de este organismo no se limita a estos asuntos, según se deduce del artículo 16 del Decreto 1716 de 2009, que dispone que la aludida instancia administrativa “*actúa como sede de estudio, análisis y formulación de políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad*”. Así, al tratarse de la renuncia que se hace del derecho de seguir defendiendo la legalidad del acto administrativo cuestionado, se justifica su intervención.

5.3.2. Requisitos inherentes a la oferta. Los requisitos de contenido de la oferta se refieren a la plena identificación del acto o de los actos que se van a revocar y la forma en que se propone restablecer el derecho o reparar los perjuicios causados. En cuanto lo primero surge como un presupuesto



obvio en tanto es imperioso tener perfectamente claro cuál es el acto o los actos a revocar, sin embargo, y en atención a que la norma se refiere a los “actos impugnados”, surge el interrogante de si la oferta puede ser parcial, es decir, estar dirigida a algunos de los actos demandados y a otros no. Nuestra opinión es que ello es posible siempre y cuando las particularidades del caso lo permitan, es decir, cuando la revocatoria de algunos de los actos demandados conlleve el fin de la controversia judicial respecto de estos y se continúe el proceso en relación con los demás.

El restablecimiento del derecho y la forma de reparación de los daños deberán ser consignados en la oferta, por supuesto, el requisito se encuentra dirigido a los procesos donde se pretendan estas reivindicaciones, lo cual exime a aquellos donde sólo se discuta la legalidad del acto acusado.

Cuando se oferte la revocatoria de algunos de los actos demandados y de ello se desprenda el

restablecimiento del derecho o la reparación de los daños causados, se deben expresar las formas y maneras en que ello ocurrirá so pena de que se incumpla con el referido requisito. Un ejemplo podría hacer más gráfica la situación explicada: Se acumulan pretensiones de simple nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho porque en una misma demanda se acusan un acto reglamentario y unos particulares y concretos que fueron proferidos en virtud de aquel.

La administración, entonces, se niega a revocar el acto general en la medida que considera que se encuentra ajustado a la Constitución y la ley, más accede a revocar los de contenido particular toda vez que advierte que al expedirlos se desconoció el derecho de audiencia y de defensa. En este caso la revocatoria es parcial porque sólo se presenta en relación con algunos de los actos impugnados, los de contenido particular y concreto. Para que

se acepte debe estar acompañada de la forma de restablecimiento del derecho, si el Juez la encuentra ajustada al ordenamiento jurídico y es aceptada por el demandante, el proceso se terminará respecto de dichas pretensiones y seguirá en lo atinente a la pretensión de simple nulidad.

Cumplidos los requisitos que se han explicado en líneas anteriores, el Juez entrará a verificar que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, lo que significa que deberá no sólo constatar el cumplimiento de las condiciones previas y propias de la oferta, sino también que exista plena coincidencia entre lo ofrecido y lo aprobado por el comité de conciliación, y que con ello no se lesione o ponga en peligro la legalidad ni el patrimonio público.

Aprobada la propuesta, el Juez ordenará ponerla en conocimiento de la parte demandante para que, dentro del término que éste le señale, manifieste si la acepta. Lo anterior no impide que el actor plantee condiciones o reformas a la oferta, esto es, que solicite que la misma sea modificada en ciertos aspectos puntuales para poder ser aceptada definitivamente. Si ello ocurre, el Juez correrá traslado al demandado para que, previa autorización del Comité de Conciliación, considere si la oferta puede o no ajustarse a lo expuesto por el demandante.

Esta posibilidad, que no se encuentra expresamente consagrada en la norma, tiene justificación desde el punto de vista del mecanismo alternativo de solución de conflictos que comporta la oferta de revocatoria, ya que estos instrumentos buscan, entre otras, (i) hacer efectivo uno de los fines constitucionales como el de la convivencia pacífica; (ii) permiten la participación directa de los interesados en la resolución de sus conflictos; (iii) son otra forma de hacer efectivo el derecho de acceso a la administración de justicia, y (iv) son un buen mecanismo para lograr la descongestión

judicial.¹⁸ En este orden de ideas, la oferta permite la participación de las partes ya que no constituye una simple imposición unilateral que encuentra resguardo en la aprobación judicial, con la participación de ambas partes.

Ahora bien, cosa distinta es que el demandado no se pronuncie sobre la oferta de revocatoria en el término que le ha sido fijado para ello, en esos eventos, el Juez, como director del proceso, podrá requerirlo para que lo haga, poniéndole de presente que de no hacerlo se entenderá que la rechaza.

Aprobada y aceptada la oferta, el Juez proferirá un auto mediante el cual dará por terminado el proceso en el cual dejará constancia de las obligaciones asumidas. Dicho auto, consagra la norma, prestará mérito ejecutivo, lo que significa que su contenido es plenamente vinculante y su incumplimiento acarrea la posibilidad de que el interesado acuda ante el Juez para que sea este, bajo las reglas del proceso ejecutivo, como quien imponga el cumplimiento forzado de las correspondientes obligaciones de dar o hacer.

Como puede verse, es una figura de gran relevancia jurídica que busca garantizar tanto el derecho objetivo como el subjetivo y la eficacia en la administración de justicia.

6. Conclusiones.

La administración se manifiesta especialmente a través de actos, cuya legalidad se presume en aras de preservar el orden institucional Sin embargo, como en realidad algunos de esos actos no se ajustan a los preceptos superiores, los ordenamientos constitucional y administrativo prevén mecanismos administrativos y judiciales que permiten enderezar esa situación poniendo a salvo los derechos de los asociados. En efecto, por regla general, por vía

¹⁸ Corte Constitucional. Expediente D-9317, 17 de abril de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa

administrativa, están consagrados los recursos de reposición ante la autoridad que expidió la decisión y de apelación ante su superior jerárquico o funcional y cuando se rechace este último, el de queja.

A la par de lo anterior, la ley ha consagrado la posibilidad de que, en ciertos casos especiales, el interesado pueda acudir ante la autoridad que expidió el acto para solicitar su revocatoria directa.

Hasta aquí, recursos y revocatoria son figuras que operan directamente ante las autoridades administrativas para que estas puedan revisar o reflexionar sobre los reparos formulados a los actos expedidos y, de ser el caso, los corrijan parcial o totalmente.

Sobre estas bases emerge la oferta de revocatoria como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en el que concurren el sometimiento de la administración a la legalidad y el anhelo de una pronta y cumplida justicia. En cuanto lo primero, el hecho de que la autoridad emisora de la decisión administrativa la extinga y restablezca los derechos o repare los daños causados con esta porque es manifiestamente contraria a la Constitución o la ley, o porque desconoce el interés público o social o atente contra él, o porque causa un agravio injustificado a un tercero, garantiza la protección tanto del ordenamiento jurídico en abstracto como de los derechos subjetivos de los afectados.

En relación con lo segundo, la terminación anormal, anticipada y extraordinaria del proceso que se presenta por la oferta de revocatoria, permite descongestionar la justicia y asegurar de otra forma el acceso a la administración de justicia.

Ahora bien, para lograr la aplicación adecuada de la figura y conseguir los fines propuestos, se hace imperativo tener claras las siguientes premisas:

- Si bien la administración pierde competencia para revocar directamente los actos que ella misma

ha proferido cuando estos han sido demandados y en el correspondiente proceso se notifica el auto admisorio de la demanda, la reasume en virtud de la oferta de revocatoria, siempre que esta sea avalada por el Juez del caso y aceptada por la parte demandante.

- La revocatoria directa, como mecanismo de control administrativo de las autoridades que cumplen funciones administrativas, procede contra cualquier tipo de actos administrativos siempre que en ellos concurra una de las causales contenidas en el artículo 93 del CPACA.

- La oferta de revocatoria no puede ser confundida con la conciliación judicial, toda vez que el legislador quiso crear una figura autónoma, además, porque gracias a esta figura es posible lograr la terminación anticipada del proceso en asuntos donde se debata únicamente la validez del acto administrativo, sin que ello ponga en riesgo el objeto del medio de control objetivo y popular.

- La oferta puede ser parcial y objeto de condicionamientos por parte del demandante, como quiera que ello es consecuente con su naturaleza de mecanismo alternativo de solución de conflictos.

- Las obligaciones asumidas como consecuencia de la oferta de revocatoria son vinculantes, de manera tal que podrá incluso buscar su ejecución forzada ya sea que las obligaciones impuestas sean de dar o hacer.

Habrà que esperar las vicisitudes que broten de su aplicación, entretanto, basta con la intención decidida de todos: jueces, autoridades, litigantes y personas en general, para hacer de ella un instrumento protagonista en el derecho administrativo contemporáneo. ■



Procesos judiciales y medio ambiente

La protección del Río Bogotá pasa por una renovación institucional y un repensar la estrategia común de saneamiento de esa cuenca en su integridad

por: **Marco Antonio Velilla**
Consejero de Estado, Sección Primera

La importancia de la actividad judicial en la protección del medio ambiente ha obligado a los jueces a incursionar en un campo complejo que va más allá de la mera interpretación de la ley, y en el cual la elaboración de las decisiones se debe articular a partir de una construcción colectiva y participativa, apoyada en la arquitectura de lo interdisciplinario,

pues es en la interrelación entre los diferentes saberes y en la coordinación interinstitucional donde se pueden generar cambios que garanticen el futuro de la vida en el planeta.

Esta fue la perspectiva con la cual se abordó el análisis de la acción popular interpuesta para la protección del Río Bogotá y de ello da cuenta el presente trabajo.

1. Introducción

Es evidente que vivimos inmersos en un momento histórico caracterizado por un preocupante declive de los recursos ecológicos. Ello supone, por un lado, el sentir generalizado de escasez de estos recursos, y por el otro, el que se requiera con un alto sentido de urgencia, el congregar esfuerzos decisivos y constantes para su renovación y preservación, so pena de alcanzar extremos tan previsibles en la era actual, como el deterioro del agua, el aire y la tierra a niveles que comprometan la vida en el planeta.

Sin embargo, ello no es tarea sencilla cuando de sacrificar el desarrollo científico, tecnológico, agrario, urbanístico, entre otros, se trata. Es entonces menester, invitar a las ciencias integrantes de las diversas disciplinas a encarar la problemática desde otra perspectiva en la que, claramente, el medio ambiente en su concepción original ecológica trasciende a los ámbitos de la vida ciudadana, al punto en que hoy se hable de este como un patrimonio o bien colectivo que incluye componentes como el paisaje, la salubridad, la biodiversidad, etc., en el marco del mundo moderno.

El medio ambiente involucra, entonces, ecología, naturaleza, calidad de vida, marco de vida, patrimonio, entre muchos otros elementos que condicionan la vida del hombre, y en esta última se busca destacar lo cualitativo más que lo cuantitativo y el que lo ambiental no se refiere solamente a la naturaleza, sino también al hombre en sus relaciones sociales.

Así, por ejemplo, el marco de vida es sinónimo de medio ambiente en sentido arquitectónico y urbanístico, comprendiendo la naturaleza, los espacios verdes y el medio ambiente social o zona de contacto entre los espacios construidos y el medio ambiente natural o artificial. El patrimonio, por su parte, incluye un elemento moral y jurídico para la conservación del ambiente e introduce la idea de legado o herencia generacional donde los

bienes o espacios deben ser objeto de atención, tanto del particular que es propietario jurídico, pero sobre todo de la colectividad.

Desde esa perspectiva, con la Constitución de 1991 y el desarrollo de las acciones constitucionales, el Juez ha empezado a asumir un nuevo rol, como lo expresa Néstor Cafferatta¹, pues la naturaleza del litigio ambiental², por envolver una variable axiológica, obliga al Juez a salir de su papel pasivo y a asumir la responsabilidad por el fortalecimiento de la relación entre el derecho y la vida.

Añade Cafferatta que en los procesos ambientales el juez es un “director inmediato y no distante que maneja poderes-deberes de uso inaplazable, que busca la verdad jurídica y que en temas de especial connotación social, no sólo aguarda la puntual satisfacción de las cargas probatorias dinámicas y de colaboración real de los interesados, sino que, además, llega a comportarse como cabal investigador, si bien lo que él obtenga a través de ese rol deberá ser puesto bilateralmente a disposición, observación y control de las partes”.

Así lo resalta también Zenildo Bodnar³ al precisar que el poder judicial desempeña un papel cada vez más relevante en la concretización del derecho a un medio ambiente sano, papel que debe ser desempeñado por sus integrantes con idealismo, creatividad, responsabilidad social y una hermenéutica propia de las herramientas legales y procedimentales existentes.

Por otra parte, el juez adquiere un nuevo papel, el de docente, por lo que sus decisiones deben incluir, además de la solución a la controversia, una

1 Cafferatta Nestor, “El Rol del Juez “Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. PNUMA Jurisprudencia ambiental; Selección y análisis de casos relevantes en América Latina. Serie Documentos sobre Derecho Ambiental. Documento 16.

2 14 Baur, Fritz, “O papel ativo do juiz”, *Revista de Processo*, N° 27, julio-sept. 1982.

3 Bodnar Zenildo “O Poder Judiciário e a Tutela do Meio Ambiente” Busca Legis.ccj.ufsc.br <http://www.egov.ufsc.br/portal/buscalegis>

enseñanza conducente a promover la educación ecológica y a concientizar al público respecto de la preservación del medio ambiente⁴.

El juez debe entonces estar en capacidad de comprender la complejidad, pluricausalidad y multidimensionalidad de los problemas ambientales⁵, para adoptar un papel activo que, como lo advierte Cafferatta, implica desarrollar, dentro de un marco lógico, una tutela que permita una actuación a la vez preventiva, continua, eficaz, enérgica, anticipatoria, temprana, dinámica, rápida, flexible, vigorosa, colaboradora, y mitigadora en aquellos aspectos en que la acción de la naturaleza y, en especial, la actividad antropocéntrica, han puesto en riesgo los ecosistemas, cuyo valor para la preservación del agua como un derecho humano y del equilibrio ecológico que la sustenta, son indiscutibles.

Es por ello que en la providencia que resuelve la acción popular encaminada al saneamiento del Río Bogotá⁶, que se presenta aquí porque permite observar la complejidad de la tarea del juez ambiental, se ha adoptado un enfoque interdisciplinario, sistémico e interinstitucional para abordar la recuperación y conservación del hidrosistema fluvial de la Cuenca del Río Bogotá de una manera integral.

De esta manera se procede a realizar una síntesis de la problemática que debió contemplar el Consejo de Estado, el diagnóstico del problema referido principalmente a (i) la inexistencia de una política única en relación con la recuperación del Río Bogotá; (ii) la existencia de una dispersión de recursos y esfuerzos en materia de información,

planeación, gestión, coordinación interinstitucional de proyectos y recursos tecnológicos financieros y humanos, cuya armonización es necesaria en virtud de a) la superposición de actores contaminadores, autoridades y competencias; b) la poca integración interinstitucional y la fragilidad de la policía ambiental; (iii) el incumplimiento de la normativa ambiental en las diferentes problemáticas que se presentan en las cuencas alta, media y baja, así como en el conjunto de la Cuenca por la alteración grave del sistema y la pérdida de biodiversidad.

Adicionalmente, esta síntesis abordará las fórmulas acordadas para una solución integral a la problemática ambiental, que permita aprehender la complejidad del funcionamiento, recuperación y mantenimiento de la Cuenca del Río Bogotá.

Dicha solución integral comprende (i) la articulación interinstitucional e integración de instrumentos de gestión, planeación y observación; (ii) la integración de instrumentos financieros, así como técnicos y de monitoreo comunes para la operación regular y circunstancias extraordinarias del río; y (iii) la implementación de proyectos comunes y específicos según las competencias constitucionales y legales de los diferentes actores involucrados.

Finalmente, se especifica la forma de implementar la solución, que incluye una autoridad de Cuenca conformada en principio por un Consejo Estratégico de Cuenca, el cual se convertirá en una Gerencia Estratégica de Cuenca mediante proyecto de Ley que deberá presentar el Ministerio de Medio Ambiente. Dicha autoridad es la llamada a coordinar los diferentes aspectos relacionados con la complejidad ambiental de la Cuenca del Río Bogotá, y esta orientada a (i) una gestión integrada del mencionado hidrosistema que permita la unidad de manejo de los recursos hídricos y la articulación con los instrumentos de ordenamiento territorial, así como (ii) un mejoramiento continuo y sostenible de la calidad de vida de los habitantes.

4 Nalini José Renato “Magistratura e Meio Ambiente” disponible en <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista2/artigo7.htm>

5 Passos de Freitas Vladimir “El Poder Judicial y el Derecho Ambiental en Brasil” www.ibrajus.org.br

6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente: 25000-23-27-000-2001-0479-01. Acción Popular Río Bogotá. Magistrado Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. ACTOR Gustavo Moya Ángel y otros

2. Problema planteado.

- A. Uno de los sistemas hídricos más contaminados del mundo y que acusa un grave deterioro ecológico y daño a su ecosistema.
- B. Un sistema hídrico con problemas diferentes en los subsistemas de las Cuencas Alta, Media y Baja con escasos recursos para una solución.
- C. Un serio problema de ordenamiento territorial y uso del suelo en el Departamento y los municipios con los cuales existe una influencia recíproca el río.
- D. Ausencia de voluntad política del Estado en lo relacionado específicamente con la Nación para poner en marcha una política pública ambiental.

3. Diagnóstico del problema.

3.1 No existe una política única en relación con la recuperación del río Bogotá. El Sistema Nacional Ambiental no funciona como tal, así que no coordina ni ejerce ningún liderazgo con respecto a los desafíos que presenta la Cuenca del Río Bogotá. La diversidad de modalidades de intervención sobre la Cuenca (esquemas de transferencia, cooperación o división de responsabilidades), acompañada de la emergencia de nuevos actores, es traducida por un entrecruzamiento creciente de las competencias y estructuras que ha complejizado la gestión del agua y reduce la visibilidad de su lectura, al momento de tomar las decisiones adecuadas y establecer responsabilidades.

La elaboración de esa política pública común debe superar tres grandes problemas: El primero porque se trata de someter las relaciones interinstitucionales a una repartición, inadecuada e imposible de las competencias de una manera estricta e intangible. El segundo porque se carece de una masa crítica financiera suficiente que ningún nivel pueda alcanzar por él solo donde se requieren grandes inversiones. El tercero es evitar las contradicciones

entre los diferentes niveles de los entes nacionales, regionales, distritales y municipales a partir del principio de corresponsabilidad.

En términos generales, la política aplicable a la Cuenca del Río Bogotá está en una amplia medida determinada por sus finalidades reguladoras. La normatividad que se establezca para los usos del agua aparece menos conciliadora de sus intereses que reguladora de éstos y reductora de los conflictos que podrían nacer de estas divergencias de interés.

Llegamos progresivamente a una regla del derecho cada vez más concertada, resultado de una visión colectiva de la gestión del agua. La gestión equilibrada de la Cuenca del Río Bogotá debe permitir satisfacer o conciliar todos los usos del agua y del suelo, a la luz del interés general de la misma como Ecosistema. En su implementación el derecho del agua se coloca en una lógica de arbitraje que invita a los usuarios a aceptar el restringirse a sí mismos, antes de que vengan las medidas drásticas de la sentencia y de las autoridades que las imponen, de suspensión o cierre de actividades.

El trabajo interinstitucional enriquece la técnica de regulación. En situaciones de crisis como la del Río Bogotá, la regulación constituye una técnica muy expedita para abordar situaciones complejas, y como en el dominio del agua y del uso del suelo, diferentes niveles de actores, con intereses a veces encontrados, y de normas que se entrelazan con la advertencia además que existen múltiples centros de poder y de decisión. También se requiere conciliar las diferentes tonalidades, a partir de las cuales se abordan fenómenos como los del Sistema Hídrico del Río Bogotá, donde se hace necesario vía regulación, organizar jurídicamente las relaciones entre los actores, de manera tal que se permita garantizar la cohesión de la acción pública.

La regulación encontrará *el modus vivendi* entre los siguientes enfoques y sensibilidades que se predicen en esta polifonía fluvial, a saber. El primer enfoque observa los ríos bajo el ángulo de

la propiedad como un espacio de responsabilidad de la gestión. El segundo considera el río como un componente del territorio a la vez en su dimensión cultural, paisajista y recreativa. El tercero reduce el río a un recurso y a un espacio de producción.

La cuarta expresión, finalmente, privilegia la dimensión medioambiental de los ríos al señalar que es un medio y un espacio natural que favorece la biodiversidad.

El proceso implica: Concertación, información, conciliación, negociación. La finalidad de estas diferentes gestiones sigue siendo obtener una regulación óptima. De hecho, “la regulación es el ajuste, conforme a alguna regla o norma, de una pluralidad de movimientos o de actos y de sus efectos o producciones que su diversidad o su sucesión los muestran, en principio, extraños unos de otros”. La regulación se apoya en el derecho comparado del agua sobre dos técnicas que son la concertación y la contractualización.

La regulación en el derecho del agua, y en general, se ha denominado “la nueva mariposa de la normatividad” (Y. Gaudemet: *La concurrence des modes et de niveaux de regulation*⁷). La regulación es una nueva fuente de producción del derecho, al menos del derecho en red.

De allí, “la regla se debe imponer, no por la fuerza ejecutorial, sino por su virtud convincente”. El respeto de la norma, se impone “porque el derecho es una opinión que inspira, por su credibilidad, la adhesión”. La limitación deja lugar a la regulación a través de la concertación. Pasamos progresivamente, como lo había mostrado M. Tismit, de la reglamentación a la regulación. El

profesor Chevallier⁸ evoca el pasaje “de un derecho general y estable a un derecho flexible y blando, un derecho unitario a un derecho pluralista, de un derecho impuesto a un derecho negociado”. Esta práctica anuncia la aparición “de una concepción muy diferente en derecho, marcada por el retroceso en el uso de los elementos limitantes de obligatoriedad y unilateralidad.

Los mandamientos jurídicos tradicionales tienden a dejar su lugar a técnicas más flexibles, que provienen de un direccionamiento jurídico no autoritario de las conductas. Si existe la norma, esta no tiene más un carácter imperativo donde su aplicación no depende solo de la sumisión, sino de la adhesión de los destinatarios”. El derecho es negociado y la restricción concertada. La regulación favorece de esta manera la legitimación de las decisiones. En efecto, “el destinatario de la regla, se expresa en este tema tanto en el momento de la concepción como en el de la aplicación, lo que le quita a ésta, la rigidez que le es tradicionalmente endilgada”. Siempre, según el profesor Chevallier, “este movimiento tendiente a la producción de un derecho negociado reúne el fenómeno del pluralismo a partir del momento en donde culmina en una transferencia de competencias normativas”. Esta descripción corresponde en particular, a la evolución del derecho del agua.

3.2. Existe una dispersión de recursos y esfuerzos en materia de: Información, planeación, gestión, coordinación interinstitucional de proyectos, y recursos tecnológicos, financieros, humanos. Esto hace necesario que sea el Consejo Estratégico de Cuenca (posterior Gerencia Estratégica de Cuenca una vez se apruebe el proyecto de ley), la que presente un proyecto, fije y organice los términos y modalidades de una acción común. Así se tratará la problemática de la Cuenca del Río Bogotá de una manera sistémica y, de manera tal, que se ajuste

⁷ GAUDEMET Yves ; ZILLER Jacques ; CAFAGGI Fabrizio ; BARBOU DES PLACES Ségolène; THATCHER Mark « La concurrence des modes et des niveaux de régulation » in *Revue française d'administration publique, REVUE FRANCAISE AP N° 109 (2004)*

⁸ CHEVALLIER Jacques – «Loi et contrat dans l'action publique» Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17 (Dossier : Loi et contrat) - mars 2005 Disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil-cahier-n-17/loi-et-contrat-dans-l-action-publique.51957.html>



a una política ambiental única y definida, lo que coloca en operación efectiva al Sistema Nacional Ambiental.

3.2.1. *Superposición de Actores contaminadores, autoridades y competencias:* La diversidad de los intereses que están en juego, la complejidad de una organización que comporta niveles centrales, descentralizados y desconcentrados, estructuras a cargo de ciertas responsabilidades, pero a su vez privadas de medios propios para ejecutarlas, hacen ineficiente la normatividad jurídica debido a su poca capacidad de adaptarse las normas que convergen a los diferentes contextos.

La planeación de los niveles nacional, regional, distrital y municipal en el Consejo Estratégico de Cuenca (posterior Gerencia Estratégica de Cuenca), con el apoyo de los Consejos de la Cuenca Alta, Media y Baja, permite la producción de un documento que enmarca y orienta la política

de transformación positiva del Río. Esta forma de elaboración permite participar en las primeras fases del proceso de planeación a aquellos a quienes se destina. Este comité de sabios, compuesto esencialmente de “no juristas”, participa en la creación jurídica. Esta instancia constituye un cuadro privilegiado de intercambio y de negociación entre los diferentes actores comprometidos en la gestión del agua. La producción de esta “norma” planificadora, es así confiada a profesionales del agua poseedores de un “saber” que se presume refuerza su legitimidad y su pertinencia.

“Estos individuos pueden proveerse de una legitimidad “reconocida” socialmente y políticamente, bien sea porque han sido designados por un grupo de usuarios o una institución (representantes de colectividades territoriales, servidores del Estado o de las colectividades, organizaciones profesionales o sindicales, asociaciones de protección del medio ambiente),

o bien sea porque han sido “cooptados” en estas instancias por el hecho de una competencia probada en la materia. En otros términos, el marco institucional actual debe permitir la expresión de los portavoces de grupos de interés y de las instituciones en causa en favor de una estrategia común de solución de un problema mayúsculo que incumbe a todos.

Los Consejos de la Cuenca Alta, Media y Baja trabajan con el Consejo Estratégico de Cuenca (posterior Gerencia Estratégica de Cuenca), un proceso territorial de definición del interés general, que substituye la imposición de objetivos y de programas de acción por el centro”. La regulación aparece como un modo de dirección de conductas humanas. La regulación es una finalidad de la concertación, es igual para la contratación.

3.2.2. La integración interinstitucional es muy leve y la Policía Ambiental muy frágil.

- a. La coordinación entre los niveles nacional, regional, distrital y municipal es aún precaria.
- b. Pocos Convenios Generales Interinstitucionales.
- c. Limitación de recursos para inspecciones, visitas y monitoreo.
- d. Escasez de investigaciones por vertimientos y sanciones ambientales ejemplarizantes.

“La negociación parece convertirse en un modelo dominante de regulación de las relaciones sociales”. El contrato aparece como un instrumento operacional de gestión concertada para el saneamiento de los ríos.

Las diferentes leyes sobre el agua han substituido “a la administración tradicional que operaba a través de reglamentación y de medidas unilaterales por una administración más negociada, más aceptada por los intereses y no más por medio de simples intercambios de puntos de vista y de trabajo en común, sino de verdaderos acuerdos”. No por la noción de obligaciones que se pueden generar entre las partes contratantes, sino porque ellas suponen una concertación de los intervinientes y la reunión de un consenso.

Esta parece ser una fórmula adaptada a las nuevas necesidades. Se trata con estas instituciones de asegurar en ciertos campos juzgados sensibles, un arbitraje imparcial y una visión pluralista. Las exigencias que de ellos emanan, se traducen en las condiciones de designación de los miembros de las autoridades administrativas independientes, la colegialidad que les caracteriza, las garantías de las cuales ellas disponen. Entre los poderes ejercidos “se encuentran atributos clásicos de autoridades administrativas: opinión, proposición, acuerdo, sanción, a veces nominación e incluso reglamentación. Pero más allá de estas modalidades de intervención, su rol se define por la noción de regulación que implica una autoridad moral reconocida, una determinada flexibilidad en las formas de decisión, un apoyo también sobre la opinión. Las autoridades administrativas independientes contribuyen útilmente a la definición de un derecho adaptado a estos nuevos campos.

La noción de “patrimonio común de la nación”, constituye un estándar de protección del agua, la reglamentación mostró sus límites frente a la diversidad y a la complejidad de las situaciones. Solo la instauración de una autoridad de regulación está en capacidad de poder responder eficazmente a los desafíos de una gestión equilibrada del agua y de los hidrosistemas fluviales.

Esta autonomía reunida con la experticia técnica particular presume dar una legitimidad a su acción. Sobre el plano orgánico, la regulación implica la asociación de varios tipos de intervinientes (usuarios, representantes de la comunidad, Estado), entre los cuales la articulación no es ni natural ni espontánea y cuyo ajuste depende de la puesta en marcha de un regulador que coordine acciones inicialmente extrañas las unas de las otras. Este regulador ocupa una posición de articulación, una especie de interface, entre varias estructuras en donde se trata de conciliar las lógicas de funcionamiento.

La concertación sub-utiliza el método empleado en estas instancias cuyo objetivo consiste en encontrar un *modus vivendi*. La regulación procura, así, asegurar el correcto funcionamiento de un conjunto considerado como complejo. Formalmente, la regulación consiste en la generalización de procedimientos de concertación previos y de participación de intereses en la toma de decisiones que son testigo, si no de una voluntad de consenso, al menos de una búsqueda sistemática de la adhesión de los actores del agua en el proceso normativo.

3.3. *El incumplimiento de la normatividad ambiental.*

3.3.1. *En la Cuenca Alta.* Curtimbres de Villapinzón y Chocontá; cultivos de papa que alteran los ecosistemas de Páramo y de Bosques en el nacimiento del Río Bogotá; seria contaminación causada por la agroindustria y la actividad minera; presión sobre aguas subterráneas generadas en cultivos de flores; alta contaminación con patógenos, ausencia de oxígeno disuelto.

3.3.2. *En la cuenca Media.* Demanda de agua muy alta y caudales disponibles muy pocos; seria contaminación causada por la agroindustria y la actividad minera; problemas adicionales de sedimentación producida por la explotación de las canteras; problemas generados por la urbanización; contaminación causada por curtimbres en la localidad de San Benito; alta contaminación con patógenos, ausencia total de oxígeno disuelto, basuras flotantes, grasas y olores.

3.3.3. *En la Cuenca Baja.* Contaminación causada por la agroindustria, explotación industrial y agraria; contaminación por explotación de la industria ganadera; escasez del recurso hídrico; vertimientos almacenamiento de aguas negras en el Embalse del Muña; malos olores y notorio deterioro de la calidad de vida de la comunidad; deterioro paisajístico por ausencia de caudal ecológico en el Salto del Tequendama.

3.3.4. *En toda la Cuenca. Alteración grave del sistema y pérdida de biodiversidad.* Vertimientos ilegales en todas las tres cuencas y contaminación por aguas residuales domésticas; inexistencia de la zona de alinderación de la zona de retiro en todo el Río; ineficiencia de las plantas de tratamiento; estratificación inadecuada para los predios, lo que estimula la desidia en la descontaminación.

3.4. *Solución integral.*

3.4.1. *Articulación interinstitucional e integración de instrumentos de gestión, planeación y observación.*

3.4.1.1. *Creación provisional del consejo estratégico de cuenca, que se convertirá en una gerencia estratégica de cuenca* mediante proyecto de Ley que deberá presentar el Ministerio de Medio Ambiente. Se ordena la articulación en cabeza de la CAR con todos los proyectos de adecuación hidráulica y recuperación ambiental del Río Bogotá con el Plan de Gestión Ambiental 2008-2038 de la Secretaría Distrital de Ambiente, el Plan Departamental de Aguas PDA de la Gobernación de Cundinamarca, las Evaluaciones del Agua ERA del IDEAM y los demás instrumentos normativos para la gestión integral de la Cuenca Hidrográfica. “El derecho del agua nace de la comunidad del agua”.

3.4.1.2. *Refuerzo del instrumento de planeación existente.* Se ordena a la CAR actualizar en forma inmediata el POMCA (Plan de Ordenación y Manejo de la Cuenca del Río Bogotá) y hacer la articulación con los instrumentos de planeación existentes. Además se le ordena que asesore al Distrito Capital y a los entes territoriales aferentes del Río Bogotá, en el actual proceso de modificación de los POTS, PBOT y EOT, así como en su articulación con el POMCA. Ya la CAR tiene a su cargo el Fondo de Inversiones para la Adecuación del Río Bogotá –FIAB- creado por el Acuerdo No. 28 de 2005 y modificado por el Acuerdo No. 15 de 19 de Junio de 2007, cuyas inversiones deben estar contempladas en el POMCA.



3.4.1.3. Refuerzo del sistema de toma de decisiones a partir de un observatorio común del río. Se ordena al Consejo Estratégico de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá (mientras se crea la Gerencia Estratégica de la Cuenca), la consolidación de un Observatorio Regional Ambiental y de Desarrollo Sostenible del Río Bogotá –OBARBO- como instrumento común para lograr la dirección y gestión integral con base en una visión común de la Cuenca. Ya existía el Observatorio Distrital de Bogotá.

3.4.1.4. Se Declara que el ejecutor de la estrategia y estrategias será definido por el Consejo Estratégico de Cuenca, mientras se crea la Gerencia Estratégica de Cuenca por ley.

3.4.1.5. Se ordena al Ministerio de Medio Ambiente que coordine y lidere la implementación del Consejo Estratégico de Cuenca y haga su secretaria técnica; hasta tanto se cree la Gerencia Estratégica

de Cuenca, mediante el proyecto de Ley que el mismo Ministerio deberá estar presentando en el término de seis meses al Congreso.

3.4.2. Integración de instrumentos financieros, así como técnicos y de monitoreo comunes para la operación regular y en circunstancias extraordinarias del río.

3.4.2.1 Refuerzo y coordinación de los instrumentos financieros existentes. Se ordena al Consejo Estratégico de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá (posteriormente Gerencia Integral de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá) que constituya temporalmente el Fondo Común de Cofinanciamiento –FOCOF- hasta tanto se expida la correspondiente ley de creación. (Integración de los Recursos destinados al Río: **FIAP + FOCOF**)

3.4.2.2. Refuerzo y coordinación de los sistemas de información y monitoreo existentes. articulación técnica integral. Se ordena al Consejo Estratégico de

la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá desarrollar e implementar el Sistema Regional de Información Ambiental para la Gestión Integral de la Cuenca Hídrica del Río Bogotá –SIGICA RÍO BOGOTÁ– que permita el registro, almacenamiento, validación, modelación, monitoreo, control, evaluación y divulgación de toda la información relacionada con la cuenca hidrográfica del Río Bogotá.

3.4.2.3. Implementación de proyectos comunes y específicos, según sus competencias constitucionales y legales.

4. Implementación general de la solución.

La decisión se encuentra orientada a:

- La Gestión Integral de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá. Unidad de manejo de los Recursos del Sistema Hídrico, y articulación con los instrumentos de ordenamiento territorial.
- Mejoramiento continuo y sostenible de la calidad de vida de sus habitantes.

5. Implementación específica de la solución.

El Estado debe detentar el poder de gestión sobre las aguas de su territorio, siempre con un objetivo primordial de defensa del interés general. Por esta razón en la legislación en los diferentes países, o el denominado derecho del agua, se observa en forma histórica una tendencia a extender las prerrogativas y los poderes de las autoridades ambientales. Esta tendencia se fortalece en el derecho ambiental con la intervención de la reglamentación y de la regulación.

La reglamentación de las intervenciones públicas tiene en el Ministerio de Medio Ambiente su principal coordinador. En efecto, este despacho tiene en teoría la obligación de orientar la coordinación intergubernamental y por ende las acciones del Estado en favor de la preservación y conservación de los sistemas hídricos existentes. Su papel debería ser celebrar y promover todas las convenciones

con los entes territoriales y establecimientos públicos del Estado que sean necesarias, para lo cual debería adelantar una planeación de los empréstitos internacionales y nacionales de corto, mediano y largo plazo, con objetivos definidos en cada sistema hídrico que asegure las inversiones y la sostenibilidad de los ecosistemas en causa. Por otra parte, debería tener un papel mucho más activo en el impulso de la planeación en materia del agua y los ecosistemas, a partir de una verdadera política integral para la gestión del recurso, apoyado en los objetivos constitucionales y legales. En períodos de crisis debe estar continuamente informando de las medidas emprendidas a todos los entes y establecimientos públicos del Sistema Nacional Ambiental en el marco de la zona de alerta, o en caso de incidente o accidente, para que exista una reacción adecuada y oportuna al daño causado y a la neutralización de sus causas.

En el caso del Río Bogotá, la participación del Ministerio de Ambiente tiene que trascender las declaraciones de buena voluntad del Gobierno para constituirse en el principal apoyo de la Corporación Autónoma Regional, de la Secretaria Ambiental del Distrito Capital, y de los entes territoriales aferentes al Río Bogotá. Esta aproximación está aún muy lejos de materializarse en forma efectiva, y se hace necesaria una política de salvación de la cuenca que mejore la visibilidad y la eficacia de la acción de la administración nacional.

El Sistema Nacional Ambiental apunta a suplir esa finalidad y posee los suficientes instrumentos constitucionales y legales, por lo que se debe dar la voluntad política común que se ha apreciado en las cerca de cincuenta reuniones que el despacho sostuvo con dicha institucionalidad. El tratamiento uniforme de los servicios de la denominada Policía Ambiental implica la cooperación entre entes y organizaciones que integran dicho sistema.

Estas reflexiones iniciadas deben consolidar un proceso desapasionado de concertación e intercambio de experiencias que se prolongue en el tiempo y que tenga como resultado el reforzamiento

institucional (profundizar sus propias identidades), para afirmar la solidaridad (interinstitucional) y lograr el fin último que se propone la sentencia como es la Gestión Integral de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá, a partir de la Unidad de manejo de los Recursos del Sistema Hídrico por el Consejo Estratégico de Cuenca (que legalmente se convertirá en la Gerencia Estratégica de Cuenca), así como la articulación con los instrumentos de ordenamiento territorial (POMCA, POTS, PBOT, ETOB), lo que redundará en el mejoramiento continuo y sostenible de la calidad de vida de todos los habitantes de la cuenca y de sus descendientes.

Esta instancia de concertación interinstitucional ejecutará las estrategias, programas, proyectos y, en general, todas las acciones que sean priorizadas por sus integrantes institucionales en el seno del Consejo, hasta tanto se constituya legalmente la Gerencia Estratégica de cuenca, para la recuperación integral del Río Bogotá y su sostenibilidad. Dicha concertación propenderá por la correcta administración del recurso hídrico y del territorio, el desarrollo económico y social, sanitario, cultural y científico, así como a la protección de los ecosistemas y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la Cuenca. El CECH será apoyado por los Consejos de Cuenca Alta, Media y Baja que aportarán la información disponible y participarán en las fases previas a la elaboración y declaratoria del Plan de Manejo y Ordenación de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá-POMCA-.

La Gerencia Estratégica de Cuenca constituye el lugar de síntesis para concebir la ejecución conjunta de proyectos que se realizará en forma plurianual, de acuerdo con los términos estimados por la propia Gerencia de Cuenca (previamente Consejo Estratégico de Cuenca) en el Plan de Manejo y Ordenación de la Cuenca Hidrográfica del Río Bogotá-POMCA-, donde se consagran, entre otras, las inversiones y las medidas a adoptar. Dicho plan efectuará una priorización de las necesidades y una selección de las acciones a realizar, según los recursos disponibles en cada institución que la conforma, además de los apropiados por el Gobierno Nacional con el mismo fin.

Para lograr tales cometidos hay que reforzar, a su vez los programas de vigilancia integral de la Cuenca al reunir todas las ópticas parciales e institucionales en el Observatorio Regional Ambiental y de Desarrollo Sostenible del Río Bogotá –ORARBO- y un Sistema Regional de Información Ambiental – SIGICA RÍO BOGOTA- que permita tomar las decisiones más importantes desde la perspectiva interinstitucional interdisciplinaria que correspondan a los subsistemas que constituye cada Cuenca, así como al Sistema Hídrico Integral, asociado a la planeación territorial que se propone.

El Fondo de Inversiones para la Adecuación del Río Bogotá –FIAB-, creado mediante Acuerdo 28 de 2005 y modificado por el Acuerdo 15 del 19 de junio de 2007, será reforzado con la constitución y posterior creación del Fondo Común de Cofinanciamiento –FOCOF-, lo que constituirá el instrumento financiero para apalancar los programas, las acciones, así como la intervención técnica integral y regular sobre la Cuenca del Río Bogotá.

La solución incluye además los requerimientos de infraestructura que contemplan los aspectos relacionados con (i) el tratamiento secundario con Desinfección de Salitre y (ii) la Construcción de la PTAR CANOAS. Todo ello va unido a una serie de actividades vinculadas necesariamente al proceso de recuperación del Río que incluyen (iii) la recolección de Vertimientos industriales, domésticos y agrícolas, a través de sistemas distritales y municipales de acueducto y alcantarillado, y (iv) la conectividad con todos los interceptores construidos y tratamiento a través de las dos plantas, así como de las plantas de tratamiento municipales.

Como anexos a este artículo puede consultar el siguiente link, con el fin de tener acceso a los cuadros que ilustran los componentes del saneamiento del Río Bogotá al igual que la estrategia sistémica y la integración de esfuerzos institucionales planteada en la providencia: (https://drive.google.com/file/d/OB_w1flvNDwTbRk95QTIQY3p3RGM/edit?usp=sharing). ■



El principio de moralidad en el ejercicio de la función administrativa - electoral

por: **Alberto Yepes Barreiro**
Consejero de Estado, Sección Quinta

Relegar jurisprudencialmente a una situación de invisibilización aquel debate teórico que se ha dado durante años en torno a la vinculación que existe o no entre el derecho y la moral, ciertamente sería vendar nuestros ojos a una realidad que evidencia la necesidad del estudio y regulación vinculante del tema, con el fin de darle sentido y alcance a

las diversas disposiciones normativas existentes en el concierto vinculante de la cláusula del Estado Social de Derecho. En ese marco, este artículo aborda el estudio del principio de la moralidad como eje rector que ha de guiar el ejercicio de la función administrativa en general y electoral en particular, transitando por las concepciones que sobre el particular han expuesto autores como

Hegel, Kant, Hart, Austin, Alexy, Dworking, etc, interrelacionando sus teorías dentro de nuestro sistema normativo, en *pro* de un entendimiento pertinente y ajustado a nuestra Carta Política acercándonos al deber implícito que tiene todo servidor del Estado, en ejercicio de la función pública, para ejercerla con Dignidad, conforme a los principios que el Constituyente previó para el ejercicio de sus funciones consagrados en el Art. 209 Constitucional. En esa medida, se pretende demostrar cómo la moralidad funge como uno de esos principios axiales que antepone el interés general sobre los intereses particulares del funcionario, pero que además propende por la igualdad de trato y la imposibilidad absoluta de instrumentalización de las instituciones –justicia, legislación, elección o administración- en beneficio propio y naturalmente de la utilización del ser humano como medio para obtener cualesquiera propósito. En ese orden de ideas, se hace hincapié en la consecuencia nefasta de la vulneración de este y, de contera, los demás principios constitucionales, que no puede ser otra que la creación de un caldo de cultivo que indefectiblemente propicia la deslegitimación de las instituciones y de la democracia misma, situación que evidentemente no necesita Colombia en épocas de paz.

Palabras claves: principio de moralidad, función administrativa – electoral, recorrido teórico, igualdad de trato, dignidad, interés general.

El principio de moralidad en el ejercicio de la función electoral.

Uno de los problemas principales de la función administrativa y en especial de la que se ha denominado función administrativa electoral, es aquel que refiere al difícil concepto y entendimiento de la moralidad pública, especialmente cuando esta atañe al empoderamiento que, en ejercicio de la función electoral, ha sido otorgado a las Altas Cortes. La pregunta esencial la podemos expresar de la siguiente manera: ¿Qué significa “la moralidad”,

erigida en el artículo 209 de la Constitución¹ como uno de los principios que guían el ejercicio de la función administrativa?

Antes de abordar este interrogante es menester evidenciar que ciertamente, la relación entre moral y derecho ha sido un tema clásico de la filosofía del derecho, a partir del cual se diferencian las distintas escuelas que tratan de explicar el origen y fundamento de lo que así se ha dado en denominar. Las distintas escuelas iusfilosóficas, como es sabido, divergen en sus posturas, entre ellas: el positivismo defiende la separación o independencia entre el derecho y la moral, o el antipositivismo, que defiende la existencia de una relación necesaria entre el derecho y la moral.

En Colombia, para responder la pregunta sobre el alcance del artículo 209 de la Carta, no es indispensable tomar partido en este histórico debate teórico, pues resulta de perogrullo, el Constituyente de 1991 tomó partido al decidir elevar la moralidad, entre otros criterios, como el principio constitucional axial que fundamenta, entre otros, el desarrollo y ejercicio de las actuaciones administrativas, dentro de ella si se quiere, las de naturaleza netamente electoral.

La incorporación de la moralidad –por ejemplo bajo la forma de derechos, principios o deberes fundamentales– en los textos constitucionales, huelga decirlo, es un extendido fenómeno en el mundo luego de la Segunda Guerra Mundial y de la execrable experiencia del nazismo. Tanto así que, para algunos, el clásico debate entre iusnaturalismo y positivismo se habría disuelto o superado en lo que hoy en día se conoce como positivismo “incluyente” o “inclusivo”, en la formulación de Jules Coleman (2001).

¹ Artículo 209 de la Constitución: “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.”

En esa medida, lo que antes se planteaba como un problema ontológico o metafísico, entre el derecho promulgado por los seres humanos y una realidad moral superior que dotaría de validez o legitimidad al derecho positivo, ha pasado a convertirse en un problema de cómo interpretar la moralidad incorporada en y por el derecho positivo, que es precisamente lo que ocurre en Colombia.

Ahora bien, una vez abordada la pregunta abstracta sobre la relación derecho – moral, resulta imperativo, jurídicamente hablando, llenar de contenido el alcance normativo y vinculante del artículo 209 de la Constitución, puesto que este incluye “*la moralidad*”, junto a la igualdad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, como principios cardinales que enhebran o conducen el ejercicio de la función administrativa. Tal aclaración es importante porque nos ahorra interminables debates sobre la naturaleza y el concepto del derecho, pues huelga manifestar que incluso una postura positivista no podría negar el valor normativo reconocido al concepto de “*moralidad*” contenida en la Constitución, como disposición axial del derecho público colombiano. La pregunta ha responder entonces será: ¿Cómo debemos interpretar el concepto abierto e indeterminado de “*la moralidad*”, incluido entre los principios rectores de la función administrativa, de forma que no se coarten la discrecionalidad necesaria al ejercicio razonable de la función pública?

Para absolver el interrogante lo primero sea descartar interpretaciones inaceptables para el ámbito jurídico. Es decir, aquellas que evaden o imposibilitan una respuesta al interrogante. Estas incluyen el *escepticismo valorativo*, para el cual no sería posible precisar el concepto de “*moralidad*” sin incurrir en arbitrariedad y en el recorte ilegítimo de las competencias de la administración, v. gr., la facultad de elegir en forma directa a magistrados para ocupar un alto cargo administrativo en la rama judicial del Estado.

Según este orden de cosas, para el escepticismo valorativo la moralidad sería un término vacío pese a adoptarse por el derecho positivo, puesto que su contenido sólo podría determinarse mediante valoraciones subjetivas de los intérpretes. Bajo este enfoque, las proposiciones morales –hacer u omitir x es “bueno” o “malo”– carecen de verdad o falsedad, no son objetivas, sino que obedecen a las convicciones, valoraciones o emociones individuales de los sujetos, por lo que no podrían pretender validez o aceptación general.

Esta interpretación no es admisible por varias razones: 1) evade el desafío de determinar el sentido de un concepto abierto o indeterminado, ejercicio con el cual se ven confrontados los intérpretes del derecho todo el tiempo en su práctica profesional; 2) vacía parcialmente el contenido normativo del artículo constitucional; 3) traiciona la intención del Constituyente consistente en regular la actividad administrativa, según principios, fines y valores que dotan de legitimidad al Estado; 4) iguala las proposiciones morales a expresiones de deseo, querer o emoción, desconociendo las diferencias lingüísticas y prácticas entre unas y otras: no hacemos lo mismo al decir “*es bueno el helado de fresa y malo el de vainilla*” que cuando decimos que “*ser comprensivo es bueno y malo ser cruel*”, puesto que los juicios de gusto y los juicios morales no están a un mismo nivel ni tienen las mismas implicaciones prácticas en la vida colectiva.

Una segunda interpretación inadecuada del término “*moralidad*” contenido en el artículo 209 de la Constitución se asocia a una atractiva e influyente corriente de pensamiento, identificada con el *no cognitivismo ético*. Al igual que el escepticismo valorativo, el no cognitivismo ético no tendría mucha importancia si no fuera por su gran poder de convicción. Dos autores se destacan aquí: Georg Moore y Ludwig Wittgenstein.

Según el primero, lo que distingue el uso del término “bueno” en sentido moral es que algo, una acción o alguien es moralmente bueno sí y sólo sí

ello vale atendidas todas las cosas, o sea, en sentido absoluto, no meramente en sentido relativo, como cuando decimos “*este auto es un ‘buen’ auto*” o “*esta cuchara es una ‘buena’ cuchara*”. Una acción sería buena en sentido moral solo si fuera incondicionalmente buena, para todos y en todos los casos.

Lo anterior lleva a Wittgenstein a negar la posibilidad de conocer que algo es (moralmente) “bueno” atendidas todas las cosas en el mundo. El uso del término “bueno” en sentido moral carecería así de sentido, ya que no podemos adoptar una perspectiva “fuera del mundo” desde la cual apreciar, cual si se tratara del ojo de Dios, cuando algo o alguien son buenos sin excepción o en sentido absoluto. El término bueno sólo tendría significado usado en sentido relativo².

Pese a todo lo anterior, es importante anotar que cuando el constituyente incorpora “*la moralidad*” como uno de los fundamentos del desarrollo de la actividad administrativa (quizás para combatir lo que consideraba prácticas inmorales extendidas), las dudas por la imposibilidad de conocer el contenido de la moralidad se desvanecen. Esto porque qué entendamos por “*moralidad*” dependerá ya no del uso incondicionado o absoluto del término bueno, sino de normas convencionales intersubjetivamente acordadas por la comunidad de intérpretes y agentes autorizados para aplicar el ordenamiento jurídico (ver infra “*moralidad como calificativo de la acción intencional*”).

Una tercera interpretación desencaminada del concepto de moralidad, contenida en el texto constitucional, es aquella que confunde “*la moralidad*” con una determinada *moralidad positiva*. Una cosa es que el constituyente haya querido positivizar (constitucionalizar) la moralidad en relación con el derecho público y darle carácter de principio fundante que guía el desarrollo de la función administrativa; otro asunto diferente es que

haya querido llenar de contenido sustantivo dicho concepto.

La moralidad a la que hace referencia el artículo 209 constitucional, siendo la nuestra una Constitución no confesional, sólo puede ser una moralidad crítica, esto es, una moral que puede justificarse “dentro de los límites de la mera razón” (en el decir de Kant, 1981³), sin incluir contenidos morales positivos en particular.

La moralidad crítica es formal, no sustantiva. Impone parámetros que cualquier persona racional y razonable⁴ podría aceptar por el mero hecho de concebirse como ser humano con sentido de la justicia, no por el hecho de pertenecer a una comunidad particular y compartir los valores, creencias, hábitos o costumbres de la colectividad. Muchos intentos, unos más afortunados que otros, han buscado precisar la moralidad en sentido formal. Aquí cabe mencionar dos de gran importancia.

3 Si bien Kant habla de la “religión” dentro de los límites de la mera razón, lo afirmado por él para la religión con pretensión universal vale para la moralidad. Dice Kant: “La Moral, en cuanto que está fundada sobre el concepto de hombre como un ser libre que por el hecho mismo de ser libre se liga él mismo por su Razón a leyes incondicionadas, no necesita ni de la idea de otro ser por encima del hombre para conocer el deber propio, ni de otro motivo impulsor que la ley misma para observarlo. (...) –Así pues, la Moral por causa de ella misma (tanto objetivamente, por lo que toca al querer, como subjetivamente, por lo que toca al poder) no necesita en modo alguno de la Religión, sino que se basa a sí misma en virtud de la Razón Pura Práctica.– En efecto, puesto que sus leyes obligan por la mera forma de la legalidad universal de las máximas que han de tomarse según ella –como condición suprema (incondicionada de ella misma) de todos los fines–, la Moral no necesita de ningún fundamento material de determinación del libre albedrío, esto es: de ningún fin, ni para reconocer qué es debido, ni para empujar a que ese deber se cumpla; sino que puede y debe, cuando se trata del deber, hacer abstracción de todos los fines. Así, por ejemplo, para saber si yo debo (o también si puedo) ser veraz ante la justicia en mi testimonio o ser leal en caso de que me sea pedido un bien ajeno confiado a mí, no es necesaria la búsqueda de un fin que yo pudiese tal vez conseguir con mi declaración, pues es igual que sea de un tipo o de otro; antes bien aquel que, siéndole pedida legítimamente su declaración, aún encuentra necesario buscar algún fin, es ya en eso un indigno.” (Kant 1981: 19-20)

4 Rawls, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996. P. 81-82.

2 Wittgenstein, L., *Conferencia sobre ética*, 2ª Ed., Paidós, Barcelona, 1990. P. 37.



Foto: El Espectador

Un primer acercamiento a la moralidad “sin compromisos sustantivos” es el ofrecido por Kant al formular el imperativo categórico: “obra sólo según la máxima que puedas querer al mismo tiempo se convierta en una ley universal”⁵ La virtud de tal formulación radica en que, sin adoptar contenido específico alguno, establece sin embargo un criterio crítico útil para excluir toda actuación contraria a la moralidad universal.

La búsqueda de una moralidad basada en la autoridad de la razón, no ya en la autoridad tradicional (del rey o la divinidad como en la antigüedad), permite asociar la moralidad crítica con una sociedad de personas libres e iguales. En esa dirección Kant asocia la moralidad con la igual consideración y respeto de todos los seres humanos, concebidos como verdaderos “sujetos de derechos”, no ya como súbditos de quien detenta el poder.

⁵ Kant, I., La fundamentación de la metafísica de las costumbres, Ariel, Barcelona, 1999. P. 173.

La segunda formulación del imperativo categórico reza entonces: “obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio”⁶. El reconocimiento de las personas como sujetos de derechos impide su sacrificio en el altar de la utilidad o del bienestar general. Ese es precisamente el valor de la dignidad humana en Kant: la persona es un fin en sí mismo y debe ser tratada como tal.

Un segundo intento de precisar el sentido de la moralidad a partir de un fundamento universalista, pero respetuoso de las diferencias sustantivas sobre el bien y el mal se encuentra en la filosofía moral (también denominada “ética”) de Ernst Tugendhat. Este autor defiende la moralidad universal a partir del enfoque kantiano, pero enriquecido mediante la filosofía analítica de la acción y la investigación sobre el papel de las emociones en la conducta.

⁶ Ibid. P. 189.

Según Tugendhat, toda la moral puede sintetizarse en un sólo enunciado: “¡No instrumentalices a nadie!”⁷. Esta concepción universalista de la moralidad supera al contractualismo ético, entre otras razones, porque en ella no se entienden las reglas de manera instrumental. No condicionamos el respeto al otro a que el otro nos respete a su vez. Lo determinante no es lo que me es útil, sino el respeto de los demás, vistos como iguales, lo que impide tratarlos como simples medios para lograr fines particulares.

En ese sentido, no trato a los demás de la manera que quiero me traten a mí, o dejo de tratarlos de la manera que no quiero que me traten (regla de oro), sino que los trato de la manera que debo tratarlos en cuanto me someto a la ley universal de igual consideración y respeto de cada quien. Es esta perspectiva kantiana la que inspira a la más influyente teoría de la justicia del siglo XX (Rawls 1995) y que fundamenta la Constitución de 1991 en materia de igualdad real y efectiva a partir del respeto a la autonomía individual.

En el derecho se ha intentado igualmente conciliar la moralidad (como principio formal y universal) y el derecho, con mayor o menor fortuna.

Para Lon Fuller, profesor de Harvard a mediados del siglo pasado, la moralidad del derecho consiste en un conjunto de reglas morales procedimentales, ínsitas en la noción de derecho, sin las cuales no sería posible el derecho, a saber: Para ser derecho, las reglas deben ser generales, promulgadas, no retroactivas, claras, no contradictorias, realizables, estables y congruentes en su aplicación⁸. La ausencia absoluta de alguna de estas ocho características de las reglas no resulta simplemente en un sistema legal ineficiente, sino en algo que no puede ser llamado propiamente un sistema jurídico.

⁷ Tugendhat, E., *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997. P. 80-81.

⁸ Fuller, L., *The morality of law*, Yale University Press, New Haven and Yale, 1964. P. 39.

Incluso el influyente teórico del derecho H.L.A. Hart, pese a defender la separación entre derecho y moral, sostiene que el derecho sería impensable sin incluir un contenido mínimo de moralidad: “Así, algo hay en la noción de que el derecho consiste en reglas generales que nos impide tratar de él como si fuera un tema moralmente neutral, sin ninguna conexión necesaria con los principios morales. La justicia procesal natural está, en consecuencia, constituida por los principios de objetividad e imparcialidad en la administración de justicia, que verifican precisamente este aspecto del derecho y que se hallan destinados a asegurar que se apliquen las normas solamente a los supuestos específicos en ellos contemplados o que, al menos, se minimicen los riesgos de desigualdad en tal sentido.”⁹.

La famosa fórmula de Radbruch, según la cual “la ley extremadamente injusta no es derecho”, refleja igualmente la dependencia del derecho de la moralidad. Influenciado por Hans Kelsen, Gustav Radbruch –filósofo del derecho y ex ministro de justicia en la República de Weimar– sostiene que en materia de valores prima el pluralismo y la subjetividad, no siendo posible condicionar la validez del derecho a visiones o concepciones axiológicas de la vida o el mundo.

No obstante su *no cognitivismo valorativo* (por ser los juicios valorativos algo subjetivo), Radbruch considera que, por el contrario, sí es posible conocer cuándo una decisión política pretendidamente válida es *manifiestamente* injusta¹⁰, por contradecir ella los más evidentes principios de la razón universal (leyes retroactivas, leyes raciales, etc.). Tan influyente ha sido la “fórmula de Radbruch” que tribunales penales alemanes han condenado a altos dirigentes políticos de la antigua Alemania Oriental por las muertes en el Muro de Berlín, por

⁹ Hart, H.L.A., “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral,” en: Dworkin, R. (ed.), *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980. P. 73.

¹⁰ Radbruch, G., “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal,” en: idem, *El hombre en el derecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980. P. 134-135.

considerar extremadamente injustas las normas legales que autorizaban disparar contra las personas en fuga.

Inspirado en la filosofía del lenguaje de J. L. Austin, por una parte, y por la filosofía neokantiana de Gustav Radbruch, Robert Alexy ha venido defendiendo la tesis de la existencia de una relación necesaria entre derecho y moral. Para el teórico de los derechos fundamentales, prueba de dicha relación sería que no puede ser derecho lo que no eleva siquiera una *pretensión de corrección* o lo que, habiéndola elevado, no hace nada para satisfacerla.

Los ejemplos de Alexy, que buscan demostrar la existencia de la relación necesaria entre derecho y moral, remiten a una contradicción performativa del tipo expuesto por Austin en *cómo hacer cosas con palabras*: Dice alguien: “*El gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo*”. La contradicción consistiría en que quien afirma ver al gato sobre el tapete, no puede al mismo tiempo negarlo diciendo que no cree lo que ve, sin incurrir con ello en una contradicción entre lo que afirma (x) y lo que luego hace (decir que x es el caso).

Se trata de una verdadera contradicción entre lo dicho y lo hecho, ya que el acto de afirmar algo lleva implícita la pretensión de verdad de lo afirmado, la cual no puede ser desechada luego diciendo que no se cree sin incurrir en contradicción.

Alexy adopta la misma estrategia de justificación de Austin al ofrecer dos ejemplos que mostrarían la *relación conceptual* inescindible entre el derecho y la moral. Se pregunta qué tipo de defecto exhiben las siguientes afirmaciones: a) Reza el artículo 1 de una Constitución: “*X es una república soberana, federal e injusta*”¹¹; b) Un juez pronuncia el siguiente fallo: “*Se condena al acusado en virtud de una interpretación errónea del derecho vigente, a cadena perpetua*”¹².

11 Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005. P. 37.

12 Ibid. P. 41.

La respuesta de Alexy es que se trata de un defecto conceptual que priva de validez jurídica a las normas conceptualmente defectuosas. Se incurre en una contradicción performativa al decir que se expide una constitución para una república “*injusta*”, porque con el acto de expedir una constitución se eleva una pretensión de corrección, la cual no puede después ser negada, sin incurrir en un error conceptual que invalida el acto mismo, desnudándolo como arbitrario. Lo mismo vale para la sentencia judicial dictada con autoridad por un juez que, pese a decir hacer justicia, desconoce los principios básicos de la misma como es basar la decisión en una interpretación que no considere incorrecta.

En conclusión, bajo esta tesis, la incorporación del principio de moralidad como criterio constitucional que condiciona y guía el ejercicio de la función administrativa enfatiza el vínculo entre moralidad y derecho que, de no observarse, puede llevar a la pérdida de validez del acto o decisión que no eleva siquiera una pretensión de corrección o que elevándolo no hace nada para cumplirlo.

Pero quizás la concepción que más difusión e influencia ha tenido en los últimos cuarenta años en relación con el derecho y la moral es la iniciada a fines de los sesenta por Ronald Dworkin. Mucho de lo discutido y debatido por el filósofo del derecho americano carece, en el presente caso, de importancia, ya que ha sido el propio constituyente colombiano quien ha introducido la moralidad en el derecho positivo (constitucional y administrativo) en calidad de principio fundamental. Por ello, el debate metafísico u ontológico sobre la verdad de las proposiciones morales puede ser reemplazado por el debate interpretativo sobre el sentido y el alcance del término “*moralidad*” en el artículo 209 de la Constitución.

La tesis de la continuidad entre derecho, política y moral está en el centro del planteamiento de Dworkin (2012). Pero la política y la moral que interesan al autor como elementos necesarios del

derecho no deben confundirse con la militancia partisana en una organización política o religiosa. Así, sólo la mejor teoría política o moral disponible en el foro de la razón pública¹³ tiene la capacidad de justificar racionalmente las decisiones públicas. Esto porque la tarea del aplicador del derecho no es sacar adelante sus intereses o convicciones personales, sino hacer del derecho el mejor derecho que puede ser entendido como un todo coherente e integral.

Esta exigencia finalista, deontológica, que reposa sobre los hombros de los intérpretes del derecho de contribuir a engrandecer la empresa colectiva de la que todos somos destinatarios y, por lo tanto, únicos responsables, se erige sobre el principio axiomático –también positivizado en diversos artículos constitucionales, como los artículos 1, 2, 4 o 13 de la Constitución– de igual consideración y respeto de cada persona en el diseño y en el funcionamiento de las instituciones públicas.

La influencia de Kant y Rawls aquí es ciertamente innegable. Consecuencia directa de este enfoque es el ejercicio del poder, en especial por los servidores públicos, bajo la premisa de que las personas tienen derechos y el Estado debe estar al servicio de su realización en condiciones de igualdad, evitando las ventajas o desventajas injustificadas.

Lo anterior exige el examen de todas las normas pertinentes en cada caso, así como de los casos fallados en el pasado (precedentes), de forma que en la solución se respete el principio axiomático de igual consideración y respeto, que la persona sea tratada como un fin en sí mismo y no meramente como un medio, según lo ordenado por el principio de moralidad.

Otra consecuencia adicional de la concepción del derecho como integridad¹⁴ es que el derecho positivo no se reduce a un conjunto de *reglas* reconocibles

13 Rawls, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996. P. 247 ss.

14 Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988. P. 132 ss.

mediante fuentes sociales compartidas (regla de reconocimiento de Hart), sino que en la práctica también incluye *principios*, como bien lo enseña la descripción de lo que hacen la administración y los jueces del derecho en cada caso.

La inclusión de principios al lado de las reglas en el mejor entendimiento del derecho (incluso reconocido por Hart en el *Postscript*) conduce finalmente a una limitación de la discrecionalidad de las autoridades públicas¹⁵. Esto porque el ejercicio de las competencias administrativas no debe obedecer al uso de prerrogativas estatales, sino al ejercicio de la función pública al servicio de los intereses generales y del adecuado cumplimiento de los fines del Estado (artículo 209 de la Constitución).

Desde la perspectiva coherentista del derecho como integridad, el principio de moralidad hace de la actividad administrativa-electoral, una actividad ajena y contraria a la arbitrariedad, pues si bien se trata de un acto de los denominados discrecionales, su ejercicio tendrá los límites “naturales” de los principios que guían su ejercicio, y que deben propender a la realización de los fines de la norma. Una actuación provechosa para intereses particulares, desigual, omisiva, insuficiente o defectuosa respecto a la persecución de los fines del Estado puede derivar en la violación de los principios constitucionales cuando la autoridad no satisface las exigencias mínimas (prohibición de insuficiente actuación o *Untermassverbot*) emanadas del orden jurídico en el ejercicio de las competencias constitucionales o legales.

El anterior recorrido teórico permite precisar el sentido del principio de moralidad a que hace referencia el artículo 209 constitucional. La moralidad como cualidad de la acción intencional del servidor público debe ser observada de forma que al ejercer la competencia administrativa (para cambiar un estado de cosas X en un estado de cosas Y) se cumpla con los fines del Estado, entre ellos

15 Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984. P. 130-134.

el de garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución, en condiciones de igualdad y sin favorecer injustificadamente a unos en desventaja de los otros, instrumentalizándolos (artículos 2, 13 y 209 de la Constitución), cierta y efectivamente.

Así, por ejemplo, el ejercicio de la función electoral por parte de las Altas Cortes debe respetar naturalmente, entre otros, los principios de moralidad, igualdad e imparcialidad consagrados en el artículo 209 de la Constitución, su irrespeto es lo que precisamente, abundan las críticas con relación al otorgamiento de esta función a los órganos jurisdiccionales.

Ello supone entonces cuidar que en la escogencia del medio para satisfacer dicho fin no se desconozca el igual valor de cada posible candidato como un fin en sí mismo, no meramente como un medio para fines de otros.

Así, por ejemplo, los principios de moralidad e igualdad, exigen que en la provisión de las vacantes en la cúpula de la administración judicial y en otras elecciones para altos cargos del Estado, no se margine a las personas que puedan estar calificadas para acceder al desempeño de la función pública, pero que no cuentan con la ventaja de haber sido miembros de la corporación cuyos miembros son los electores. Igualmente exige no anteponer al interés general del Estado, los intereses particulares, compromisos, gratitud o temores emanados de vínculos profesionales o funcionales, generados en la provisión de cargos públicos, hecho por los candidatos en cabeza del mismo elector o sus familiares.

En conclusión, la moralidad como principio constitucional es un concepto abstracto e indeterminado, pero no por ello carente de valor normativo y vinculatoriedad. La dignidad del ser humano y sus instituciones tienen un significado profundo dentro del concepto de moralidad; dicho elementalmente, son fines y no medios

para satisfacer fines torticeros y por consiguiente, la moralidad es una máxima dentro del Estado Social de Derecho que no puede ser mínimamente desatendida por los servidores públicos, sin consecuencias visibles.¹⁶ ■

Bibliografía

- Alexy, R., *La institucionalización de la justicia*, Comares, Granada, 2005.
- Coleman, J., *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 2001.
- Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- Dworkin, R., *La justicia con toga*. MarcialPons, Madrid, 2007.
- Fuller, L., *The morality of law*, Yale University Press, New Haven and Yale, 1964.
- Hart, H.L.A., “El positivismo y la independencia entre el derecho y la moral,” en: Dworkin, R. (ed.), *La filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980: 35-74.
- Kant, I., *La religión dentro de los límites de la mera razón*, Alianza, Madrid, 1981.
- Kant, I., *La fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Ariel, Barcelona, 1999.
- Kelsen, H., *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 2001.
- Radbruch, G., “Arbitrariedad legal y derecho suprallegal,” en: ídem, *El hombre en el derecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980: 127-141.
- Rawls, J., *Una teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- Rawls, J., *El liberalismo político*, Crítica, Barcelona, 1996.
- Tugendhat, E., *Lecciones de ética*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- Wittgenstein, L., *Conferencia sobre ética*, 2ª Ed., Paidós, Barcelona 1990.

¹⁶ El presente artículo tiene origen en la aclaración de voto presentada por el suscrito autor dentro del proceso Exp. 110001-0328-000-2013-0006-00, Acumulado (2013-0007-00). C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.



Comentarios sobre los recursos ordinarios contra providencias judiciales en la Ley 1437 de 2011

por: **Carlos Alberto Zambrano Barrera**
Consejero de Estado, Sección Tercera

1. Delimitación del tema:

En el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante el nuevo código, CPACA o Ley 1437 de 2011, simplemente), el tema de los recursos ordinarios que proceden contra las providencias que se dictan

a lo largo de los procesos que se ventilan ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo quedó regulado, principalmente, en el capítulo XII del título V de su parte segunda.

Revisados en forma desprevénida los artículos que integran dicho capítulo, las primeras sensaciones que quedan son: i) que es poco lo nuevo que surge

de ellos, en comparación con el derogado, pero aún aplicable Código Contencioso Administrativo (CCA) y ii) que el tema quedó adecuadamente agotado allí; no obstante, una mirada detenida de esas normas lleva a la conclusión contraria.

Ahora, no se trata de hacer acá y alrededor de lo dicho en el párrafo que antecede un análisis muy detenido del tratamiento que el nuevo código les da a los tradicionales y viejos conocidos recursos de reposición, apelación, queja y súplica, sino de hacer algunos breves comentarios sobre el particular, en especial –más no en forma exclusiva- en relación con unos puntos concretos que merecen ser resaltados y con otros que bien pueden ser objeto de discusión o de revisión, de modo que se tenga en ello un punto de partida que ilustre o sirva para ilustrar sobre el alcance de algunos de los artículos que integran aquel capítulo del nuevo código.

2. En torno a la apelación:

Dice el artículo 243 que son apelables las sentencias que se profieran en el curso de la primera instancia por parte de los tribunales y de los jueces administrativos, y que “También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia” por estos últimos, a continuación de lo cual viene un listado de nueve (9) autos que, por la redacción de la norma, parecieran ser los únicos que pueden ser objeto de dicho recurso.

Al menos dos comentarios deben hacerse de entrada en relación con esta norma, a saber: uno, que también son apelables –según el mismo artículo- varios de los autos de dicho listado, cuando son proferidos por los tribunales administrativos en el curso, por supuesto, de la primera instancia y, otro, que no solo se pueden apelar los que allí se mencionan, sino también los demás autos que, a lo largo y ancho del nuevo código, se citan igualmente como susceptibles de apelación.

2.1. Autos apelables de los tribunales. El penúltimo inciso del artículo 243 en cita dispone, claramente,

que los autos de que tratan sus numerales 1, 2, 3 y 4 “serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia”.

En su orden, tales numerales mencionan el auto que rechaza la demanda (numeral 1), el que decreta una medida cautelar y los que resuelven los incidentes de responsabilidad y de desacato de esas medidas (numeral 2), el que pone fin al proceso (numeral 3) y el que aprueba una conciliación extrajudicial o judicial (numeral 4), que solo es apelable por el ministerio público.

Acerca del rechazo de la demanda, debe recordarse que tal figura solo puede darse en tres casos concretos, que se enuncian de manera taxativa en el artículo 169 del código, a saber: cuando la acción ejercida está caducada, cuando no se hacen en tiempo o simplemente se omite hacer a la demanda las correcciones o ajustes indicados en el auto que la inadmitió y cuando la materia sobre la cual versa la demanda no es susceptible de control por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como cuando se refiere a alguno de los temas enlistados en el artículo 105 del mismo estatuto en cita.

A propósito del auto que decreta una medida cautelar y del que resuelve sobre los incidentes de responsabilidad y de desacato, baste con decir, por ahora, que tales incidentes están regulados en los artículos 240 y 241 del CPACA.

En lo que respecta al auto que pone fin al proceso, debe tenerse en cuenta que ello sucede cuando tal es la consecuencia o efecto lógico de la providencia respectiva, como cuando se declara probada la excepción de transacción, la de conciliación, la de caducidad o la de cosa juzgada, para citar algunos ejemplos, y que muy raro será el caso en el que se encuentre un auto que de manera expresa disponga la finalización del proceso, como no sea a raíz, justamente, de la prosperidad de alguna excepción o del logro de un acuerdo conciliatorio o transaccional estando en curso el litigio.

En cuanto al condicionamiento según el cual el auto que aprueba una conciliación solo puede ser apelado por el ministerio público, se trata de una limitante lógica, pues quien concilia debe hacerlo no solo de manera libre, voluntaria y, por tanto, consciente de la seriedad de ese acto y del compromiso que éste entraña, sino también de buena fé, como exige el artículo 83 de la Constitución Política, lo cual rechaza de suyo que se concilie y que, luego, se decida deshonrar el acuerdo logrado y apelar la providencia que lo aprueba.

2.2. Otros autos apelables. Si se echa un vistazo al resto del nuevo código, no es difícil encontrar otros casos de autos apelables, distintos a los enlistados en el artículo 243, lo cual impone la necesidad de mirar todas esas normas de manera armónica –hasta donde ello sea posible- y no como contradictorias entre sí.

Una mirada simplista del asunto podría llevar a la conclusión de que auto que no esté contemplado como apelable en aquel artículo simplemente no lo es, pues, como se vio, su inciso introductorio así lo da a entender, en la medida en que dispone que “Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos ...”.

Sin embargo, obsérvese que, por ejemplo, el inciso final del numeral 6 del artículo 180 dispone que “El auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso” y recuérdese que donde el legislador no distingue el intérprete tampoco puede hacerlo y menos para establecer restricciones, de donde es claro que, conforme a esta última norma, toda decisión sobre excepciones es susceptible de apelación (excepto en procesos de única instancia, donde el precedente es el recurso de súplica), independientemente de que lo decidido ponga fin al proceso o no.

Se hace referencia a esto último por cuanto, si se revisa el artículo 243, se evidencia que éste no contempla como apelable el auto que decide sobre

las excepciones, pero sí considera como tal, según ya se vio, el que pone fin al proceso, de suerte que, en las voces de esta norma, solo sería apelable el auto que, al decidir sobre una excepción, tuviera ese efecto.

Pero qué pasa, entonces, con los autos que deciden excepciones y que no tienen la consecuencia acabada de indicar (terminar el proceso), como el que declara no probada la excepción: acaso sería válido sostener que no es apelable, aún a pesar de lo dicho por el inciso final del numeral 6 del artículo 180 del CPACA?

Responder de manera afirmativa tal interrogante es partir de la base de una pretendida contradicción o antinomia entre las dos normas en cita, esto es, entre los artículos 180 y 243 del nuevo código que, obviamente y conforme al artículo 5 de la Ley 57 de 1887, habría que dirimir en favor del segundo de ellos, concluyendo que tales autos no se pueden apelar, por no estar enlistados en ese artículo 243; pero, ello implica desconocer el principio del efecto útil de la norma, conforme al cual, frente a dos interpretaciones de la misma, de las cuales una no permite su aplicación y otra sí, debe preferirse esta última y, por consiguiente, debe admitirse como apelable también cualquier otra decisión acerca de las excepciones que no ponga fin al proceso, como lo dispone el claro texto del inciso final del numeral 6 del mencionado artículo 180.

Por otra parte, repárese en que, según el artículo 226 del CPACA, “El auto que acepta la intervención (*de terceros*) en primera instancia será apelable en el efecto devolutivo y el que la niega en el suspensivo”; no obstante, el artículo 243 *ibidem* solo contempla como apelable el auto “que niega la intervención de terceros” (numeral 7), de donde, lo mismo que en el caso anterior, si se aceptara que los dos artículos son contradictorios o antinómicos, la providencia que acepta la intervención del tercero sería inapelable y, por tanto, se quedaría sin efecto la parte inicial del primero de tales artículos, luego acá también es necesario más bien armonizarlos y concluir que, igualmente, es apelable esta última



decisión, es decir, la que acepta dicha intervención, como lo indica con total claridad el artículo 226 en cita.

En este punto debe ponerse de presente que, sin embargo, sí hay una flagrante contradicción entre estos dos últimos artículos, la cual consiste en que el 226 dispone que la apelación del auto que niega la intervención de terceros debe concederse en el efecto suspensivo y, en cambio, el 243 dice que se debe conceder en el efecto devolutivo (inciso final). Como se puede ver, se trata de una diferencia imposible de armonizar, pues las dos normas hablan del mismo tema, cual es la apelación del auto que admite la intervención de terceros, pero lo regulan de manera diversa en cuanto al efecto del recurso. Tal diferencia debe ser dirimida a favor de la segunda de ellas, de conformidad con el ya citado artículo 5 de la Ley 57 de 1887, por ser ésta la posterior dentro del mismo código, de modo que la apelación de esta clase de auto debe concederse en el efecto devolutivo, no obstante que lo acertado

era lo previsto en el 226, es decir, concederla en el efecto suspensivo.

Se afirma esto último, por cuanto conceder la apelación del auto que niega la intervención de terceros en el efecto devolutivo implica que no se suspende el cumplimiento de tal decisión, como tampoco se suspende el curso del proceso (artículo 354 del C. de P.C. y artículo 323 del C.G. del P.), de donde resulta claro que, mientras se surte la apelación, el tercero no puede intervenir en el litigio y, por tanto, si ésta le resulta favorable a quien manifestó su deseo de intervenir, el proceso, si bien conserva su validez hasta donde haya llegado, debe retomarse en el punto en que aquél pidió que se le tuviera como interviniente, es decir, se debe repetir de allí en adelante, para garantizarle a ese tercero sus derechos, recargando así de manera inútil de trabajo a la administración de justicia, no obstante la de por sí ya existente carga laboral que afronta la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Otro ejemplo de autos que el artículo 243 no cita como apelables, pero que otras disposiciones del mismo código sí contemplan como tales, está en su artículo 232.

Según el artículo acabado de citar, para que se pueda conceder una medida cautelar es necesario otorgar una caución (ésta no se requiere cuando la medida la pide una entidad estatal, cuando la solicitada es la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, ni cuando se pide en un proceso para la defensa y protección de derechos colectivos o en una acción de tutela) (inciso final, *ibídem*) y la decisión que la fija “o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar”.

Al respecto, es necesario expresar por lo menos dos comentarios, a saber: uno, que el auto que fija la caución es el mismo que decreta la medida cautelar (inciso cuarto, artículo 233), luego no se entiende qué quiere decir el artículo 232 cuando advierte que “La decisión que fija la caución o la que la niega será apelable junto con el auto que decreta la medida cautelar”: i) que si se fija la caución, pero no se está de acuerdo con ella o con su monto, se debe apelar no solo tal decisión sino también la que decreta la medida? sería absurdo que quien pide esta última apelara el decreto de la misma; y ii) que si no se fija caución, pero se decreta la medida, el interesado en ésta debe apelar el otorgamiento de la medida para que le fijen la caución? en tal caso, no se ve cuál sería el objeto de apelar la medida.

El segundo comentario es que, como ya se vio, el artículo 243 solo contempla como apelable en esta materia el auto “que decreta una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite”; pero, tal como surge de lo que acaba de verse, una es la decisión de decretar la medida cautelar y otra bien distinta es la de fijar o negar la caución que se requiere para que se haga efectiva la medida decretada (de hecho, el cuarto inciso del artículo 233 dice que “La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada”).

Al igual que en los casos anteriores, dos opciones se tienen de entendimiento de las normas involucradas en este tema, es decir, que son contradictorias y que, por tanto, no es apelable el auto que fija o niega la caución, a pesar de lo dispuesto por el artículo 232 y del principio del efecto útil de las normas, o que no lo son, sino que se complementan y que, lo mismo que en aquellos otros casos, lo correcto es armonizarlas y concluir en la posibilidad de la apelación de dicho auto.

Como los traídos a cuento, probablemente más ejemplos pueden encontrarse en el código nuevo de autos que, a lo largo del mismo, se consideran apelables y no así en su artículo 243. En todos ellos habría que llegar a las mismas conclusiones a que se llega en los casos acá mencionados.

Significa lo anterior que la enumeración de autos apelables que trae el artículo 243 no es taxativa, sino meramente enunciativa, de suerte que no solo son apelables los autos que allí se enlistan, sino que, además de esos, existen otros que también son apelables, a pesar de no estar incluidos en esa lista, por así disponerlo otros artículos del mismo código.

2.3. El auto que niega el mandamiento de pago. La Ley 1437 de 2011 no contempla en parte alguna como apelable el auto que niega el mandamiento de pago, como sí lo hacía el Código de Procedimiento Civil (artículo 351, numeral 4) y lo hace el Código General del Proceso (artículo 321, numeral 4); sin embargo, aquella misma ley prevé en forma expresa, en varios de sus artículos, la posibilidad de tramitar procesos ejecutivos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa e, incluso, en su artículo 297 dice cuáles documentos “constituyen título ejecutivo” para aquel efecto.

El asunto no presentaba problema en el CCA, por la remisión de su artículo 267 al C. de P.C.; pero, en el CPACA, el tema no es fácil y menos si se repara en el parágrafo de su artículo 243, según el cual “La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en

aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil”, lo cual excluye de plano acudir a esta última legislación.

Puede ocurrir, entonces, que un juez decida, equivocadamente y a pesar de la claridad del artículo 297 que, por ejemplo, una sentencia que condena a una entidad pública a pagar un dinero, proferida por la jurisdicción administrativa, no presta mérito ejecutivo y que, en consecuencia, niegue el mandamiento de pago. Debería, entonces, el beneficiario de la condena iniciar un proceso de responsabilidad para que la administración le responda por el incumplimiento en el pago de aquella, habida cuenta que el auto que niega el mandamiento no está contemplado como apelable por el CPACA? No se correría así el riesgo de perder el nuevo proceso y también la acreencia? No se correría igualmente el riesgo de tener una nueva sentencia favorable y que, sin embargo, de nuevo el juez se equivocara y le dijera que ella tampoco presta mérito ejecutivo y así sucesiva e indefinidamente en el tiempo? Dónde quedarían los derechos de esa persona?

El párrafo recién citado consagra una regla que debería ser de oro e infranqueable: en lo relativo al recurso de apelación, el juez administrativo está sujeto, única y exclusivamente, a los dictados del CPACA y, por ende, le está vedado acudir en esa materia a las normas que rigen el procedimiento civil, de donde, en casos como el planteado, mandamiento de pago que se niegue en la primera instancia, mandamiento de pago que negado se quedó de manera inexorable, pues la remisión que el artículo 306 *ibídem* hace a la legislación procesal civil, para el tratamiento de “los aspectos no contemplados en este Código”, no resulta aplicable en cuanto al referido recurso.

No obstante, ante los posibles yerros del juez, una regla así de rígida puede resultar contraria a claros preceptos, principios y derechos constitucionales

como los que le sugieren al juez la aplicación de la equidad y de los principios generales del derecho como criterio auxiliar de su actividad y, en especial, como los que propenden por el debido proceso y el acceso a la administración de justicia y no a cualquier clase de justicia, sino a una que sea pronta, oportuna, eficaz y adecuada. De ahí que, en un caso en el que se negó el mandamiento de pago a pesar de que, a diferencia de lo sostenido por el tribunal de primera instancia, sí existía un claro título ejecutivo, el Consejo de Estado no solo aceptó la apelación contra el auto respectivo, sino que, además, revocó la providencia apelada y profirió el mandamiento solicitado en la demanda (radicación 47487).

2.4. La apelación adhesiva. Como acaba de verse, el párrafo del artículo 243 indica, con absoluta claridad, que “La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil”.

Quiere decir ello que el nuevo código resulta autosuficiente en esta materia y que, por ende, todo lo que los jueces y los litigantes deseen o deban saber y aplicar al respecto está previsto, única y exclusivamente, en él y que, por tanto, lo que éste no regule no puede tener cabida en los procesos que se surten ante la jurisdicción administrativa, pues, si en ésta la apelación solo procede conforme a las normas de dicho código, la remisión que su artículo 306 hace a las normas de procedimiento civil no se aplica en relación con este recurso .

Siendo ello así, parece claro que la apelación adhesiva, hasta ahora admitida en la jurisdicción administrativa, por la remisión que al C. de P.C. hacía el artículo 267 del C.C.A., ya no cabe en dicha jurisdicción, pues el nuevo código ni la menciona.

2.5. El trámite de la apelación de sentencias. Como se sugirió al principio, no se pretende analizar acá de manera íntegra los recursos ordinarios

de que trata la ley 1437 de 2011, sino exponer algunos comentarios puntuales en relación con su tratamiento; por ello, en lo que toca con el de apelación, resta solo por decir que si bien se regula en forma clara su trámite, tanto en el caso de los autos como en el de las sentencias, en cuanto al de estas últimas se incurrió en una impropiedad que bien vale la pena mencionar.

El artículo 247, que consagra el trámite de la apelación de las sentencias, en su numeral 1 indica que ella debe interponerse y sustentarse ante quien profirió el fallo, “dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación”, en su numeral 2 pasa a hablar ya de la concesión del recurso, diciendo que, si se sustentó en tiempo y reúne los requisitos de ley, se debe conceder y disponer el envío del expediente al superior, para que decida y, del numeral 3 en adelante, indica los pasos a seguir por el juez de segunda instancia.

No obstante, en ese artículo 247 no se encuentra regulado en su totalidad el trámite a seguir, en lo que atañe a la apelación de sentencias; en efecto, el artículo 192 del CPACA, referido al “Cumplimiento de sentencias o conciliaciones por parte de las entidades públicas”, incluye en su inciso cuarto una parte de aquel trámite, diciendo que, si el fallo apelado es de condena, se debe “citar a audiencia de conciliación, que deberá celebrarse antes de resolver sobre la concesión del recurso” e, incluso, agrega que es obligatorio asistir a esa audiencia y que si el apelante no acude a ella aquél se debe declarar desierto.

Sin duda alguna, el inciso en cita es por completo ajeno al tema del cumplimiento de la sentencia, que es la materia que pretende regular el artículo que lo contiene y que supone, necesariamente, que ya hay una sentencia en firme que debe ser cumplida; en efecto, del contenido de tal inciso surge en forma clara que con lo que él tiene que ver es con el trámite de la apelación de la sentencia, cuando ésta

es de condena, no con el cumplimiento de la misma y, por ende, impropio resulta haberlo ubicado en el artículo acabado de mencionar; en realidad, se trata de una disposición que debió quedar como numeral 2 del artículo 247 y de cuya existencia y aplicación no deben olvidarse, por supuesto, los jueces de primera instancia ni los litigantes, a fin de evitar mayores demoras en el trámite de la apelación de esta clase de sentencias, pues, de no realizarse en este caso la audiencia antes de concederse la apelación y llegar así el expediente al superior, éste debe devolverlo al a quo, antes de tramitar el recurso, para que se haga esa diligencia.

3. En cuanto a la queja.

El artículo 182 del C.C.A. contemplaba este recurso para cuando se negaran el de apelación o los recursos extraordinarios consagrados en ese mismo código; pero, preveía también la aplicación del C. de P.C. que, en su artículo 377, permitía su interposición cuando la apelación se concedía en un efecto distinto al debido.

El nuevo código recoge todo ello en un solo artículo, esto es, en el 245 que, sin embargo, “Para su trámite e interposición” remite a las normas de procedimiento civil, de modo que, a diferencia de lo contemplado para el caso de la apelación, en materia de queja no se aplica únicamente lo dicho en la Ley 1437 de 2011, sino que es necesario tener en cuenta las disposiciones que sobre la materia rigen en aquellas otras normas.

4. En torno a la Súplica.

El recurso de súplica lo contempla el nuevo código en su artículo 246, que recoge parcialmente lo dicho acerca de su procedencia en el 363 del C. de P.C., en cuanto aquél dispone que son susceptibles del mismo “los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el Magistrado Ponente en el curso de la segunda o única instancia o durante el

trámite de la apelación de un auto” y “el auto que rechaza o declara desierta la apelación o el recurso extraordinario”.

Esta disposición resulta absolutamente lógica en la jurisdicción civil, donde los tribunales superiores no tienen competencias en primera instancia, pero carece por completo de ella en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en la que los tribunales sí tienen asignadas competencias en esa instancia (artículo 152 de la Ley 1437 de 2011), y menos lógica resulta la norma teniendo en cuenta que, según dispone el artículo 125 *ibídem*, todos los autos en estos tribunales –tanto de trámite como interlocutorios– son de ponente, salvo que se trate de alguno de los autos que se mencionan en los numerales 1 a 4 del artículo 243, que son de sala, como se vio atrás.

No obstante, lo dicho en el párrafo que antecede no presenta mayor problema si solo se está frente a los artículos 242 a 247 del CPACA, pues es claro que si, por una parte, de los autos proferidos en primera instancia por los tribunales administrativos, únicamente son apelables los de los numerales 1 a 4 del artículo 243 y que si, por otra parte, no hay súplica contra los autos que esos tribunales expidan en esa misma instancia, el recurso procedente contra las providencias a que se refieren los numerales 5 a 9 de este último artículo, cuando las profieren los tribunales en dicha instancia, es el de reposición, dado que éste es el que resulta aplicable a “los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica”.

Pero, el tema tiende a complicarse cuando se piensa en otros autos no enlistados en el citado artículo 243, cuando se producen por un tribunal administrativo en el seno de la primera instancia.

En efecto, recuérdese que en los tribunales, según el artículo 125 del CPACA, los autos deben ser

proferidos por el ponente, sean de trámite o sean interlocutorios, y recuérdese también que, de conformidad con el inciso final del numeral 6 del artículo 180 del mismo código, todo auto que decida sobre las excepciones es “susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso”, de modo que, para citar solo un ejemplo, el auto que en la primera instancia en un tribunal declara no probada una excepción y, por ende, no pone fin al proceso debe ser dictado por el ponente, incluso así lo dispone aquel numeral. Surge, entonces, la inquietud de si ese específico auto es apelable o si es suplicable.

Para encontrar la respuesta, basta con traer a la memoria que los autos objeto de súplica son los que por naturaleza son apelables y se producen “en el curso de la segunda o (*de la*) única instancia”, de modo que al producirse aquel auto en el curso de la primera instancia, como se propone en el ejemplo, no es pasible de súplica; por tanto, se trata de un auto apelable, a pesar de ser de ponente.

Pero, no es lógico que así sea, pues, en los tribunales, los ponentes cuentan con unos pares que, perfectamente, podrían ocuparse de decidir, vía súplica, acerca de lo acertado o no de las decisiones de aquéllos y más aun teniendo en cuenta que entre los objetivos fundamentales del código en cita están, precisamente, la agilidad de los procesos y la descongestión de la rama, a nada de lo cual contribuye que sea el Consejo de Estado la autoridad que se ocupe de decidir, por vía de apelación, sobre los autos dictados en la primera instancia por quienes fungen como ponentes en los tribunales.

Bajo la óptica de la agilidad de los trámites y de la descongestión del Consejo de Estado, la razón indica que hubiera sido más lógico que autos como el del ejemplo, cuando sean dictados por el



ponente en un tribunal en el curso de la primera instancia, fueran susceptibles de súplica y no de apelación; sin embargo, la realidad del código nuevo implica que, hoy por hoy, el Consejo de Estado debe conocer impropia e innecesariamente de apelaciones contra autos de ponentes.

5. En cuanto a la reposición.

En relación con este recurso parece no existir inconveniente alguno, pues el artículo 242 del CPACA apenas dispone que “procede contra los autos que no sean susceptibles de apelación o de súplica” y remite a las normas de procedimiento civil en lo que se refiere a su oportunidad y trámite, de modo que, en este punto, baste con recordar que ejemplo de autos que se deben reponer son aquellos de que tratan los numerales 5 a 9 del artículo 243 ibídem, cuando se profieren

en la primera instancia en un tribunal, puesto que, según este artículo, los autos de primera instancia de los tribunales que son apelables son los mencionados en sus numerales 1 a 4, a lo cual se agrega que ningún auto dictado por un tribunal en aquella instancia es suplicable, según surge del artículo 246.

Sin embargo, cabe preguntarse qué pasa con el auto de que trata el numeral 7 de este último artículo, esto es, con “El que niega la intervención de terceros”, cuando se produce en la primera instancia por un tribunal administrativo, pues, conforme al artículo 226, tal providencia es apelable cuando ocurre en dicha instancia, sin distinguir si la emite un juzgado o si la profiere un tribunal, de donde, dado que si la ley no distingue, el intérprete no lo puede hacer, esa decisión

sería siempre apelable, mientras que frente a los artículos 242, 243 y 246 sería objeto de reposición.

El código no resuelve el problema en forma expresa y dos alternativas de solución emergen para el caso, a saber: una, según la cual habría que armonizar las dos disposiciones (artículos 226 y 243), para que ambas surtieran efectos, caso en el cual también sería apelable el auto en mención, a pesar de que lo profiera un tribunal en el curso de la primera instancia y de no estar comprendido en ninguno de los numerales 1 a 4 del segundo de tales artículos y, otra, que habría que aplicar la disposición del 243 en su integridad y de manera inquebrantable, pues es norma posterior dentro del mismo cuerpo normativo, solución que llevaría a dejar sin efecto lo dispuesto en el artículo 226.

Por lo mismo que, si de dos interpretaciones una permite que las normas produzcan un efecto útil y otra no, se debe preferir la primera de ellas, como ya se dijo párrafos atrás, lo más razonable, al menos desde esa perspectiva, es pensar que, además de los autos de que tratan los numerales 1 a 4 del artículo 243, también es apelable, cuando se produce en la primera instancia por un tribunal administrativo, el que menciona el numeral 7, es decir, el que niega la intervención de terceros.

6. Reflexiones finales.

La regulación que de los recursos ordinarios trae la Ley 1437 de 2011 comporta no pocos cambios frente a la que contenía el CCA.

Muchos de ellos son tratados con acierto en el nuevo código, pero también existen algunos que valdría la pena ajustar a lo que es el propósito de

este último, pues parecen reñir con el mismo, en la medida en que no se avienen con la intención de dar mayor agilidad a los procesos, ni con la de descongestionar a la jurisdicción administrativa, tal como ya se explicó.

Ojalá, como se propuso al comienzo, las ideas acá expuestas sirvan como punto de partida para revisar con más detenimiento el tema tratado, pues, a no dudarlo, algunas de las inconsistencias acá puestas de presente pueden no serlo, pero probablemente se quedaron sin mencionar otras que tal vez sí lo son y a nadie se escapa que si hay una legislación que debe brillar por su precisión y claridad esa es, justamente, la procesal.

Pero aún más clara y precisa debe ser esa normatividad en el tema de los recursos, pues en muy buena medida la efectividad del derecho al debido proceso, en particular en lo atinente al derecho de defensa, descansa en la seguridad que tenga el administrado acerca de la forma como puede hacer que se revisen las providencias judiciales que, a su juicio, resultan contrarias a sus intereses o, incluso, al ordenamiento jurídico.

De ahí que se imponga la necesidad de que se vuelva con cuidado sobre el tema, para hacer los ajustes que demanden las normas a las que les haya faltado algo de claridad o que presenten inconsistencias o hasta contradicciones con otras del mismo estatuto procesal e, incluso, para revisar aspectos que tal vez merezcan una mayor precisión o un manejo distinto al consagrado en la Ley 1437 de 2011.

Se trata de un tema de discusión que, por supuesto, se plantea sin desconocer, en lo absoluto, los aciertos de esa ley y con el único propósito de que se hagan las mejoras que se requieran en pro de su adecuada aplicación. ■

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

por: **William Zambrano Cetina**
Consejero de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil

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”.

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

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 los trabajos del profesor Allan Brewer Carías y del magistrado Jaime Orlando Santofimio en “Memorias del Seminario internacional de presentación del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo. Ley 1437 de 2011”, publicado por el Consejo de Estado y la Contraloría General de la República. Bogotá. Imprenta Nacional. 2012.

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

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.



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

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

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.

En ese orden de ideas 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 personas⁵. 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.

⁵ 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

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 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, 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). 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 constitucional 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 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 Código, así como con la regulación que se establece en desarrollo del mandato contenido en el aparte final del artículo 23 de la Constitución en materia de ejercicio del derecho de petición ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales (artículos 32 y 33 del Código).

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 Consejo 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 condiciones⁶. 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.

⁶ 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.

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 todas las personas que acudan a la administración y para los propios servidores públicos⁷.

⁷ 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.

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. Aquí 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.

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 generales⁸, la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del

⁸ 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

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 particulares⁹.

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 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

⁹ 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 que sean del caso, según la ley.

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 del 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 interesada.

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 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 hacerlo¹⁰. 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 ley.

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. ■

¹⁰ 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.





XX Encuentro de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo

Cartagena de Indias, septiembre 24 al 26 de 2014

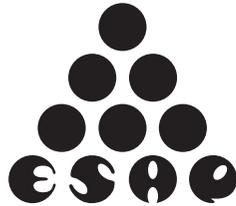
Por una Justicia eficaz, moderna y económica



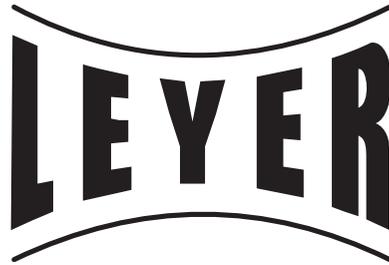
UNIVERSIDAD SANTO TOMAS
PRIMER CLAUSTRO UNIVERSITARIO DE COLOMBIA



*Consejo Superior
de la Judicatura*



**Escuela Superior de
Administración Pública**



**TRIBUNA
JURÍDICA**

Apoyamos el Sector Justicia
y
El Estudio del Derecho